

## LECTURAS CONSTITUCIONALES SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA INCOMPARECENCIA A LA AUDIENCIA EN LAS DIFERENTES ESTRUCTURAS PROCESALES: UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN

Camila Umpierrez Blengio\*

**RESUMEN.** *A treinta años de vigencia del Código General del Proceso (C.G.P), el presente trabajo aborda la problemática relativa a una de las sanciones más severas que contiene nuestro ordenamiento procesal, referida a las consecuencias previstas en el art. 340 del C.G.P ante la incomparecencia injustificada de las partes a la audiencia preliminar. En este sentido, se analiza desde una lectura constitucional el art. 340 del C.G.P en lo que refiere al desistimiento de la pretensión del actor y la falta de asistencia letrada a la audiencia preliminar, así como las disposiciones que establecen la aplicación de las consecuencias previstas en el citado artículo a otras estructuras procesales.*

**PALABRAS CLAVE.** *Constitución. Incomparecencia. Audiencia. Desistimiento de la pretensión. Estructuras procesales.*

**ABSTRACT.** *Thirty years after the General Code of Procedure (C.G.P) came in force, this paper addresses the issue related to one of the most severe sanctions in our procedural system, regarding the consequences set forth in art. 340 of the C.G.P for cases of unjustified default of the parties to the preliminary hearing. In this respect, art. 340 of the C.G.P is analyzed from a constitutional point of view in regard to the withdrawal of plaintiff's claim and the lack of legal assistance at the preliminary hearing, as well as the provisions that establish the application of consequences provided for the aforementioned article for other procedural structures.*

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Correo electrónico: camila.umpierrez@hotmail.com

**KEYWORDS.** *Constitution. Default of appearance. Hearing. Withdrawal of claim. Procedural structures.*

## I. INTRODUCCIÓN.

La protección de los derechos de la persona humana se debe visualizar desde el derecho interno e internacional. En la actualidad, resulta imposible analizar estas fuentes de derecho como compartimentos estancos y estáticos, sino que por el contrario se trata de sistemas de protección que deben complementarse, nutrirse y fortalecerse.

Como enseña CANÇADO TRINDADE<sup>1</sup>, *“la compartimentación teórica y estática de la doctrina clásica, entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, en nuestros días, con la interacción dinámica entre uno y otro en este ámbito, es propio Derecho que se enriquece, y se justifica, en la medida en que cumple su misión última de hacer justicia. En el presente contexto el Derecho Internacional y el Derecho Interno interactúan y se auxilian mutuamente en el proceso de expansión y fortalecimiento del derecho de protección del ser humano”*.<sup>2</sup>

El Derecho Procesal no queda por fuera del análisis del bloque de constitucionalidad y Derechos Humanos. El proceso es una garantía constitucional para el justiciable, un instrumento para la protección de sus derechos. En consecuencia, el Derecho Procesal está al servicio de los derechos sustanciales y la tutela jurisdiccional efectiva. Así lo consagran a texto expreso los artículos 11.4 y 14 del C.G.P, sin perjuicio de que no se trata de una protección que pueda considerarse de rango infra constitucional. El Derecho Procesal se construye sobre la base de derechos fundamentales, los cuales se reconoce su protección y goce en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estos se pueden agrupar en tres grandes categorías<sup>3</sup>: (i) el derecho de acción o derecho de acceso a la justicia, (ii) el derecho al debido proceso, consagrado en el art. 8 de la CADH<sup>4</sup> así como en el art. 12 de nuestra Constitución que expresa *“nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”*<sup>5</sup>, y (iii) el derecho a la tutela jurisdiccional.

<sup>1</sup> Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE (n. Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, 17 de septiembre de 1947). Actualmente se desempeña como Juez en la Corte Internacional de Justicia. Fue Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>2</sup> CANÇADO TRINDADE, A. “La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos” citado en BLENGIO, M. *Manual de Derechos Humanos*, IJ Editores, 2017, pág. 242.

<sup>3</sup> GUERRA, W. “Apelación y segunda instancia” en *Procesos Constitucionales*, FCU, 2018, p. 1098.

<sup>4</sup> “Si bien el texto del artículo 8.2 se circunscribe a los procesos penales, las garantías generales establecidas en el art. 8 íntegramente considerado, deben estar presentes en todo tipo de proceso, sean estos de orden civil, penal, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. GUERRA, W. “Apelación y segunda instancia” en *Procesos Constitucionales*, FCU, 2018, p. 1098.

