



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho del Trabajo

Análisis Crítico al Artículo 190 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo
Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista en Derecho
del Trabajo

Autor: Karla González Mundaraín

Tutor: Dr. Juan García Vara

Caracas, junio de 2012

**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho del Trabajo
Análisis Crítico al Artículo 190 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo**

Autor: Karla González Mundaraín

Tutor: Dr. Juan García Vara

Fecha: mayo 2011

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es escudriñar el artículo 190 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para descubrir su alcance y delimitación. Para ello se plantearon los siguientes objetivos específicos: a) Determinar cómo ha sido la figura de la persistencia en el despido en el proceso laboral venezolano; b) Revisar la sentencia N° 3284 del 31.10.2005, de la Sala Constitucional y su aclaratoria de fecha 09.05.2006; c) Determinar cuál es el significado de la expresión *“el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, convocará a las partes a una audiencia y mediará la solución del conflicto, de no lograrse deberá decidirlo”* y d) Proponer una alternativa procedimental acorde con los principios constitucionales y legales. Las interrogantes que la investigación se planteó fueron las siguientes: ¿Cuál es el procedimiento a seguir en caso de impugnación de los montos consignados por el patrono que persiste en el despido? ¿Será un procedimiento estricto *sensu*?, si es así ¿Ante cual juez debe realizarse? ¿Cuando han de promoverse las pruebas? ¿Cuándo debe ser la contestación? ¿Qué pasa si una de las partes no va a la audiencia de conciliación o a la audiencia de juicio? La investigación es de tipo analítica que se ubica en el diseño documental, la cual se hará en dos fases, la primera que consiste en el análisis profundo de la norma bajo estudio, tomando en consideración la jurisprudencia patria y la doctrina patria extranjera. Una segunda fase, que estará dirigida a la proposición de un procedimiento, ajustado a los principios inspiradores y rectores del nuevo proceso laboral, y bajo las directrices constitucionales. Finalmente, se generaron las siguientes conclusiones: 1) La persistencia ha tenido una evolución histórica, circunscrita a quién le compete resolver el desacuerdo entre el trabajador y patrono, respecto de los montos pagados por el patrono, con ocasión a la misma y a lo que debía pagar el patrono al trabajador; 2) La Sala Constitucional, determinó que si no hay acuerdo entre las partes, lo correcto es la celebración de un juicio propiamente dicho; 3) El legislador señaló expresamente que quien decidiría el conflicto si no había mediación era el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución; y 4) Se ofreció un procedimiento prácticamente igual al existente en la actualidad, como proceso ordinario laboral.

Descriptores: Persistencia, Impugnación, Procedimiento.

INDICE

	Págs.
Introducción -----	1
Capítulo I. Problema -----	5
1. Planteamiento del problema-----	5
2. Objetivos -----	7
3. Justificación -----	8
Capítulo II. Marco Teórico -----	11
1. La persistencia en el despido -----	11
1.1. Concepto -----	11
1.2. Características -----	11
1.3. Naturaleza Jurídica -----	12
1.4. Evolución en el ordenamiento jurídico venezolano -----	12
1.1.1. Ley Contra Despidos Injustificados y su Reglamento -----	12
1.1.2. Ley Orgánica del Trabajo de 1990 -----	14
1.1.3. Ley Orgánica del Trabajo de 1997 -----	16
1.1.4. Ley Orgánica Procesal del Trabajo -----	16
2. El Proceso Laboral -----	17
2.1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -----	19
2.2. Principios Procesales -----	20
Capítulo III. Marco Metodológico -----	22
1. Tipo de investigación -----	23
2. Diseño de la investigación -----	23
3. Instrumentos de investigación -----	23
4. Variables y operacionalización -----	24
5. Delimitación, población y muestra -----	27
6. Procedimiento -----	29
Capítulo IV. El artículo 190 de la LOPTRA -----	29
1. Derechos consagrados -----	30
2. Procedimiento establecido -----	36
2.1. Sentencias antes del 31/10/2005 -----	37

2.2.	Sentencia 3284 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional y su aclaratoria -----	39
2.3.	Sentencias posteriores al 31/05/2005 -----	45
2.4.	Fase de ejecución -----	48
3.	Motivaciones del artículo -----	48
4.	¿Qué quiso decir el legislador cuando señaló que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, convocará a las partes a una audiencia y mediará la solución del conflicto, de no lograrse deberá decidir? -----	49
	Capítulo V. Un procedimiento como alternativa -----	52
	Conclusiones -----	56
	Bibliografía -----	59

INTRODUCCIÓN

Hace más de siete años abogados *ius* laboristas tuvieron en mente un proyecto de proceso judicial laboral que se adecuara a las exigencias del siglo XXI, a la realidad social, cultural, político que imperaba en nuestro país, inspirados o teniendo como directriz principalmente a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual define al Estado venezolano, como un estado social de derecho y de justicia. En tal sentido miembros del Tribunal Supremo de Justicia, Asamblea Nacional y asesores, conjuntamente, procedieron a materializar la idea de un nuevo procedimiento para los juicios laborales, teniendo como marco el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CPCMI) (1994).

Estos *ius* laboristas, siendo su norte la justicia, pensaron en un proceso que realmente fuera el instrumento para llegar a ella, humanizando al mismo, fue así como la imagen dejó de ser una utopía y se convirtió en algo real tangible y nació un instrumento jurídico adjetivo laboral, cual es la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que ha sido ejemplo para las legislaciones que se rigen por el sistema continental.

Dicha ley ha tenido detractores: en primer lugar porque la resistencia al cambio es una condición natural del ser humano; en segundo lugar porque si bien el nuevo proceso laboral tiene las mismas fases procesales que cualquier otro proceso (demanda, contestación, promoción y evacuación de pruebas, sentencia, recursos), algunas ocurren de forma distintas a como operaban en el proceso anterior, tal es, por ejemplo, la promoción de las pruebas que ocurre en etapa procesal anterior a la contestación a la demanda.

Sin embargo, los hechos y la realidad hablan por sí solos, para nadie es un secreto que el proceso laboral es muy rápido, pues la celeridad procesal es un principio fundamental del mismo. Un procedimiento en los tribunales del trabajo puede durar desde el inicio, pasando por las fases de sustanciación, mediación, juicio, segunda instancia, incluso casación, hasta su definitiva conclusión, aproximadamente entre un año y dieciocho meses.

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, como en Sala Constitucional, han jugado un papel fundamental, tanto por su función pedagógica como por la de ofrecer seguridad jurídica a los justiciables, es por ello que las dudas acerca de cómo debe desarrollarse el procedimiento se han ido aclarando y el procedimiento mismo se ha ido perfeccionando.

Sin embargo, actualmente hay un procedimiento que todavía genera ciertas inquietudes, el mismo tienen que ver cuando en un proceso de calificación de despido, el empleador persiste en poner fin a la relación de trabajo, pagando las indemnizaciones y demás derechos í encabezamiento del artículo 190 de la ley adjetiva laboral- y el trabajador no está de acuerdo con el monto ofrecido y en consecuencia lo impugna; entonces es así como han surgidos diferentes preguntas: ¿Cuál es el procedimiento a seguir en este caso? ¿Será un procedimiento estricto sensu?, si es así ¿Ante cual juez debe realizarse? ¿Cuando han de promoverse las pruebas? ¿Hay que dar contestación a la demanda y cuándo? ¿Qué pasa si una de las partes no va a la audiencia de conciliación o a la audiencia de control y contradicción de las pruebas?

La presente investigación busca adentrarse en el artículo 190 mencionado supra, para descubrir su alcance y delimitación; para ello se analizó la sentencia N° 3284 proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 31 de octubre de 2005, y su aclaratoria, de fecha 05 de

febrero de 2006, y además las sentencias de los Tribunales Superiores del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, antes de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia y las posteriores a la misma, así como la doctrina al respecto y de esta manera ofrecer alguna alternativa procedimental, que vaya en consonancia con los derechos constitucionales del debido proceso y la tutela judicial efectiva, derechos fundamentales en cualquier estado de derecho.

Es importante destacar que para la consecución de la justicia, para una tutela judicial efectiva, es imprescindible que el proceso judicial se desarrolle con apego a todas las garantías constitucionales, que se trate realmente de un debido proceso, como derecho individual que brinda el Estado, cuando se accede a los órganos de administración de justicia, ya sea jurisdiccional o administrativa; se trata en suma de un verdadero derecho humano fundamental, tal como se estableció en la Declaración Universal de Derechos Humanos Art. 10. "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal." Es por ello que el proceso, en los casos de impugnación de los montos, debe ceñirse ineludiblemente a estas garantías constitucionales.

La investigación es de tipo analítica, que se ubica en el diseño documental, la cual se hizo en dos fases, la primera consistió en el análisis profundo de la norma bajo estudio, tomando en consideración la jurisprudencia patria y la doctrina patria y extranjera; la segunda fase, dirigida a la proposición de un procedimiento, ajustado a los principios inspiradores y rectores del nuevo proceso laboral, y bajo las directrices constitucionales.



Igualmente, cuenta con el planteamiento del problema, sus objetivos y justificación, marco teórico, marco metodológico y el desarrollo propio de la investigación, para un total de cinco capítulos.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (en lo sucesivo LOPT) el artículo 190 ha generado diferentes reacciones, en primer lugar porque introduce la novedad de que si en los juicios de calificación de despido, el patrono persiste en el despido, no solamente debe pagar los salarios caídos y las indemnizaciones previstas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, sino también todos los conceptos que se deriven de la relación de trabajo; y ello se debe a la intención del legislador de que se solucione el conflicto en todos sus aspectos y evitar así un nuevo juicio que involucre a las mismas partes, en este caso, por prestaciones sociales.

Ahora bien, como el procedimiento laboral es preferentemente oral, se desarrolla principalmente por audiencias, las cuales se cumplen en diferentes etapas del proceso, la figura de la persistencia en el despido cobró mayor relevancia, produciéndose un sin número de interrogantes, en cuanto a la aplicación y alcance del artículo, para todos los participantes en la administración de justicia, es decir, para las partes (con sus abogados) como para los jueces, lo que trajo como resultado diferentes sentencias a nivel de segunda instancia (específicamente en el Área Metropolitana de Caracas) y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ello para darle una interpretación lo más cónsona con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y por supuesto llenar los vacíos que pueda presentar la norma in comento.

Estas dificultades señaladas anteriormente, en cuanto a la aplicación de la norma í artículo 190 LOPT- se deben a que la persistencia en el despido, se

puede dar en las diferentes etapas del proceso, es decir, en sustanciación, mediación, juicio, apelación, control de legalidad y ejecución, tal como lo prevé la misma norma, al señalar "El patrono podrá persistir en su propósito de despedir al trabajador, bien en el transcurso del procedimiento o en la oportunidad de la ejecución del fallo (é)". Por lo que según la etapa procesal en la que se dé, habrá un modo de proceder si el trabajador no está de acuerdo con el pago que pretende hacerle la demandada, y es allí donde se puso de manifiesto o se hizo evidente que la norma adolece de vacíos que deben ser subsanados por los llamados a interpretar las normas de nuestro ordenamiento jurídico o por futuras reformas de la ley adjetiva, pues los derechos fundamentales establecidos en la carta magna como el derecho a la defensa y el debido proceso se ven seriamente trastocados, al no estar garantizados en el artículo bajo estudio.

La Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal de Justicia, en sentencia de fecha 31.10.2005, sentó:

(é) frente al vacío normativo que se produce en aquéllos casos de desacuerdo entre el patrono y el trabajador respecto al pago de los conceptos ofrecidos, cuando el patrono persiste en el despido, ya sea en primera o en segunda instancia, es la apertura de un juicio **stricto sensu**, para que las partes, con plena libertad probatoria, puedan demostrar el derecho que les asiste, en atención a la norma constitucional que consagra el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso; por lo que la **ratio** de la decisión del Juzgado Superior, a pesar de adentrarse en el ejercicio de facultades **cuasi** legislativas propias de esta Sala, se adecua al espíritu del constituyente en cuanto a la necesidad de garantizar el derecho a la defensa. (Negrillas de la Sala)

En este mismo sentido Ortiz (2007) ha expresado lo siguiente:

Es cierto que a primeras luces el artículo 190 de la ley adjetiva laboral pudiese menoscabar la garantía constitucional del derecho a la defensa, por la forma de redacción de la referida norma, ya que no precisa como debe hacer el juez de sustanciación, mediación y ejecución para tomar la decisión si lo consignado por el empleador, en caso de persistencia del despido, es correcto o, por el contrario, el trabajador tenía razón de manifestar inconformidad con lo consignado, y por ende le corresponde, más de lo pagado (p. 197).

Pero como ya se indicó, la persistencia en el despido puede darse en diferentes etapas procesales, si bien es con la manifestación de inconformidad del trabajador que se abre la fase conciliatoria la cual debe llevarse a cabo ante el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, no está claro cuál es el procedimiento a seguir en la conciliación, o si no hay conciliación, o si dicho desacuerdo es expresado ante un Juez distinto al de Sustanciación, Mediación y Ejecución; es por ello que surge la pregunta: ¿Cuál es el procedimiento a seguir en caso que el trabajador impugne los montos consignados por la demandada cuando esta ha insistido en el despido?.

2.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General

Analizar el artículo 190 de la LOPT, a través de una revisión exegética del mismo, para ofrecer una alternativa procedimental.

Objetivos Específicos

- A. Determinar cómo ha sido la figura de la persistencia en el despido en el proceso laboral venezolano.
- B. Revisar la sentencia N° 3284 del 31.10.2005, de la Sala Constitucional y su aclaratoria de fecha 09.05.2006.
- C. Determinar cuál es el significado de la expresión "el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, convocará a las partes a una audiencia y mediará la solución del conflicto, de no lograrse deberá decidirlo" (subrayado del autor).

D. Proponer una alternativa procedimental acorde con los principios constitucionales y legales.

3.- JUSTIFICACIÓN

El Estado venezolano se constituye como democrático y social de derecho y de justicia, por lo que la actividad jurisdiccional debe desarrollarse atendiendo a este modelo de estado, que permita la obtención de una tutela judicial efectiva, para que mediante el despliegue y ejercicio de dicha función se obtenga una verdadera y autentica justicia (Escarrá, 2006, p. 7)

La justicia es el valor supremo del Estado, es la columna vertebral de nuestro ordenamiento jurídico, por ello, el proceso es considerado como un instrumento para la realización de la misma, tal como lo establece al artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del siguiente tenor:

Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Es así como una de las expresiones de la tutela judicial efectiva es el proceso, porque es a través de él donde el individuo, al acceder a los órganos de administración de justicia, ve cristalizado, entre otras, las garantías constitucionales de derecho a la defensa, debido proceso, igualdad entre las partes y la posibilidad cierta de hacer uso de todas las defensas que considere pertinente y que el ordenamiento jurídico le ofrece y pone a su disposición, para sostener su pretensión

Así las cosas, un proceso donde no se garantice el derecho a la defensa no puede ser considerado debido proceso y por consiguiente lo que de allí resulte no podrá ser justo. El artículo 190 de la ley adjetiva laboral, presentó innovaciones, a la vez que generó y sigue generando algunas dificultades en su aplicación, pues pareciera que se pueden cercenar derechos fundamentales, como lo delató ya el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia de fecha 31.10.2005, parcialmente transcrita anteriormente, por lo que se hizo necesario un estudio más profundo, más pormenorizado del mismo.

Si bien se han hecho estudios, este trabajo, busca adentrarse en la norma, escudriñando en su espíritu, propósito y razón, y hacer entendible el procedimiento, haciendo énfasis en las sentencias, porque es a partir de ellas, que se han hecho evidente las deficiencias de la norma, y poder lograr así un cuerpo que cuente con doctrina y jurisprudencia que permita darle sentido a la misma, tratando de llenar los vacíos existentes y conseguir un procedimiento que se ajuste a las garantías constitucionales fundamentales y que permita a los justiciables obtener verdadera justicia.

Se investigó sobre el artículo, se hizo necesario revisar la exposición de motivos de la ley, para encontrar, descifrar, delimitar la intención del legislador. Fue oportuno el análisis de las decisiones vinculadas con el tema antes de 2005, fecha de la sentencia de la Sala Constitucional, e igualmente de las que surgieron con posterioridad, comparándose su efectividad y comprensión en el ámbito jurisdiccional.

Es importante el presente estudio, toda vez que se trata de una ley inspirada en principios de modernización de los procesos judiciales, ley que hasta la fecha ha sido un éxito en su aplicación, por lo que los inconvenientes que pueda presentar, deben ventilarse, con el propósito de superarlos (a través



de reformas o por vía de jurisprudencia) para lograr acercarnos a la perfección lo más posible, logrando la humanización del proceso y seguir siendo ejemplo para las demás áreas del derecho.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

El problema bajo estudio tiene conexión íntima y directa con la figura de la persistencia o insistencia en el despido, en un procedimiento de calificación de despido, pues luego que ha ocurrido aquella es que el trabajador puede manifestar su inconformidad con el monto consignado por el patrono, y es precisamente cuando no está de acuerdo con las cantidades ofrecidas por la demandada, que se presenta un nuevo conflicto ha ser solucionado dentro de un procedimiento, es por ello que es preciso conocer en qué consiste esta figura.

1. LA PERSISTENCIA EN EL DESPIDO

1.1. Concepto

Es la facultad que tiene el patrono de insistir en despedir a un trabajador o de ponerle fin al procedimiento, en el decurso de un proceso de calificación de despido, aún y cuando el accionante esté amparado por estabilidad laboral (relativa). El empleador, en ejercicio de sus potestades, sin que haya incurrido el trabajador en alguna de las causales previstas en el artículo 102 de la Ley Orgánica del Trabajo, puede proceder al despido i salvo las excepciones de inamovilidad- pagando al trabajador las indemnizaciones previstas en la ley.

1.2. Características

Puede decirse que la persistencia en el despido se caracteriza por ser un derecho patronal, que está ligado al derecho de disposición del dueño de la empresa, de hacer con la misma lo que más le convenga económicamente,

lo que le sea más productivo, más favorable, pues es quien controla, dirige y supervisa la actividad que se contrata laboralmente, y a su vez está íntimamente relacionado con la protección del trabajador, en el sentido de que si el patrono ejerce esta facultad, debe pagar al trabajador las indemnizaciones correspondientes.

1.3. Naturaleza jurídica

Se trata de una facultad procesal de ejercicio absolutamente distinta a la del trabajador de ponerle fin al proceso, ya que una vez que el trabajador ha iniciado el trámite adjetivo de calificación de despido, nace para él el derecho a darlo por terminado en forma expresa o tácita, recibiendo las cantidades que establece la Ley para el despido injustificado.

Igualmente, el patrono tiene la posibilidad de ponerle fin al procedimiento persistiendo en el despido, que no es más que convenir en la demanda y someterse así a las condiciones y sanciones previstas en la Ley para el despido injustificado, evidenciándose la naturaleza procesal que tiene esta defensa en cabeza del patrono.

1.4. Evolución en el ordenamiento jurídico venezolano

1.4.1. Ley Contra Despidos Injustificados y su Reglamento

La figura de la persistencia en el despido, aparece en el ordenamiento jurídico venezolano, en la Ley Contra Despidos Injustificados (LCDI) de 1974 y el Reglamento de la Ley Contra Despidos Injustificados (RLCDI) de 1975.

Se lee en el texto reglamentario:

Art. 35 RLCDI. Cuando el patrono, durante el curso del procedimiento o una vez terminado éste, manifieste a la Comisión su voluntad de persistir en el despido, deberá consignar ante la Comisión un cheque bancario de gerencia a favor del trabajador por la cantidad equivalente a los salarios a que hubiere tenido derecho durante el término del procedimiento y a las indemnizaciones que señala el artículo 6° de la Ley contra Despidos Injustificados. En este caso, los efectos del contrato de trabajo subsistirán hasta la fecha del despido.

El trabajador que no estuviere conforme con el monto de la oferta consignada, podrá recibirla a reserva de reclamar la diferencia por ante los Tribunales del Trabajo, conforme lo dispuesto en el artículo 10 de la misma ley.

Ahora bien, bajo el imperio de la LCDI ï señala Hung (1985, p.114)- la calificación de despido, se ventilaba ante las Comisiones Tripartitas, de la siguiente manera:

(é) iniciación del procedimiento dentro de los cinco días hábiles siguientes al despido; admisión de la solicitud de calificación el mismo día de su presentación; acto de comparecencia para el tercer día hábil siguiente a la citación, obligatoriedad de oponer todas las defensas conjuntamente; lapso de pruebas de ocho días hábiles; y, decisión al décimo quinto día a partir del vencimiento del lapso probatorio, (é)

Según dicha ley y su reglamento, las Comisiones Tripartitas tenían competencia sólo para calificar al despido como justificado o injustificado, si era injustificado ordenar el reenganche y el pago de los salarios caídos; conocer de la solicitudes de autorización para reducción de personal y aprobar o no la celebración de contratos de trabajo por tiempo determinado.

El patrono no estaba obligado a reenganchar al trabajador a su puesto de trabajo, si el despido había sido calificado por la Comisión Tripartita como injustificado, si no que, como se señaló supra, podía persistir en el despido y pagar los salarios caídos y las indemnizaciones previstas en el artículo 6 de la LCDI, es decir el pago de una indemnización de antigüedad y auxilio de cesantía dobles, más el doble de lo que corresponda por concepto de preaviso, empero el trabajador podía estar en desacuerdo con las

cantidades correspondientes a dichos conceptos, en tal supuesto, podía reclamar las diferencias ante los Tribunales del Trabajo bajo el procedimiento ordinario establecido en el Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo y, como texto supletorio, el Código de Procedimiento Civil. Lo que perseguía la LCDI era mantener la estabilidad numérica, en cuyo caso se despedía con el pago de las indemnizaciones anotadas supra, pero había que emplear otro trabajador en el puesto del despedido.

1.4.2. Ley Orgánica del Trabajo de 1990

La Ley Contra Despidos Injustificados estuvo vigente hasta el 20 de diciembre de 1990, oportunidad en la cual entró en vigor la Ley Orgánica del Trabajo, cuerpo normativo que vino a regular lo concerniente a la estabilidad relativa dejándola en manos de los jueces, es decir ~~salieron~~ del campo del Derecho Administrativo y le atribuyeron la competencia a los **Juzgados de Estabilidad Laboral** en sede absolutamente judicial (Rodríguez, 1993, p. 31), sólo que no se crearon los **Juzgados de Estabilidad Laboral** sino que la competencia se asignó a los tribunales del trabajo, los cuales pasaron a denominarse Tribunales del Trabajo y de Estabilidad Laboral, en primera y segunda instancias.

El artículo 126 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, reguló la figura de la persistencia en el despido, dándole tal facultad al patrono en cualquier momento del proceso, y a tal efecto debía pagar los salarios caídos desde la fecha del despido hasta el momento de la consignación del monto, más el doble de la antigüedad, el doble del preaviso, si tenía menos de cinco años de servicios y sencillo si tenía cinco años o más, ello de acuerdo con los artículos 125, 104 y 108, *ejusdem*.

En tal sentido el artículo 126 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, rezaba de la siguiente manera:

Si el patrono, al hacer el despido, pagare al trabajador la indemnización a que se refiere el artículo anterior, no habrá lugar al procedimiento. Si dicho pago lo hiciere en el curso del mismo, este terminará con el pago adicional de los salarios caídos.

Luego de dicho ofrecimiento el trabajador tenía el derecho de aceptar el monto consignado o por el contrario no aceptar e impugnarlo, si ocurría lo segundo, el Juez debía determinar si la inconformidad estaba fundamentada en el salario base de cálculo para los montos a pagar o se refería a lo que conformaba el salario.

Si la reclamación del trabajador estaba circunscrita al salario base para el cálculo, el Juez abría una articulación probatoria de ocho (8) días, decidiendo al noveno día, como lo prevé el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, pudiéndose generar una serie de situaciones, tal como indica García Vara (1996, p.161):

(é) para que el patrono demuestre el monto del salario que devengaba el laborante y con base al cual efectuó los cálculos (é) Si el empleador no logra probar el monto indicado por el (é) se tendrá como cierto el sueldo referido por el trabajador en su escrito de solicitud de calificación de despido (é)

Si el patrono demuestra que el salario considerado como base de cálculo es el correcto, el número de salarios caídos será el que inicialmente tomó en cuenta y consignó, si no (é) deberá efectuar los cálculos nuevamente pero agregando al monto de los salarios caídos por los días transcurridos hasta la total consignación.

Si luego de efectuado los nuevos cálculos el patrono se resistiere a hacer el pago, o estuviere finalizada la sustanciación en el procedimiento de estabilidad (é) debiendo el Juez proceder a sentenciar fundamentándose en el hecho de la persistencia para declarar procedente la calificación de despido.