<sup>5</sup> “Si bien el texto refiere principalmente al proceso penal, la garantía se ha ido ampliando y nadie duda hoy de que, con el complemento del artículo 72 de la Carta y con el aporte del derecho internacional de los derechos humanos, la garantía existe aún fuera del proceso penal. Incluso el artículo 66, parcialmente, da la base para el funcionamiento de esta garantía en sede administrativa”. RISSO, M. ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, p. 125. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27646.pdf> Fecha de consulta: 20/07/2019.

## II. LAS SANCIONES PREVISTAS PARA LA INCOMPARECENCIA NO JUSTIFICADA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA PRELIMINAR.

La audiencia preliminar es el acto central del proceso. Como señala KLETT es “*un punto de reunión de fundamental importancia de los sujetos involucrados*”<sup>6</sup>, el que, que en muchas ocasiones, salvo en procesos conciliatorios previos o preliminares (aunque con un contenido distinto), es el primer encuentro procesal de las partes.

El régimen legal aplicable a las sanciones previstas por la incomparecencia no justificada a la audiencia preliminar se ha mantenido en los últimos treinta años, con algunos matices que desarrollaremos a continuación.

Previo a la modificación del C.G.P por la Ley N° 19.090 en el año 2013, el artículo 340 establecía lo siguiente respecto de la incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar: “*340.2 La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión. 34.03. Si el inasistente fuere el demandado, el tribunal dictará sentencia de inmediato y no tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriese a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso 2° del artículo 134 en cuyo caso se estará a lo que allí se dispone*”.

Pues bien, en tanto la norma no establecía a texto expreso la aplicación preceptiva de las sanciones previstas respecto de la inasistencia a la audiencia preliminar, la jurisprudencia en forma pacífica y casi unánime había optado por flexibilizarlas. Así lo recuerdan varios autores<sup>7</sup>, señalando que la flexibilidad adoptada por los tribunales generalmente se traducía en el otorgamiento de un plazo prudencial (de extensión variada, dependiendo del tribunal)<sup>8</sup> para justificar la incomparecencia, en forma previa a que el tribunal resolviera si correspondía o no la aplicación de la sanción a la incomparecencia<sup>9</sup>. Se trataba de una

<sup>6</sup> KLETT, S. *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, Tomo II, FCU, 2014, p. 5.

<sup>7</sup> KLETT, S. *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, Tomo II, FCU, 2014; GUERRA, W. “Comparecencia de las partes a la audiencia preliminar de acuerdo al C.G.P en la redacción dada por la ley N° 19.090 y las consecuencias de su inobservancia” en *Revista CADE*, Tomo XXXI, 2015; VALENTIN, G. *La reforma del Código General del Proceso*, FCU, 2014, ABAL OLIÚ, A. *Derecho Procesal*, Tomo VIII, FCU, 2018, PRATO, M y GONZALEZ, M. “Modificaciones a las estructuras: proceso ordinario y proceso extraordinario” en Curso sobre la reforma del Código General del Proceso (ley 19.090), *La Ley Uruguay*, Montevideo, 2014, NICASTRO, G. “El régimen probatorio de la causa de justificación de la incomparecencia a la audiencia preliminar luego de la entrada en vigor de la Ley 19.090” en *Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, FCU, 2015, LEMA, L. y MORAN, M° E. “Inasistencia de las partes a la audiencia preliminar. Análisis jurisprudencial” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* Nro.1, 1999.

<sup>8</sup> “*24, 48 o 72 horas; 3,5 o 6 días para que la parte justificara su inasistencia. Incluso puede encontrarse alguna resolución en la cual se admite la justificación presentada fuera del plazo otorgado por el tribunal si esta fijación no se ha hecho bajo apercibimiento o éste no se ha hecho efectivo, como, por ejemplo, la Sentencia N° 411/2005 del TAC 1°*”. NICASTRO, G. “El régimen probatorio de la causa de justificación de la incomparecencia a la audiencia preliminar luego de la entrada en vigor de la Ley 19.090” en *Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, FCU, 2015, p. 105.