Igualmente, el Juez podía dar por terminado el procedimiento de estabilidad si consideraba que las sumas consignadas eran suficientes de acuerdo con los conceptos establecidos en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Si la inconformidad con los montos consignados estaba sustentada en los componentes del salario, el trabajador retiraba la cantidad consignada y demandaba por juicio ordinario ante los Tribunales del Trabajo, la diferencia que pudiese corresponderle.

1.4.3. Ley Orgánica del Trabajo de 1997

A partir de del 19 de junio de 1997 entró en vigencia la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, quedando la figura de la persistencia en el despido y su oportunidad para ejercerla en los mismos términos, modificándose los conceptos por el cambio del régimen adoptado en la ley de 1990. En tal sentido debía pagar los salarios caídos, lo que le correspondiera según el artículo 108, la indemnización por despido e indemnización sustitutiva del preaviso, en dicho caso, si el trabajador manifestaba su inconformidad se aplicaba igualmente lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, quedando las diferencias por los demás conceptos que se derivaran de la relación de trabajo, a ser discutidas en el procedimiento ordinario laboral.

1.4.4. Ley Orgánica Procesal del Trabajo

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo, vanguardista en Venezuela en cuanto a procedimientos, acceso a la justicia, celeridad en los procesos, como bien señala en su exposición de motivos ñes una respuesta a la urgente y necesaria transformación de la administración de justicia en Venezuela, y en particular de la justicia laboral que debe tener por norte la altísima misión de proteger el hecho social trabajo (é)à establece, en su artículo 190 el procedimiento a seguir en caso de impugnación de los montos consignados por el patrono al persistir en el despido. En ese artículo la figura de la persistencia en el despido, está prevista de la siguiente manera:

El patrono podrá persistir en su propósito de despedir al trabajador, bien en el transcurso del procedimiento 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 establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo.

omissis

Si el patrono persiste en el despido estando el proceso en etapa de ejecución del fallo y el trabajador manifestare su inconformidad con el pago consignado, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución instará a las partes a la conciliación. De no lograrse, procederá la ejecución definitiva del fallo.

Se observa en dicho texto que se sigue manteniendo la idea de que el patrono pueda insistir en su propósito de despedir al trabajador en cualquier etapa del proceso, pagando las indemnizaciones previstas para el despido injustificado, los salarios dejados de percibir, más las prestaciones sociales.

2. EL PROCESO LABORAL VENEZOLANO

El proceso judicial, como todo proceso, se desarrolla a través de una serie de actos (procedimiento), que llevan a algo o que concluyen en un producto, en un resultado, y es esto precisamente lo que lo identifica y lo distingue de los demás procesos. Lo que lo caracteriza es su fin: la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada. En este sentido, proceso equivale a causa, pleito, litigio, juicio (Couture, 1981, p. 122)

El proceso es para Cuenca (2000, p. 199):

Un conjunto de actividades ordenadas por la ley, para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional. Es una relación jurídica porque vincula a los sujetos que intervienen en el, es un método dialéctico porque investiga la verdad jurídica en un conflicto de intereses y es una institución porque está regulado según leyes de una misma naturaleza. Toda la normativa que regula el proceso tiende a reparar un derecho lesionado, a declarar una situación jurídica justa o la restitución o resarcimiento de lo que es debido. Por ello, derivado del carácter instrumental de la ciencia que lo estudia, el proceso no es un fin en sí mismo sino el instrumento para realizar la justicia. (é)

El proceso pues cumple una función jurisdiccional en la esfera pública y privada, es el camino para conseguir justicia, toda vez que está vedado para el individuo hacerse justicia por sus propios medios, es la mayor garantía que brinda el Estado al ciudadano para que a través de aquél consiga de la autoridad (judicial o administrativa), la respuesta acerca de si le asiste o no la razón, satisfaciendo así no sólo el interés individual si no también el interés colectivo, es por ello que en el proceso ambos intereses (individual o público) ño deben considerarse como dos fuerzas en oposición, sino más bien como dos aspiraciones aisladas y convergentes, cada una de las cuales, (é) considera la satisfacción de la otra, como condición de la satisfacción propiaò (Rengel, 1999, p. 219)

El proceso laboral venezolano (como en cualquier área jurídica) está determinado por el ya mencionado artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tal sentido los artículos 26 y 256 del mismo texto, están dirigidos a permitir que el proceso se desarrolle en un plano de igualdad, equidad, sin formalismos inútiles, en aras de una tutela judicial efectiva; reviste suma importancia debido a las necesidades sociales y económicas que debe satisfacer; es un proceso autónomo especial, desde el punto de vista científico, didáctico, legislativo y doctrinario, en tal sentido señala García Vara (2004, p. 22):

Tiene una autonomía científica, que está representada en los estudio y principios propios de este derecho adjetivo; una autonomía didáctica, porque su enseñanza no se engloba en otras disciplinas, se hace de forma separada; una autonomía legislativa porque tiene normas independientes, se encuentra independizada de las otras materias del derecho; una autonomía doctrinaria porque cuenta con autores que se dedican por entero a esta disciplina, manteniendo cánones que la separan de los otros procedimientos.

El proceso laboral según Obando José (2003, p.43), tiene una esencia **formal**, porque sus normas son de carácter imperativo, de cabal cumplimiento, por los operarios de justicia, ello por el carácter social de los derechos que se tutelan y por ende para la prosecución de la justicia;

funcional, ya que le sirve de soporte al derecho sustantivo laboral para su realización y satisfacción; e **instrumental**, pues es la herramienta útil para la obtención de la justicia laboral.

Igualmente, se encuentra regido por principios que abonan a su autonomía y especialidad, ellos son uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y la equidad; son ellos los que le dan forma, especialidad y distinción, en su visión de avanzada.

2.1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

El procedimiento que debe adoptarse en los casos en que el trabajador y patrono no estén de acuerdo en cuanto a los conceptos y montos que deban pagarse, si hay persistencia en el despido, como ya se ha dicho, data de 1974, aplicándose el que correspondía según la ley y ordenamiento jurídico procesal laboral vigente.

Pero es a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y más específicamente con las diferentes sentencias de los Tribunales Superiores del Área Metropolitana de Caracas y del Tribunal Supremo de Justicia hasta 2005, que requirió una vista más fija y un análisis más detallado, tomando en consideración la adecuación a la constitución de normas y principios procesales que hasta 1999, se encontraban en cuerpos de orden o rango legal, es así que en el artículo 257 de la carta magna, se señala (é) Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público (é)ò

Cónsono con lo anterior, la Disposición Transitoria Cuarta, en su numeral 4, del ya mencionado texto constitucional, estableció en materia del trabajo, la obligación para la Asamblea Nacional, de aprobar:

Una ley orgánica procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. 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.

2.2. Principios Procesales

Los principios procesales mediante los cuales se rige el proceso laboral venezolano están señalados principalmente en los artículos 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que establecen: uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos, equidad y contradictorio.

Estos principios son característicos y necesarios de aplicar, pues todas las actuaciones procesales deben responder a ellos, ya que están dirigidos a la consecución de la justicia, en el marco del debido proceso como su instrumento fundamental, porque, ñregulan la actividad procesal; (é) contribuyen a la obtención de los fines del Derecho Procesal Laboral; controlan la eficiencia del derecho del trabajo; (é) rigen la economía procesal laboral; y (é) facilitan la organización, sistematización y desenvolvimiento (é) del mismo. (Obando, 2003, p. 147)

De los principios procesales anteriores hay que resaltar el principio de uniformidad; al respecto la exposición de motivos de la ley adjetiva laboral, dejó sentado:

Consecuente con el mandato consagrado en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece que: ñEl proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales

establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y públicoé à la presente Ley establece un procedimiento uniforme, oral, breve, público y contradictorio para todos los conflictos judiciales que sean competencia de la jurisdicción laboral.

Así tenemos que a través de este único y uniforme proceso laboral, se resolverán todos aquellos asuntos contenciosos del trabajo que no tengan atribuida su resolución a la conciliación y al arbitraje (é)

También se contemplan la sustanciación y decisión por un mismo procedimiento de las demandas relativas a la estabilidad laboral prevista en la Ley Orgánica del Trabajo (é)

Es por ello que el proceso laboral actual es uno, y en consonancia con tal principio debe estar el artículo 190 Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y en esa misma dirección han apuntado las interpretaciones realizadas por los Jueces de instancia, y en particular la sentencia N° 3284 de la Sala Constitucional, que también es objeto del presente estudio.

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Se define la investigación como una actividad encaminada a la solución de problemas. Su objetivo consiste en hallar respuestas a preguntas mediante el empleo de procesos científicos. Cervo y Bervian (citado en Fideas Arias, 2006, p. 21). Así encontramos diferentes tipos de investigación, entre las cuales se pueden mencionar, investigación aplicada, analítica, experimental, correlativa, ex post facto, predictiva, interactiva, histórica, comparativa, confirmativa, evaluativa, factible, proyecto especial, explorativa, descriptiva.

De conformidad con el problema planteado, referido a ¿Cuál es el procedimiento a seguir en caso de que el trabajador impugne los montos consignados por la demandada cuando ésta ha insistido en el despido?, debe señalarse que la investigación, desde el punto de vista metodológico se ubica en el campo de la investigación analítica, que es aquella que trata de entender las situaciones en términos de sus componentes. Intenta descubrir los elementos que componen cada totalidad y las interconexiones que explican su integración Bunge (citado en Jacqueline Hurtado, 2008, p. 106).

Dicha investigación se hizo en dos fases, la primera consistió en el análisis profundo de la norma bajo estudio, tomando en consideración la jurisprudencia patria y doctrina patria y extranjera, se trata pues de un examen con sentido crítico y temático, ello para determinar y caracterizar los vacíos de los que puede adolecer el procedimiento actual; una segunda fase, que estuvo dirigida a la proposición de un procedimiento, ajustado a los principios inspiradores y rectores del nuevo proceso laboral, y bajo las directrices constitucionales.

2. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

De acuerdo con la investigación planteada, debe definirse el diseño de la investigación como la estrategia general que adopta el investigador para responder al problema planteado. En atención al diseño la investigación se clasifica en: documental, de campo y experimental. (Arias, 2006, p. 26)

Así el diseño de la presente investigación se sitúa en el diseño documental, el cual se basa en la búsqueda, recuperación, análisis crítico, e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales o electrónicas. Como en toda investigación, el propósito de este diseño es el aporte de nuevos conocimientos. (ob.cit)

Por tal virtud, atendiendo a los objetivos planteados, el presente trabajo tiene como ya se dijo un diseño documental, de carácter descriptivo, ya que uno de los fines principales es describir las características y fases del procedimiento establecido en el artículo 190 de la LOPT.

3. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Con vista a los fines propuestos en la realización de la presente investigación, se emplearon varios instrumentos y técnicas de recolección de la información, y en función de los datos que se precisan y atendiendo a la naturaleza de la investigación documental, se aplicaron las técnicas y protocolos propios de este diseño.

Dicha investigación, se hizo a través de la búsqueda y exploración de las fuentes impresas o electrónicas, en este caso, leyes, jurisprudencia y doctrina, haciendo una lectura inicial de los mismos que permita abordar y

desarrollar los momentos teórico de la investigación; una preparación del esquema preliminar o tentativo; recolección de los datos mediante la lectura evaluativa; análisis e interpretación de la información recolectada, con sentido crítico, tomando en consideración las decisiones de los Tribunales, las posiciones doctrinales y, por supuesto, los textos legales, aplicándose una serie de técnicas operacionales para manejar las fuentes documentales como son subrayado, fichaje, citas y notas de referencias bibliográficas y de ampliación de texto. Para el examen de las fuentes se aplicaron las técnicas de análisis crítico, la lectura evaluativa, la observación documental, y resumen analítico.

4. VARIABLES Y OPERACIONALIZACIÓN

VARIABLES

Objetivos	Variable	Definición
Determinar cómo ha sido la figura de la persistencia en el despido en el proceso laboral venezolano.	Persistencia en el despido	Es la facultad exclusiva del patrono, de ponerle fin a la relación de trabajo en un procedimiento de calificación de despido, pagando las indemnizaciones previstas en la ley.
Revisar la sentencia N° 3284 del 31.10.2005, de la Sala Constitucional y su aclaratoria de fecha 09.05.2006.	Sentencia N° 3284	Recoge una interpretación que tiene carácter vinculante para los Tribunales, incluso para la Sala Social.

Determinar cuál es el significado de la expresión del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, convocará a las partes a una audiencia y mediará la solución del conflicto, de no lograrse deberá decidirò	Intención del Legislador	Espíritu, propósito y razón de la expresión en la norma.
Proponer una alternativa procedimental acorde con las garantías constitucionales y los principios.	Procedimiento como alternativa	Un conjunto de actividades ordenadas, para el desarrollo de la función jurisdiccional laboral, que recoja las garantías constitucionales.

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Variables	Dimensión	Indicadores	Instrumentos
Persistencia en el despido	- Derecho del Trabajo - Derecho Procesal del Trabajo	- Naturaleza jurídica - Donde puede presentarse - Derechos tutelados	- Ficha bibliográfica - Ficha de Trabajo: (Textual, De Resumen y Mixta)
Sentencia N°	- Derecho	- Motivos de la	- Ficha de



3284	Procesal del Trabajo	sentencia - Derechos protegidos - Interpretación del artículo - Procedimiento establecido - Eficacia del proceso	Trabajo: (Textual, De Resumen y Mixta)
Intención del Legislador	- Derecho constitucional - Derecho Procesal del Trabajo	- Lenguaje del legislador - Motivos y razones de la norma - Derechos protegidos - Finalidad del procedimiento	- Ficha bibliográfica - Ficha de Trabajo: (Textual, De Resumen y Mixta)
Procedimiento como alternativa	- Derecho Constitucional - Derecho Procesal del Trabajo	- Celeridad procesal - Claridad del proceso - Igualdad de las partes en el proceso - Derecho a la defensa - Debido proceso	- Ficha bibliográfica - Ficha de Trabajo: (Textual, De Resumen y Mixta)

5. DELIMITACIÓN, POBLACIÓN Y MUESTRA

Es importante en este punto precisar qué podemos entender por población desde el punto de vista estadístico, así para Gabaldón Mejías (citado en Mirian Balestrini, 2002, p.137) encontramos que:

Estadísticamente hablando, por población se entiende un conjunto finito o infinito de personas, casos o elementos que presentan características comunes, como por ejemplo, una Población puede estar constituida por los habitantes de Venezuela, por el total de vehículos de Caracas, por el número de nacimientos o defunciones en Maracay.

En la presente investigación el universo de estudio para determinar el alcance y delimitación del artículo 190 de la LOPT y precisar cuál es el procedimiento establecido en el mismo, es una población finita toda vez que se conocen todas las unidades que la conforman y se encuentra referida y delimitada a sentencias dictadas por los Tribunales Superiores en el Área Metropolitana de Caracas y por el Tribunal Supremo de Justicia, dictadas en procedimientos de estabilidad laboral en las cuales ha habido inconformidad con los montos consignados por la demandada por haber persistido en el despido del trabajador, desde la entrada en vigencia de la ley, agosto de 2003 y hasta diciembre de 2008, la cual estuvo conformada por veinte (20) decisiones.

Para el presente estudio se tomó la cantidad de ocho (08) sentencias como población o universo de estudio, a los fines de que se pudiera abarcar en términos de tiempo y recursos.

6. PROCEDIMIENTO

En virtud que la presente investigación tiene un diseño documental, para su desarrollo se siguieron las etapas sugeridas por Arias 2006:

- 1) Búsqueda y exploración de fuentes (impresas y electrónicas): doctrina, jurisprudencia, leyes.
- 2) Lectura inicial de los documentos disponibles recabados.
- 3) Elaboración de un esquema preliminar o tentativo, que permitió visualizar lo que se persigue con la investigación.
- 4) Recolección de datos mediante lectura evaluativa, fichaje y resumen, de tal manera que permitió determinar las fuentes.
- 5) Análisis e interpretación de la información recolectada en función del esquema preliminar.
- 6) Formulación del esquema definitivo y desarrollo de los capítulos.
- 7) Redacción de la introducción y conclusiones.
- 8) Construcción y presentación de índices
- 9) Revisión y presentación del informe final

Estos pasos se aplicaron en el desarrollo de toda la investigación, la cual consta de cinco capítulos, los tres primeros están relacionados con el planteamiento del problema, el objetivo general y los específicos; el marco teórico y marco metodológico; y los dos últimos capítulos están distribuidos en el desarrollo propio de la investigación.

CAPÍTULO IV

EI ARTÍCULO 190 DE LA LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

Hay circunstancias en las relaciones que se dan entre los sujetos o partes de un contrato, en este caso en el campo de los contratos laborales, y sobre todo cuando se acude a la vía jurisdiccional, que se desarrollan de una manera que requieren ser controladas, reguladas, mejoradas, por el legislador, para el buen desenvolvimiento de las mismas.

Desde el nacimiento del estado y del derecho como forma de organización política de los seres humanos, se busca la justicia, para ello el estado adopta un sistema de administración de la misma, que se adecúe a las necesidades y realidades de sus ciudadanos, es por ello que en la búsqueda de la justicia, el derecho va avanzando, evolucionando y desarrollándose, dicha circunstancia no tiene otro norte que darle a los justiciables el mayor número de felicidad posible.

Es de la realidad de casi todos los países que los procesos judiciales suelen ser lentos, tardíos, morosos, debido a diferentes razones, las cuales pueden ser de orden económico, de educación, de desarrollo cultural, es decir, podríamos citar muchas razones y la lista se haría interminable, lo cierto es que tal situación va en contra de los fines del derecho y de todo sistema de gobierno.

Esa es una de las causas por las que el legislador desde hace más de ocho años, decidió modificar el rumbo de los procesos judiciales laborales, pues ya la Constitución de 1999 habiendo considerado el trabajo como un hecho social, era imperativo que los procesos judiciales cambiaran en esa dirección, es así como se ideó toda esta normativa adjetiva denominada Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) que ha dado muy buenos resultados.

El artículo 190 de la LOPT ha sido y sigue siendo, una de las normas procesales laborales más emblemáticas del nuevo proceso laboral, pues aún y cuando está inspirada en el principio de la celeridad procesal y en la idea de evitar futuros juicios y que se resolviera el conflicto en todas sus fases, en la práctica o en su aplicación ha sido difícil de entender y de lograr.

1. DERECHOS CONSAGRADOS

A este respecto se hace pertinente transcribir la norma que nos ocupa:

Artículo 190. El patrono podrá persistir en su propósito de despedir al trabajador, bien en el transcurso del procedimiento 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 establecidas en la Ley Orgánica del Trabajo.

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 (2º) 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.

Si el patrono persiste en el despido estando el proceso en etapa de ejecución del fallo y el trabajador manifestare su inconformidad con el pago consignado, el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución instará a las partes a la conciliación. De no lograrse, procederá la ejecución definitiva del fallo.

De la lectura de la disposición se encuentran una serie de derechos protegidos que pueden dividirse en dos grupos, cuales son, de tipo sustantivo y de tipo adjetivo.

I) De tipo sustantivo:

1) Patrono o Empleador

Aunque parezca evidente, es importante tener presente y claro, que la persistencia en el despido, es una facultad eminentemente del patrono y

tiene su asidero en lo que debe entenderse por tal, así encontramos que la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 49, lo define:

Se entiende por patrono o empleador la persona natural o jurídica que en nombre propio, ya sea por cuenta propia o ajena, tiene a su cargo una empresa, establecimiento, explotación o faena de cualquier naturaleza o importancia, que ocupe trabajadores, sea cual fuere su número.

Cuando la explotación se efectúa mediante intermediario, tanto éste como la persona que se beneficia de esa explotación se considerarán patronos.

La conceptualización establecida por la Ley, tiene diferentes críticas y opiniones, las cuales no son pertinentes destacar en el presente estudio, sin embargo, de la definición se colige claramente, que el patrono es aquél, que por cualquier acto jurídico válido, tiene a su cargo una empresa que ocupa trabajadores; en tal sentido, el patrono es quién controla, dirige, supervisa y además corre con los riesgos, o en otras palabras dicho, Alfonso (2006, p.91):

El patrono aparece corrientemente identificado por la exigencia y el cumplimiento de sus más notables derechos y obligaciones. Se identifica con la persona física que contrata a los trabajadores, organiza y fiscaliza el trabajo diario, ejerce el poder de mando y de disciplina que le confiere la subordinación; facilita la materia prima, las herramientas, el local y, en general, lo necesario para que el empleado u obrero preste el servicio convenido; finalmente, el patrono luce dibujado como la persona que recibe y dispone del trabajo ejecutado, asumiendo el riesgo de la empresa.

El patrono por el hecho de ser el dueño o el que tiene a cargo la explotación de una empresa, puede determinar de acuerdo a lo que convenga a la misma, quien trabaja y quien no en ella, en el artículo objeto de este trabajo, aparece tal poder, cuando el legislador establece que el patrono podrá persistir en su propósito de despedir al trabajador, es decir, el empleador en el ejercicio de sus derechos y obligaciones, puede despedir a cualquier trabajador (salvo los casos de inamovilidad, pues en el presente caso nos referimos al trabajador que tiene el amparo consagrado en el Título II,

Capítulo VII, de la LOT.) sin que haya mediado justificación legal alguna; ahora bien, para ello debe pagar no solamente las prestaciones o derechos que le correspondan a dicho trabajador, sino que debe pagar las indemnizaciones previstas en la ley por el despido injustificado y los salarios dejados de percibir, lo cual pone de manifiesto las reglas que controlan el referido poder del patrono.

2) Derecho del trabajador a recibir el pago completo de sus prestaciones e indemnizaciones.

Como consecuencia de los controles que establece el ordenamiento jurídico al patrono para que éste no se extralimite en el ejercicio de sus potestades, debe pagar al trabajador que no ha incurrido en ninguna causal para su despido, y sin embargo lo despide, las indemnizaciones previstas en el artículo 125 Ley Orgánica del Trabajo, la novedad en este procedimiento, es que debe pagar además de esas indemnizaciones, todas sus prestaciones y derechos que se deriven de la relación de trabajo, buscándose con esto, ya que el trabajador activó el aparato judicial para que le califiquen el despido y el patrono insiste en el mismo, que el conflicto que ya existe y el latente y futuro entre ambas partes se vea resuelto y el trabajador reciba todos los pagos que por derecho le corresponden en el menor tiempo posible.

II) De tipo adjetivo:

1) Derecho a la tutela judicial efectiva

El Estado venezolano al constituirse en un estado democrático, social, de derecho y de justicia, erigió la justicia como uno de sus pilares fundamentales, una justicia verdadera, una justicia material no abstracta, y que siempre ha sido uno de los fines del Derecho, lo que significa que este

nuevo modelo de Estado, le da un valor superior a la justicia, es decir, es básico para el Estado, constituye su naturaleza, pero a su vez también la coloca como fin, hacia donde se dirige, su actividad siempre conllevará a la justicia, en palabras de Escarrá (2006, p.11):

Siendo así las cosas, tal paradigma de Estado cobra vital trascendencia al momento de referirnos al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que dicho derecho conlleva la materialización de de aquél modelo de Estado al cual nos referimos, pues mediante el mismo se otorga a la generalidad de los ciudadanos la facultad de exigir por parte del Estado, en este caso a través del ejercicio de la función jurisdiccional, que el conjunto de derechos que los mismos detentan legítimamente sean eficazmente tutelados y protegidos, de conformidad con las formas y mecanismos procesales que contempla el ordenamiento jurídico.

Es así como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece de manera tajante y firme, en su artículo 26 el derecho a la tutela judicial efectiva, refiriéndose que la justicia sea eficaz, está configurado de manera integral con características de universalidad, contiene en forma extensa la legitimación para el ejercicio de recursos y acciones; este derecho no es sólo una declaración abstracta, es un derecho que debe ser materializado, debe ser real, de hecho, es decir que, el individuo no sólo tenga la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales a realizar sus alegaciones, sino que obtenga un efectivo cumplimiento, un efectivo resultado que trascienda la esfera material del individuo y por supuesto de la sociedad.

En otras palabras lo que hace distinto e importante este derecho no es sólo la libertad de acceder a los órganos de administración de justicia en manos de cualquier ciudadano, sino también el referido a la obtención de una sentencia, (é) de tal manera que no basta la recepción y admisión del recurso, a los fines de que la tutela judicial se torne efectiva, sino que resulta necesario que el órgano jurisdiccional dicte la sentencia correspondiente. (Peña, 2008, p. 349)

Este derecho comprende una serie de elementos, que la definen, caracterizan y conceptualizan, que van dirigidas a obtener justicia en los términos establecidos en la Constitución. Por ello se afirma que:

La noción de tutela judicial efectiva, de manera general pretende proteger los derechos constitucionales procesales en el proceso, presenciar y garantizar un debate judicial protegido, o tutelado de manera segura y efectiva, que en línea general permita decir que se estuvo en un proceso judicial donde prevaleció la garantía de los justiciables a un proceso con los derechos mínimos, donde se permitió el derecho a acceso a los órganos jurisdiccionales, el derecho a defenderse a producir la prueba de los hechos, a obtener del estado un pronunciamiento judicial, el derecho a revelarse contra aquella decisión adversa y en definitiva, el derecho a materializar el pronunciamiento del estado en el caso concreto, de manera voluntaria o forzosa, circunstancias éstas que nos permiten afirmar; que la noción de la denominada "Tutela Judicial Efectiva" no permite ofrecer un concepto o definición única, unitaria, sólida y que ampare o comprenda todos sus elementos, pues precisamente la amplitud de sus elementos componentes, es lo que debe entenderse por tutela judicial efectiva, de manera que resulta más fácil referirse a la noción de tutela judicial efectiva, como un conjunto de derechos constitucionalizados que permiten obtener una justicia por el estado de manera efectiva. Bello y Jiménez (2006, pp.42-43)

Antes de la LOPT, cuando el patrono persistía en el despido en un procedimiento de estabilidad y el trabajador no estaba conforme con dicho pago se aplicaba lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, quedando las diferencias por los demás conceptos que se derivaran de la relación de trabajo, a ser discutidas en el procedimiento ordinario laboral; ahora con el nuevo proceso laboral el cual se basa en la oralidad, celeridad, uniformidad, y dirigido constitucionalmente por una justicia expedita, sin formalismos no esenciales, eficiente y eficaz, cuando esto ocurre, el trabajador no tiene necesariamente que intentar un nuevo juicio para reclamar cualquier diferencia que tenga con dicho pago, sino que por el contrario, puede seguir prácticamente con el mismo procedimiento es decir, tendrá fase de mediación donde habrá la posibilidad de que ambas partes con la ayuda del Juez se den la solución a la controversia, de no ser así tendrá fase de control y contradicción de las pruebas y todas las demás instancias, de ser necesario.

Esta variación en el proceso de estabilidad lo que busca no es más que la efectiva resolución del conflicto, que el individuo se sienta satisfecho en su pretensión, independientemente de si tiene o no razón, se le ha oído y se le ha impartido justicia con todas las características que nuestra constitución exige, es decir de una manera no sólo eficiente, rápida y por supuesto con todas las garantías, sino también eficaz; como dice José Araujo-Juárez, la tutela judicial efectiva fines el principio según el cual cualquier persona puede y debe ser protegida en el ejercicio de sus pretensiones ante la Justicia. Lo que no quiere decir que tengan que ser aceptadas, sino resueltas razonadamente (é) a lo largo de un proceso (Araujo, 2006, p. 62)

2) Derecho al debido proceso.

Estrechamente vinculado con el derecho anterior se encuentra el debido proceso, consagrado en nuestra carta magna en el artículo 49, es así como el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. El derecho al debido proceso está conformado o lo componen a su vez varios derechos, de los cuales todo ciudadano debe disponer en todo proceso como garantía para la defensa de sus derechos e intereses, es decir debe tener la posibilidad de disponer de los medios que el ordenamiento jurídico le otorga con tal propósito.

El debido proceso en palabras de Ramón Escovar León (citado en Bello y Jiménez, 2006, p. 343), es:

(é) el concepto aglutinador de lo que ha llamado derecho constitucional procesal, que como principio constitucional alude a la suma de los derechos y garantías procesales consagrados en la Constitución que le permite al justiciable obtener una justicia pronta y efectiva de manera que no puede cerrarse el contenido del debido proceso, sino que el mismo debe atender a un elenco de garantías procesales, tales como la celeridad procesal, la motivación, la congruencia, la transparencia, el juez natural, proceso sin formalismos inútiles, la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, el principio de publicidad y otros similares, derechos y garantías éstas definidas en el artículo 49 Constitucional (é) siendo que los demás elementos del debido proceso se extraen del artículo 26 Constitucional y conforman la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 26 de marzo de 2002, en Sala Constitucional, con ponencia de Jesús Eduardo Cabrera, sostuvo:

En efecto, el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela comprende: el derecho a defenderse ante los órganos competentes, que serán los tribunales o los órganos administrativos, según el caso. Este derecho implica notificación adecuada de los hechos imputados, disponibilidad de medios para permitir ejercer la defensa adecuadamente, acceso a los órganos de administración de justicia, acceso a pruebas, previsión legal de lapsos adecuados para ejercer la defensa, preestablecimiento de medios que permitan recurrir contra los fallos condenatorios. Comprende además el derecho a ser presumido inocente mientras no se demuestre lo contrario, derecho a ser oído, derecho de ser juzgado por el juez natural, derecho a no ser condenado por un hecho no previsto en la ley como delito o falta, derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, derecho a no ser obligado a declararse culpable ni a declarar contra si mismo, entre otros.

Existe entonces, la violación constitucional del derecho a la defensa cuando los interesados no conocen el procedimiento que pueda afectarlos, se les impide su participación en él o el ejercicio de sus derechos, se les prohíbe realizar actividades probatorias o no se les notifican los actos que los afecten.

De allí, que la consagración constitucional del derecho al debido proceso signifique que la acción de amparo ejercida por violación de alguno de los extremos señalados, por actuación u omisión judicial, procederá cuando los hechos presuntamente constitutivos de la infracción efectivamente impidan o amenacen impedir a un particular el goce y ejercicio inmediato de las facultades que dicho derecho al debido proceso otorga.

Resulta impensable hablar de un debido proceso si no se garantizan en su decurso los elementos que dispone la ley para la defensa de las pretensiones de los ciudadanos y por ende no podría hablarse de una tutela judicial efectiva, por lo que la vulneración del debido proceso comporta la violación de la tutela judicial efectiva, así sostiene Escarrá:

No obstante, también debe tomarse en cuenta que de la violación del derecho al debido proceso, se desprenden infracciones constitucionales que conllevan la materialización de una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, bajo el entendido de que en modo alguno puede verificarse una real y efectiva tutela de los derechos e intereses susceptibles de protección jurídica, si la vía procesal que se desarrolló, infringió el ordenamiento constitucional al no guardarse en la misma la preservación de las garantías necesarias para materializar un debido proceso. (ob.cit)

Ahora bien, una de las manifestaciones del debido proceso es que el mismo debe desarrollarse sin dilaciones, debe ser expedito, en un marco de simplificación, bajo los principios de celeridad y uniformidad y sin formalismos

no esenciales, es decir la resolución de los conflictos judiciales debe darse dentro de un tiempo razonable, obteniéndose pronta respuesta, discurrir con normalidad y en el tiempo establecido, en síntesis que sea sin dilaciones hace referencia a la temporalidad del proceso. Por ello señala Picó, (1997, p. 120):

El derecho sin dilaciones indebidas es, en esencia, un derecho ordenado al proceso cuya finalidad específica radica en la garantía de que el proceso judicial se ajuste en su desarrollo a adecuadas pautas temporales. Se trata en suma, de un derecho que posee una doble faceta (o naturaleza jurídica):

- de un lado una faceta prestacional, consistente en el derecho a que los Jueces y Magistrados (é) cumplan su función jurisdiccional con la rapidez que permita la duración normal de los procesos; y,
- de otro, una faceta reaccional, que actúa también en el marco estricto del proceso y consiste en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas.

2. PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO

Para conocer el procedimiento que estatuye el artículo 190, se hace necesario revisar algunas sentencias donde se haya aplicado el mismo, así se examinarán unas decisiones antes de la sentencia N° 3284 de la Sala Constitucional, la propia sentencia y algunas posteriores a ella.

2.1. Sentencias antes del 31/10/2005

Sentencia del Juzgado Segundo Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, del 21 de febrero de 2005, expediente AP21-R-2005-000067; Sentencia del Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, del 29 de julio de 2005, expediente AP21-R-2005-000565, entre otras.

Del análisis de las estas sentencias mencionadas supra se puede observar que antes del 31/10/2005, en los casos de persistencia en el

despido y por supuesto luego de la inconformidad manifestada por el trabajador con la cantidad y conceptos consignada por la empresa, en los juicios de estabilidad y antes de la ejecución del fallo, los jueces de Sustanciación, Mediación y Ejecución decidían la misma cuando no había sido posible la mediación o conciliación, ambos sentenciadores veían o vieron con claridad y sin ninguna duda que de acuerdo con el texto del artículo 190 LOTRA la competencia funcional para resolver el conflicto de impugnación era del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución. Este si bien por ley no está facultado para decidir, había casos de excepción que la propia ley establece en los que sí podía y debía decidir, cual es la impugnación, es decir los Jueces Superiores ni siquiera se paseaban por la posibilidad de que otro juez decidiera la causa.

Sin embargo hay que destacar que las dudas acerca de la tramitación del procedimiento existían, pues muchas preguntas no tenía respuestas, tal es el caso de ¿Qué ocurría si la inconformidad se presentaba en etapa de juicio o de superiores antes de la ejecución? ¿Qué Juez debía conocer? ¿Ante quién se manifestó la inconformidad o devolverse al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución? Pues bien, las dudas, la incertidumbre continuaba.

Del mismo análisis se observa también, que ninguna de las dos partes involucradas puede actuar con ligereza, es decir, si el patrono persiste en el despido no basta la sola manifestación de voluntad de hacerlo, si no que conlleva una obligación de hacer, es decir, la misma debe ir acompañada de lo que corresponda al trabajador por salarios caídos, las indemnizaciones previstas en el artículo 125 de la LOT y las prestaciones sociales; a su vez el trabajador si está en desacuerdo con la consignación realizada por la empresa debe no sólo expresarlo, sino que además debe invocar cuales son los motivos y fundamentos de hecho y de derecho, en los que se

fundamenta, para permitir al Juez decidir sobre la inconformidad, si nada más se limita a decir de forma pura y simple impugno, puede correr el riesgo de que esa impugnación no proceda.

Especial atención merece sentencia del 10 de diciembre de 2004, dictada por el Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, expediente N° AP21-R-2004-000859, ya que esta sentencia dio lugar a la decisión dictada por la Sala Constitucional y por ende al establecimiento del procedimiento que se desarrolla actualmente.

En dicha causa ocurrió que el patrono persistió en el despido en la audiencia preliminar; el trabajador expresó de manera pura y simple su inconformidad con el pago que le fuera consignado; el Tribunal de la causa, es decir de Sustanciación, Mediación y Ejecución, fijó la oportunidad para una audiencia en la cual se trató de mediar el conflicto, y luego de ello el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución dictó su decisión sin que hubiere promoción y evacuación de las pruebas. De esa decisión se ejerció apelación y el Juez Superior decidió en los siguientes términos:

(é) el procedimiento a seguir, en caso de que el patrono persista en el despido y el trabajador impugne la consignación o la oferta, consiste en que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución convocará por auto expreso, a dictarse el día siguiente de la persistencia del patrono e impugnación del trabajador, a las partes para una audiencia a celebrarse el 2° día hábil siguiente a dicho auto, requiriendo de las partes que al inicio de esa audiencia consignen sus pruebas. Estando en la audiencia el Juez mediará ante las partes para que éstas por autocomposición procesal pongan fin a la controversia; si ello no fuere posible, entonces procederá, pero no ya como mediación sino como juzgamiento, a evacuar y analizarlas las pruebas presentadas por las partes y decidirá dentro de los cinco días siguientes sobre la suficiencia o no de los conceptos y montos ofrecidos por el patrono, pronunciándose sobre cualquier concepto a agregar, así como el monto del mismo; la decisión firme que resuelva este punto será la que en definitiva habrá de ejecutarse. Si la persistencia ocurre en el Juez de Juicio o en el Juzgado Superior, se enviarán las actas procesales al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución para que siga el procedimiento señalado en precedencia.

De acuerdo con esta sentencia, quien debía decidir el conflicto era el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, pero debía hacerlo previo a la

valoración de las pruebas que debían promoverse al inicio de la audiencia de conciliación; estaba visto entonces como una incidencia del procedimiento de estabilidad, la cual se resolvía de manera breve.

2.2. Sentencia N° 3284 del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional y su Aclaratoria

Bajo la nueva concepción del Estado venezolano, como estado social, de derecho y de justicia, ya referida, el papel del juez venezolano cambió radicalmente de ser un observador casi de piedra a ser un instrumento para la consecución de la justicia, pues es considerado el director del proceso, que debe impulsarlo si es preciso de oficio hasta su finalización, debiendo sanearlo de cualquier vicio o faltas para evitar reposiciones inútiles. Ya no es un participante pasivo sino eminentemente activo que opera en representación del Estado y en la defensa de sus fines, específicamente su proceder se concentra en la realización de la justicia, y debe hacer uso de todas las herramientas que el ordenamiento jurídico tiene a su disposición, debiendo si es necesario reinterpretar las normas de tal manera que se acerquen a las realidades sociales, con el propósito de lograr sentencias justas, que no es otra cosa que cumplir con el mandato constitucional de obtener justicia.

De esta manera el Juez adquiere un papel de instructor del proceso, es decir ejerce sus facultades legales para el (é) desarrollo e impulso del proceso, debiendo resolver todas las cuestiones procesales que atañen a la actividad de las partes y al mismo proceso que puedan paralizarlo, vigilando la continuidad del mismo hasta su conclusión (é) (Alfonzo, 2008, p. 41)

Es así como el Juez Constitucional, al detectar la imposibilidad de que el procedimiento establecido en el artículo 190 LOPT se desarrollara con total

normalidad, es decir, en garantía de los derechos humanos como el debido proceso y el derecho a la defensa, dicta sentencia N° 3284, de fecha 31 de octubre de 2005, con ponencia del Magistrado Luis Velásquez Alvaray y aclaratoria de fecha 09 de mayo de 2006, la cual pasamos de seguida a analizar.

La sentencia N° 3284, es surge como consecuencia de la acción de amparo constitucional contra la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 10 de diciembre de 2004, por quien fuera la parte actora en la causa AP21-R-2004-000859, en la cual ambas partes apelaron de la decisión del Tribunal de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución.

Se lee en el fallo del juzgado superior:

Consecuente con lo expuesto, el procedimiento a seguir, en caso de que el patrono persista en el despido y el trabajador impugne la consignación o la oferta, consiste en que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución convocará por auto expreso, a dictarse el día siguiente de la persistencia del patrono e impugnación del trabajador, a las partes para una audiencia a celebrarse el 2° día hábil siguiente a dicho auto, requiriendo de las partes que al inicio de esa audiencia consignen sus pruebas. Estando en la audiencia el Juez mediará ante las partes para que éstas por autocomposición procesal pongan fin a la controversia; si ello no fuere posible, entonces procederá, pero no ya como mediación sino como juzgamiento, a evacuar y analizarlas las pruebas presentadas por las partes y decidirá dentro de los cinco días siguientes sobre la suficiencia o no de los conceptos y montos ofrecidos por el patrono, pronunciándose sobre cualquier concepto a agregar, así como el monto del mismo; la decisión firme que resuelva este punto será la que en definitiva habrá de ejecutarse. Si la persistencia ocurre en el Juez de Juicio o en el Juzgado Superior, se enviarán las actas procesales al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución para que siga el procedimiento señalado en precedencia.

Como puede evidenciarse, el Juez Superior ordenó la reposición de la causa al estado de que se dé inicio nuevamente a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 190 LOPT, esta vez para que tuvieran la oportunidad de promover las pruebas que consideraran pertinentes con el pago realizado por la persistencia en el despido y con la inconformidad con dicho pago y así

el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución pudiera decidir conforme a derecho.

Ahora bien, contra dicha sentencia del superior, se interpuso acción de amparo por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentando la Sala en su decisión:

En dicha oportunidad (se refiere a la audiencia oral del 04 de octubre de 2005) la Sala declaró **CON LUGAR** la acción de amparo constitucional incoada por el abogado Luis Ernesto Da Silva Goncalves, apoderado judicial del ciudadano Félix Ramón Solórzano, contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2004, por el Juzgado Superior Cuarto del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en virtud de que esta Sala considera que el juez laboral creó un procedimiento que le esta (sic) legalmente vedado.

Así mismo señaló que **Ahora bien**, como en el extenso esta Sala interpretará el derecho a la defensa y su relación con el artículo 190 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y la interpretación coincide parcialmente con la del fallo impugnado, la Sala considera que decretar la anulación del fallo cuestionado resultaría en una reposición inútil, y así se decide.

(é)

Considera preciso la Sala, en virtud de las circunstancias que han dado lugar a la presente acción y la recurribilidad con que la Sala ha apreciado la existencia de este fenómeno, que lo cónsono con la labor interpretativa que debe desarrollar este alto Tribunal de las normas y principios fundamentales, es considerar que frente al vacío normativo que se produce en aquellos casos de desacuerdo entre el patrono y el trabajador respecto al pago de los conceptos ofrecidos, cuando el patrono persiste en el despido, ya sea en primera o en segunda instancia, es la apertura de un juicio stricto sensu, para que las partes, con plena libertad probatoria, puedan demostrar el derecho que les asiste, en atención a la norma constitucional que consagra el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso; por lo que la ratio de la decisión del Juzgado Superior, a pesar de adentrarse en el ejercicio de facultades cuasi legislativas propias de esta Sala, se adecua al espíritu del constituyente en cuanto a la necesidad de garantizar el derecho a la defensa.

(é)

En virtud de lo anterior, la norma del artículo 190 eiusdem debe interpretarse por los órganos pertenecientes a la jurisdicción laboral, en el sentido de que, al no existir acuerdo entre las partes en la audiencia de conciliación a que se refiere el primer aparte de dicho artículo 190 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, los jueces de Sustanciación, Mediación y Ejecución, y /o los Jueces Superiores del Trabajo cesarán en su actuación y deberán remitir la causa a un juez de juicio, a los fines de que éste se pronuncie en los términos y condiciones anteriormente anotadas respecto a la procedencia o no de lo pretendido por las partes en conflicto.

DECISIÓN

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara **CON LUGAR** la acción de amparo

constitucional intentada por el abogado Luis Ernesto Da Silva Goncalves, en su carácter de apoderado judicial del ciudadano FÉLIX RAMÓN SOLÓRZANO CÓRDOVA, contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2004, por el Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y considera que decretar la anulación del fallo cuestionado resultaría en una reposición inútil y así se decide y en consecuencia:

1.- SUSPENDE la medida cautelar innominada otorgada el 26 de mayo de 2005.
3.- (sic) ORDENA remitir el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos del Circuito Judicial Laboral del Área Metropolitana de Caracas, a los fines de su respectiva distribución en un tribunal de juicio.

3.- SE DECLARAN LOS EFECTOS del presente fallo ex nunc, esto es, a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Entonces, la acción de amparo fue declarada con lugar porque el juez superior creó un procedimiento, no pudiendo hacerlo porque le estaba prohibido legalmente hacerlo, pues había realizado funciones legislativas atribuidas al Poder Legislativo Nacional y cuasi legislativas propias de la Sala Constitucional, y por cuanto el artículo 190 LOPT en su redacción impedía el ejercicio del derecho a la defensa

Basada la Sala Constitucional, en que al existir inconformidad por parte del trabajador demandante, con los montos y conceptos consignados por la demandada al insistir en el despido, sea en la primera o en la segunda instancia, se necesita la apertura de un contradictorio, de un juicio *stricto sensu*, el cual escapa de las funciones del juez de sustanciación, mediación y ejecución, pues dicha función de juzgamiento, de valoración y control de pruebas está legalmente atribuida al juez de juicio, quien es el juez natural para ello. Señala la Sala:

(é) Es por ante este juez donde las partes deben ejercer su derecho a la defensa, ya que es él quien tiene atribuida la competencia para ejercer el control y la contradicción sobre el **material probatorio que aporten las partes**, lo cual en el caso de autos se circunscribe a las pruebas que aporten las partes para demostrar los conceptos que considera el patrono que le corresponden al trabajador y los que éste alega que tener -sic- derecho.

En este contexto, surge la necesidad de la intervención de juez del -sic- juicio, quien es el juez natural para conducir el proceso contradictorio que se generó con ocasión de la persistencia del patrono y la inconformidad del trabajador (é)

Es por ello, que a los fines de garantizar el derecho a la defensa del patrono o del trabajador en los juicios en que haya persistencia en el despido que se halle en primera o segunda instancia, lo propio es que se lleve a cabo por ante los jueces de juicio, un proceso que les permita **a las partes debatir sobre los elementos probatorios** que le darán plena certeza al juzgador para dictar su sentencia. (é) la norma del artículo 190 (é) debe interpretarse por los órganos pertenecientes a la jurisdicción laboral, en el sentido de que, al no existir acuerdo entre las partes en la audiencia de conciliación a que se refiere el primer aparte de dicho artículo (é), los jueces de Sustanciación, Mediación y Ejecución, y/o los Jueces Superiores del Trabajo cesarán en su actuación y deberán remitir la causa a un juez de juicio, a los fines de que este se pronuncie en los términos y condiciones anteriormente anotadas respecto a la procedencia o no de lo pretendido por las partes en conflicto. (é) (Negritas nuestras)

De lo transcrito se infiere que si no hay acuerdo entre las partes, luego de celebrarse la audiencia de conciliación, el juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, deberá dar por concluida la misma y remitir la causa a los jueces de Juicio, en virtud de que son éstos los que tienen la competencia funcional de juzgamiento, para que decidan el conflicto que se ha suscitado con motivo de la persistencia en el despido y la inconformidad manifestada por el laborante.

Sin embargo, aún con los lineamientos establecidos en la sentencia quedaron o surgieron algunas interrogantes: ¿Cuándo se promueven las pruebas en virtud de la impugnación? ¿Hay contestación a la impugnación si no hay acuerdo entre las partes y se ordena la remisión del expediente a juicio? ¿Qué ocurre si una de las partes -demandante impugnante o demandado persistente- no comparece a la audiencia de mediación, a la prolongación o a la audiencia para el control y contradicción de las pruebas? ¿Hay una mutación del proceso de estabilidad laboral a cobro de prestaciones sociales-? Luego que se haya decidido la impugnación, ¿Podrá el trabajador reclamar por vía ordinaria alguna diferencia?

De la sentencia de la Sala Constitucional se publicó en fecha 09.05.2006 aclaratoria N° 937- acerca de lo solicitado por la parte, atinente a cuál es el procedimiento a seguir por el juez de juicio y cuándo es la oportunidad para promover las pruebas. La Sala se pronunció de la siguiente manera:

(é) En este orden de ideas y con la finalidad de despejar dudas, es necesario precisar que la inconformidad sobre lo que corresponde pagar al trabajador deber (sic) ser fundamentada por ambas partes ante el juez de sustanciación, mediación y ejecución, en cuyo caso y en aplicación de lo previsto en el artículo 190 de la ley procesal y dependiendo del supuesto, procederá lo siguiente:

1. Si el trabajador manifiesta su inconformidad con el pago consignado, antes de la ejecución del fallo, el juez de sustanciación convocará a una audiencia que tendrá lugar al segundo día hábil siguiente, en la que las partes fundamentarán esa inconformidad, a partir de lo cual el juez mediará la solución del conflicto. De no lograrse dicha solución, el juez de sustanciación deberá remitir la causa al juez de juicio, para que de conformidad con el artículo 150 y siguientes (é) proceda a fijar la audiencia de juicio, en la que las partes expondrán oralmente los alegatos en los cuales se fundamentó su inconformidad **y presentarán y evacuarán las pruebas** tendientes a demostrar todo lo relacionado a los conceptos laborales reclamados.

2. Si la persistencia del patrono en el despido y consecuente manifestación de inconformidad del trabajador tienen lugar ante el juez de juicio o el juez superior -éste luego de decidir sobre lo apelado- deberá remitirse la causa al juez de sustanciación para que proceda, conforme al artículo 190 *eiusdem*, a convocar a la audiencia y mediar en la solución del conflicto. De no lograrse la misma, se remitirá la causa al juez de juicio y procederá conforme al 150 y siguientes *eiusdem*, como fue señalado. (Negrillas nuestras)

De la aclaratoria se entiende que en la misma audiencia oral de juicio las partes promueven y evacúan las pruebas que consideren pertinentes para demostrar los conceptos y montos en debate.

Se entiende asimismo que, cuando el Tribunal señala ñen la que las partes fundamentarán esa inconformidadò debe el actor impugnante consignar escrito de impugnación e igualmente la demandada persistente haber presentado su persistencia de la misma forma, es decir mediante escrito, todo ello ante el juez de sustanciación, mediación y ejecución, para su posterior remisión a los juzgados juicio, en el supuesto de no haber acuerdo.

Es importante, destacar que la audiencia a la se refiere la sentencia, es para el control y contradicción de las pruebas ante el Juez de Juicio, no se trata de una audiencia sui generis, como la prevista en el artículo 150 de la LOPT, pues solo se van a objetar o aceptar las pruebas promovidas por las partes, en cuanto a lo que le corresponda o no al trabajador, no se trata de un

debate en cuanto a hechos y todo lo que haya rodeado a la relación de trabajo, por tanto no puede hablarse en puridad de una audiencia de juicio.

2.3. Sentencias posteriores al 31/10/2005

Sentencia del Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, del 09 de diciembre de 2005, expediente AP21-R-2005-000943; sentencia del Juzgado Cuarto Superior del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, del 31 de enero de 2007, expediente AC22-R-2006-000431; sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 06 de febrero de 2007, expediente AA60-S-2006-000799; sentencia del Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, del 21 de mayo de 2007, expediente AP21-R-2007-000201; sentencia del Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, del 08 de agosto de 2008, expediente AP21-R-2008-001053.

Del análisis de las sentencias precedentemente citadas, se observa la aplicación de la doctrina vinculante de la Sala Constitucional por parte de los Juzgados tanto Superiores y la Sala de Casación Social, al reponer la causa al estado que se celebre la audiencia de mediación cuando hay inconformidad con el monto consignado; al estado de que el tribunal de juicio se pronuncie sobre las pruebas promovidas; de que el tribunal sustanciador ordene la apertura de la cuenta de ahorros a nombre del trabajador; de que el tribunal de juicio tramite la audiencia de control y contradicción; según sea el caso, de lo que se colige lo siguiente:

- 1) Cuando el patrono persiste en el despido del trabajador en los juicios de calificación de despido, debe no solamente hacer la manifestación expresa de ello, sino que también, debe estar acompañada de la

consignación de las cantidades de dinero que le correspondan al trabajador por salarios caídos, lo previsto en el artículo 125 LOT y demás conceptos que le correspondan derivados de la relación de trabajo.

- 2) Luego de la persistencia y la respectiva consignación debe el Tribunal ordenar la apertura de una cuenta de ahorros a nombre del trabajador, ante la entidad bancaria correspondiente, cuyas diligencias debe realizar la parte demandada persistente ante el banco, con apoyo de la Oficina de Control de Consignaciones del Circuito Judicial del Trabajo al cual pertenezca el tribunal encargado recibir el monto de lo ofrecido al accionante, para que dicha impugnación se tenga como realizada.
- 3) A partir de que conste en autos la apertura de la cuenta de ahorros, el trabajador podrá si así lo considera impugnar los montos y cantidades consignadas, (lo que no significa que, si persiste antes de la apertura de la cuenta, no sea válida, solo que hasta que la referida cuenta a nombre del trabajador, no conste en autos, no puede hablarse de una efectiva persistencia en el despido, tan es así que si no se realiza tal formalidad, se tiene como que no se efectuó la persistencia en el despido) una vez realizada la impugnación, debe el tribunal fijar una audiencia de mediación, a los fines de mediar el conflicto, no ya de lo justificado o no del despido, pues el mismo ya fue reconocido como injustificado por el patrono al persistir en el mismo, sino sobre los montos y pagos realizados; de no haber mediación se da por concluida la audiencia y se ordena la remisión del expediente al tribunal de juicio.

- 4) El Tribunal de juicio debe fijar la audiencia para el control y contradicción de las pruebas, celebrar la misma en la oportunidad fijada y en esa ocasión, evacuar las pruebas, por supuesto que tenga que ver con los derechos y conceptos impugnados, pues las pruebas relacionadas con la calificación del despido, no tienen relevancia, en virtud que ya se tiene que el mismo fue injustificado y luego decidir sobre la procedencia o no de la impugnación realizada por la parte actora y en consecuencia la suficiencia o no de la cantidad consignada por la demandada.

Analizado lo anterior hay que concretar que, ambas partes deben sustentar, esto es, de manera escrita sus posiciones, el trabajador los motivos de su inconformidad y el empleador las razones del monto consignado.

Luego, se celebrará la audiencia de mediación o de conciliación como la denomina la norma, y si no hay acuerdo, se remite al juez de juicio, quien deberá ordenar, de oficio o a petición de parte la evacuación de las pruebas que considere pertinentes para el esclarecimiento de lo debatido en una audiencia de acuerdo con los artículos 150, 152 y siguientes de la LOPT.

Si la parte actora impugnante no comparece a la audiencia fijada por el juez de sustanciación, mediación y ejecución o a una de sus prolongaciones si las hubiera, se considerará que ha desistido y está conforme con lo consignado, si es la demandada persistente la que no comparece, se ordenará la remisión del expediente a los juzgados de juicio para que decida. Si las incomparecencias ocurren ante el juez de juicio, este decidirá conforme a las pruebas promovidas en autos.

Puede decirse que hay una especie de mutación pero no del proceso, sino del motivo del proceso, toda vez que al haber persistencia en el despido, se

reconoce lo injustificado del despido y el procedimiento por calificación del despido perdió su esencia, y al haber impugnación, se discute por decirlo de alguna manera, los conceptos y cantidades que le corresponden al trabajador con motivo de la relación de trabajo, en virtud que este debe pagar no sólo los salarios caídos, las indemnizaciones del artículo 125 LOT, los conceptos derivados de la relación de trabajo. Es importante destacar que, el trabajador siempre podrá reclamar luego de la decisión de la impugnación, cualquier diferencia que exista, siempre y cuando no haya sido discutido, en virtud de que respecto de ellos habrá cosa juzgada.

2.4. Fase de ejecución

Si la causa se halla en fase de ejecución de sentencia y el patrono persiste en el despido, manifestando el trabajador su inconformidad con los montos consignados, señala la norma que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución instará a las partes a la conciliación, para ello fijará una audiencia a esos fines y de no lograrse, procederá la ejecución definitiva del fallo. Ya en esta etapa del proceso, no hay ninguna duda respecto de cuál debe ser la actuación del Juez, en primer lugar tratará de lograr la solución del conflicto por los medios alternos, de no llegar a ello, se ejecutará la sentencia.

3. MOTIVACIONES DEL ARTÍCULO

El artículo 190 apareja los mismos principios y directrices inspiradoras de toda la ley procesal, viene a dar respuesta a la orden de la disposición transitoria 4ª, de la Constitución de la República, referida a que se dicte una ley procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de la jurisdicción laboral de manera autónoma y especializada.

De la exposición de motivos de la LOPT, se extrae que con la nueva ley ñse trata de proporcionar a los trabajadores y empleadores un procedimiento sencillo y rápido; por tanto las razones por las que se concibe el artículo bajo estudio, no es más que la celeridad procesal, la brevedad, la inmediatez, dirigido a obtener una pronta y oportuna respuesta, concretándose así lo que hemos estudiado hasta este momento, el fin del nuevo modelo de Estado, como lo es la justicia, es decir la tutela judicial efectiva.

Si bien, se consagra el derecho del patrono de persistir en el despido, se busca que a pesar de ello, ambas partes, trabajador y patrono, puedan resolver sus desavenencias en un mismo proceso, sin necesidad de un nuevo juicio, lo que conllevaría a la disminución de demandas laborales por prestaciones sociales, pues en un mismo juicio, que al principio fue por estabilidad laboral, se estaría dirimiendo, cualquier divergencia de los conceptos que se deriven o puedan derivarse de la relación de trabajo; sin embargo, hay que destacar, que queda a salvo el derecho del trabajador, de reservarse cualquier reclamo por diferencias de prestaciones sociales.

4. ¿QUÉ QUISO DECIR EL LEGISLADOR CUANDO SEÑALÓ QUE EL JUEZ DE SUSTANCIACIÓN, MEDIACIÓN Y EJECUCIÓN, CONVOCARÁ A LAS PARTES A UNA AUDIENCIA Y MEDIARÁ LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO, DE NO LOGRARSE DEBERÁ DECIDIR?

Es indudable que el legislador fue claro al señalar que quien decidiría el conflicto, si no había mediación, era el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución. Lo indicó expresamente; pero por doctrina de la Sala Constitucional, siguiendo la exposición de motivos, en virtud que el mismo no puede juzgar, ya que no tiene esas facultades, se estableció que quien decidiría el conflicto, es el Juez de Juicio.

Está visto que en la norma sólo se planteó el supuesto de persistencia ante el juez de sustanciación, mediación y ejecución; no dijo nada el legislador acerca de que debía hacerse si se presentaba en cualquier otra etapa o instancia del proceso.

Es importante destacar, que si bien es cierto, algunos de los casos de persistencia en el despido, se trata de una simple operación aritmética, para el cálculo de los salarios caídos, en muchos de los casos no es tan sencillo, pues se discuten lo que conforma el salario, horas extras, bonos, vacaciones, utilidades, asignación de vehículos, prácticamente, todos los conceptos que puedan derivarse de la relación de trabajo, donde no es tan simple como sumar o restar, porque se discuten hechos y elementos que requieren ser probados, se discute derecho, pues se trata de convenciones colectivas de trabajo, contratos individuales de trabajo, y prácticas constantes que pueden calificarse de derechos adquiridos, los cuales arrojan cantidades y componentes que han requerido incluso, de experticias complementarias del fallo.

Es evidente entonces, que ante una controversia que amerita un debate en toda su extensión y control y contradicción de las pruebas, la misma no puede ser resuelta por el juez de sustanciación, mediación y ejecución, pues le está vedado por la doctrina sentada por la Sala Constitucional, entonces lo propio es la apertura del juicio.

Es importante destacar, que el legislador no se paseó por las posibilidades aquí planteadas, es por ello que sólo se preocupó por referirse al juez de sustanciación, mediación y ejecución, pero como ya hemos dicho que la persistencia en el despido puede darse en cualquier etapa y fase del proceso, hasta la ejecución, sin embargo del espíritu de la norma se destaca,

la intención del legislador de resolver el conflicto, por lo que es obvio que su propósito no era que la parte recibiera sus cantidades de dinero y luego demandar las diferencias, al contrario, lo que buscaba el legislador, es la solución del conflicto jurídico plenamente, que ambas partes, salieran del juicio con la seguridad plena de que su pretensión y defensa les fue resuelta, lo que no significa sin embargo, que no pueda la parte reservarse el derecho de reclamar alguna diferencia, es por ello que la máxima interprete, en pos de resguardar el derecho a la defensa y el debido proceso, y por supuesto acorde con todos los principios rectores del nuevo proceso laboral, dictó la sentencia N° 3284.

CAPITULO V

UN PROCEDIMIENTO COMO ALTERNATIVA

El proceso no es un fin en sí mismo, pues con su constitucionalización, se concibe como un instrumento para la realización de la justicia, en tal sentido, como derecho fundamental debe ser debido, por tanto no sólo requiere garantizarse la celeridad, la uniformidad, la abreviación, la ausencia de formalidades no esenciales, sino que también, para que sea considerado como debido proceso, debe ser justo, razonable y confiable, es decir, como dice Bello y Jiménez, (2006, p. 342):

(é) el Estado debe garantizar al ciudadano el conjunto mínimo de garantías o derechos constitucionales procesales sin lo cual el proceso judicial no será justo, razonable y confiable, más aún, no podría calificarse como proceso debido, garantías éstas que permiten la efectividad de la justicia, el respeto a los derechos en el marco del proceso jurisdiccional, que de manera efectiva aseguran el derecho material de los ciudadanos frente a los órganos de administración de justicia, estableciéndole limitaciones al poder ejercido por el Estado por conducto de los tribunales para afectar a los ciudadanos.

Tomando en consideración los inconvenientes que presenta en la práctica el procedimiento estatuido en el artículo 190 LOPT, ya delatados por la Sala Constitucional, se ofrece un procedimiento que se acerque a los principios rectores del proceso laboral venezolano, pero sobre todo en consonancia con el debido proceso, para el logro de la tutela judicial efectiva, por supuesto que tal propuesta sólo puede considerarse en futura reforma de la Ley, o en una sentencia del máximo Tribunal i en Sala Constitucional- que tenga los mismos efectos, en virtud de que se estarían introduciendo consecuencias jurídicas en los supuestos de incomparecencia.

Un proceso que ofrezca seguridad en cuanto a la oportunidad en la que se celebrarán los actos, donde no haya duda de cuando deben actuar las partes, que no se convierta en un obstáculo para la realización de la justicia, así señaló la Sala Constitucional, en sentencia N° 708 del 10 de mayo de

2001 al referirse al contenido de la tutela judicial: ñ(é) La garantía de que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, (é) no por ello se convierta en una traba que impida obtener las garantías consagradas en el citado artículo 26.ò

Así tenemos, que cuando hay persistencia o insistencia en el despido, se trata de un acto jurídico complejo, toda vez que el patrono, además de manifestar su voluntad de querer despedir al trabajador, debe pagar las indemnizaciones previstas en el artículo 125 LOT, sus prestaciones y demás derechos que se deriven de la relación de trabajo; esto debe hacerlo por escrito y, con las formalidades necesarias, abrir una cuenta de ahorros a nombre del trabajador, ante la entidad bancaria correspondiente, lo cual es ordenado por el Tribunal de la causa; luego de ello, surge para el trabajador la oportunidad de expresar su conformidad o no con lo consignado, estos es, como ya se dijo, cuando el patrono o la demandada, haya abierto la cuenta de ahorros, debido a que la facultad de persistir o insistir en el despido, es un acto jurídico complejo, si el caso es que no está conforme, debe hacerlo por escrito indicando de manera pormenorizada con que conceptos y por qué está en desacuerdo; en este caso el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, fijará por auto expreso el segundo día hábil para que tenga lugar la audiencia de mediación; en dicho auto, fijará la hora de la audiencia y le hará saber a las partes que deben consignar al inicio de esa audiencia todos los elementos probatorios que consideren pertinentes en relación a la persistencia e impugnación.

Desarrollada la audiencia de mediación, no lográndose que las partes lleguen a un acuerdo, se remite la causa a los Juzgados de Juicio, para que el Juez de Juicio, quien tiene las facultades de juzgamiento, decida la causa, y será ante este juez que se evacuen las pruebas promovidas previamente, es decir, al inicio de la audiencia de mediación.

Si la persistencia del patrono en el despido y consecuente manifestación de inconformidad del trabajador tienen lugar ante el juez de juicio o el juez superior -éste luego de decidir sobre lo apelado- deberá remitir la causa al juez de sustanciación para que proceda, conforme al artículo 190, y convocar a la audiencia y mediar en la solución del conflicto. De no lograrse la mediación, debe ejecutarse la sentencia.

Un procedimiento en estos términos, no dista de lo establecido en la sentencia de la Sala Constitucional, pero sobre todo garantiza el debido proceso, el derecho a la defensa y consecuencialmente el alcance de la tutela judicial efectiva, ya que como están dadas las cosas en la actualidad, es en la audiencia de juicio donde las partes deben promover y evacuar las pruebas que consideren pertinentes. Tal situación coarta el derecho a la defensa de las partes, por lo que sería mejor aceptar por parte del trabajador lo que se ofrece y volver a demandar; incluso hay algunos jueces que abren una articulación probatoria de acuerdo con el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y en puridad no es eso lo que el legislador ni lo que el Tribunal Supremo de Justicia han querido, pues lo que se busca es la uniformidad del proceso y la resolución plena del conflicto; en tal sentido, con la promoción de las pruebas al inicio de la audiencia de mediación se estarían evitando grandes inconvenientes.

El trabajador debe indicar de manera pormenorizada las razones por las que no está de acuerdo con lo ofrecido y depositado por el patrono.

Al inicio de la audiencia de mediación por el artículo 190 de la LOPT las partes promoverían las pruebas de la persistencia e impugnación, según sea el caso.

Si no hay acuerdo entre las partes, se da por concluida la audiencia y se ordena la remisión del expediente a los Juzgados de Juicio.

A este respecto hay que puntualizar lo siguiente:

Si la parte actora impugnante, no asiste a la audiencia de mediación, a una de sus prolongaciones, se entenderá que ha desistido de la impugnación y acepta los montos consignados, pudiendo demandar cualquier diferencia de prestaciones sociales.

Si la parte demandada persistente no comparece al inicio de la audiencia de mediación, se entenderá la admisión de los hechos impugnados y el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá decidir tomando en cuenta que la impugnación no sea contraria a derecho.

Si la parte demandada persistente no comparece a la prolongación de la audiencia de mediación, se remite la causa a los Tribunales de Juicio, bajo la presunción *juris tantum* de confesión, para que el juez de juicio, realice la audiencia para el control y contradicción de las pruebas promovidas y decida la causa.

Si la parte demandante impugnante o la demandada persistente, no comparece a la audiencia de control y contradicción de las pruebas, el juez de juicio decidirá la impugnación atendiendo a las pruebas y a la contrariedad o no con el derecho.

CONCLUSIONES

Luego de haber realizado el análisis crítico al artículo 190 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se puede concretar, que el procedimiento allí establecido, concatenado con la sentencia vinculante del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, resulta confuso, no es práctico, toda vez, que es más conveniente recibir lo que se ofrece y volver a demandar, pues de la manera en que deben promoverse y evacuarse las pruebas, dificulta la defensa de las alegaciones de las partes, lo que no solamente contraría el espíritu y propósito del legislador, insistimos, de que se resuelva totalmente el conflicto, sino además que no es obsequioso de la justicia, lo que redundará en la verdadera ineficacia del mismo.

En tal sentido, de acuerdo a los objetivos planteados en la presente investigación se pueden realizarse las siguientes conclusiones:

- La persistencia en el despido como actuación procesal en manos del patrono, apareció en el ordenamiento jurídico venezolano, a partir de 1974, en la Ley Contra Despidos Injustificados; de ahí en adelante su evolución histórica, se ha circunscrito en primer lugar a quién le compete resolver el desacuerdo entre el trabajador y patrono respecto de los montos pagados por el patrono con ocasión a la misma; y en segundo lugar a lo que debía pagar el patrono al trabajador.

En cuanto al primer punto siempre estuvo en manos de los tribunales la resolución de tal conflicto, en la mayoría de los casos mediante juicio ordinario; en relación al segundo punto no es sino hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que el patrono para ejercer esta facultad, debe pagar no solo las indemnizaciones previstas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del

Trabajo, los salarios caído, sino también todos los conceptos que se deriven de la relación de trabajo.

- La Sala Constitucional en el ejercicio de sus funciones propias, *cuasi* legislativas e interpretativas, y frente al vacío legal en los casos de desacuerdo entre patrono y trabajador con los montos consignados por la persistencia en el despido, en cualquiera de las instancias del juicio (salvo la fase de ejecución) dictó la sentencia N° 3284, en la cual estableció que lo correcto es la apertura de un juicio *stricto sensu*, donde las partes promuevan las pruebas que consideren pertinentes para fundamentar sus alegaciones y defensas.

Determinó entonces que si se impugnan los pagos realizados por el trabajador, el juez de sustanciación, mediación y ejecución debe fijar una audiencia para el segundo día hábil, si no hay acuerdo se da por concluida la audiencia y se remite la causa al juez de juicio, para que sea este quien previo a la realización de la audiencia de control y contradicción, donde ordenará la evacuación de las pruebas que las partes indiquen y las que crea pertinentes, decida la causa; en el entendido que si dicha inconformidad ocurre en juicio o en superiores, debe remitirse las actuaciones al juez de sustanciación, mediación y ejecución.

- El legislador señaló expresamente que quien decidiría el conflicto, si no había mediación, era el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, sin embargo no tomó en consideración las diferentes etapas en las que puede ocurrir la persistencia en el despido y en consecuencia el desacuerdo.

Tal señalamiento va en contra del derecho a la defensa, el debido proceso, y contraría los principios sobre los que se fundamenta la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que se evidencia un vacío normativo.

- Habiendo analizado el artículo junto con la sentencia se ofreció un proceso prácticamente igual al que existe en la actualidad, como proceso ordinario laboral, con claridad de cuándo se promueven las pruebas que sería al inicio de la audiencia de mediación; con la oportunidad de una contestación a la impugnación, partiendo de que el trabajador al impugnar, consignó escrito donde señala pormenorizadamente los hechos en que se apoya; y si el demandado persistente no contesta la impugnación, igualmente, se apertura la audiencia para el control y contradicción de las pruebas, todo ello con la intención de evitar una eventual demanda por prestaciones sociales, y por supuesto respetando los derechos constitucionales del debido proceso y la tutela judicial efectiva, todo ello para la obtención de una verdadera justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Arias, Fidias: El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica. Quinta Edición. Caracas, 2006.

Balestrini, Mirian: Como se elabora el proyecto de investigación. Sexta Edición. Caracas, 2002.

Bello, Humberto y Jiménez, Dorgi: Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales. Segunda Edición. Caracas, 2006.

Brewer-Carías, Allan: La constitución de 1999. Tercera Edición. Caracas, 2001.

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (CPCMI). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 47, Caracas 1994.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860, diciembre 30, 1999.

Couture, Eduardo: Fundamentos del derecho procesal civil. Duodécima Reimpresión. Buenos Aires, 1981.

Cuenca, Humberto: Derecho procesal civil. Octava Edición. Caracas, 2000.

Escarrá, Carlos (2006). Tutela judicial efectiva. En J. Casal y M. Zerpa (Coord.), *Tendencias actuales del derecho procesal: Constitución y proceso* (pp. 7-99). Caracas: Primera Edición.

Hung Vaillant, Francisco: Contribución al estudio de la ley contra despidos injustificados. Segunda Edición. Caracas, 1985.

Hurtado, Jacqueline: El proyecto de investigación. Sexta Edición. Caracas, 2008.

Laguna, Rubén: La sala constitucional del tribunal supremo de justicia: Su rol como máxima y última interprete de la constitución. Primera Edición. Caracas, 2005.

Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo. (1959), Gaceta Oficial N° 26.226 de la República de Venezuela. Noviembre 11, 1959.

Ley Contra Despidos Injustificados. (1974). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 30.468. Agosto 08, 1974.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2002). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.504. Agosto 13, 2002.

Montilla, Martha: Derecho laboral y procesal del trabajo. Primera Edición. Caracas, 2009.

Garay, Juan: Legislación laboral práctica. Ley orgánica del trabajo. Cuarta Edición. Caracas, 1993.

García Vara, Juan: Estabilidad laboral en Venezuela. Segunda Edición. Caracas, 1996.

García Vara, Juan: Procedimiento laboral en Venezuela. Caracas, 2004.

González, Arquímedes y González, Ángel: Ley orgánica procesal del trabajo. Caracas, 2003.

Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas. Félix Ramón Solorzano Córdova y Press Advertising, C.A. 10.12.2004

Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas. Adel Korban y Colegio Humboldt. 09.12.2005.

Juzgado Cuarto Superior del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas. Elvia Fernández y Exxon Mobil de Venezuela, S.A. 31.01.2007.

Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas. Aracely Valencia y Corporación Andina de Fomento. 21.05.2007.

Juzgado Cuarto Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas. José Ascanio e Inversiones Posimed, C.A. 08.08.2008.

Juzgado Segundo Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas. Francisco Ramírez y C.A. Metro de Caracas. 21.02.2005.

Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas. Luis Yeguez y Coca Cola Femsa de Venezuela. 29.07.2005.

Obando, José: Derecho Procesal Laboral. Cuarta Edición. Bogotá, 2003.

Ortiz Rodríguez, Denny: El artículo 190 de la ley orgánica procesal del trabajo, persistencia en el despido y la sala constitucional del tribunal

supremo de justicia. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
N° 127. UCV 2007.

Peña, José: Lecciones de derecho constitucional general (Vol. I). Caracas,
2008

Reglamento de la Ley Contra Despidos Injustificados. (1975). Gaceta Oficial
de la República de Venezuela N° 60.604. Enero 22, 1975.

Rengel Romberg, Arístides: Tratado de derecho procesal civil venezolano: I.
Teoría general del proceso. Séptima Edición. Caracas, 1999.

Rodríguez, Isaías: La estabilidad judicial del trabajo. Caracas, 1993.

Santana, José: El proceso laboral y sus instituciones. Caracas, 2007.

Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social. Yair Acevedo
Trespacios contra La Fayette Mercantil, S.A. 06.02.2007.

Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional. Juan Adolfo Guevara.
10.05.2001

Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional. María Josefina
Hernández Marsán. 27.04.2001.

Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional. Enrique Waldomar
Brito. 26.03.2002.

Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional. Félix Ramón Solorzano
Córdova. 10.12.2004.



Vallejo, Fabián: Derecho procesal del trabajo. Segunda Edición. Medellín, 2002.

www.tsj.gov.ve