<sup>9</sup> Un caso recordado en el foro procesal, refiere a las consecuencias de la incomparecencia no justificada de la parte actora a la audiencia preliminar, en las Sentencias del Jdo. Ldo. de Maldonado de 6° Turno N° 1012 de fecha 30/03/2005 y N° 882 de fecha 8/11/2005 del TAC 5° Turno. La actora era una persona jurídica, y sus apoderados, abogados pertenecientes a un estudio jurídico de importancia, según relata la Sentencia de Segunda Instancia. El apoderado de la parte actora no compareció a la audiencia preliminar por haber sufrido un accidente de tránsito en Montevideo y el Juez en Maldonado le concedió un plazo de 5 días para justificar su incomparecencia. En Primera Instancia, la Sede tuvo por no justificada la

sana y razonable solución jurisprudencial, que, pese a que no tenía sustento legal expreso, buscaba precisamente evitar la gravedad de la sanción. No obstante tratarse de una corriente mayoritaria, cabe recordar que había que estar a lo que cada tribunal optara ya que en los hechos el texto positivo vigente establecía esa drástica sanción. En efecto, había magistrados que aplicaban las consecuencias del art. 340.2 y 340.3 en la propia audiencia.

Con la reforma del C.G.P. en el año 2013, el legislador tenía la opción de eliminar la sanción procesal, a la luz de todos los problemas que se habían suscitado. Pero, por el contrario, la norma reafirmó y reforzó este sistema sancionatorio, quitándole toda posibilidad al Magistrado de flexibilizarlo. En efecto, la norma eliminó la práctica habitual de los tribunales de justificar la incomparecencia en forma previa a la aplicación del desistimiento de la pretensión, exigiendo al tribunal que lo declare en la misma audiencia, sin posibilidad de prorrogarla.

GUERRA señala que con la nueva redacción del artículo 340 se verifica *“la imposibilidad de prorrogar la audiencia y/o concederle al inasistente un plazo para justificar la incomparecencia, como era una práctica pacífica de la jurisprudencia antes de la sanción de la citada ley”*<sup>10</sup> y en el mismo sentido enseña KLETT expresa: *“Las consecuencias previstas para la inasistencia de las partes a la audiencia preliminar, se deben aplicar, sin poder prorrogar la audiencia, ni conceder un plazo para que el inasistente justifique la causa”*<sup>11</sup>.

Por lo tanto, vemos que con la modificación del C.G.P en el año 2013, la posibilidad de acreditar la justificación de una incomparecencia existe, pero se verifica mediante la impugnación de una sentencia que ya declaró el desistimiento de la pretensión del actor, mediante la interposición de recursos de reposición y apelación. Es decir, el legislador exige al órgano judicial interviniente que, ante la incomparecencia del actor en forma que resulta admisible (personal o por medio de representante), en la misma audiencia y sin posibilidad de prórroga, el dictado de una sentencia interlocutoria por la cual se le tendrá por desistido de su pretensión, sin ningún margen de discrecionalidad.

### III. LECTURA CONSTITUCIONAL I: EL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN.

En tanto el objetivo del presente trabajo consiste en realizar un análisis de la normativa procesal desde el bloque de constitucionalidad y derechos humanos, nos detendremos en el

---

incomparecencia a la audiencia aplicando la sanción de desistimiento de la actora de su pretensión, la que fuera luego confirmada por el TAC. En un breve resumen de estas sentencias destacamos los dos argumentos centrales vertidos: *a)* la parte actora estaba representada no solo por los dos apoderados que se presentaron tardíamente en el Juzgado, sino que conforme el poder para pleitos agregado con la demanda, se había otorgado poder a favor de otros abogados y que tratándose de un estudio jurídico de importancia, disponen de mayores y mejores medios materiales y humanos por lo que este tipo de problemas puede ser solucionado con facilidad; *b)* Quedó probado en autos que la actora ocultó la hora real del accidente, lo que valorado a la luz de los principios de lealtad y buena fe procesal, veracidad y colaboración, su actuación en el proceso fue contraria a la figura del buen litigante.

<sup>10</sup> GUERRA, W. “Comparecencia de las partes a la audiencia preliminar de acuerdo al C.GP en la redacción dada por la ley N° 19.090 y las consecuencias de su inobservancia” en *Revista CADE*, Tomo XXXI, 2015.

<sup>11</sup> Ob. Cit. 6, p. 25.

estudio de la consecuencia prevista en el art. 340.2 del C.G.P respecto de la incomparecencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, siempre que el proceso versare sobre cuestiones disponibles.

De la lectura de la referida disposición, surge que la consecuencia fundamental para la inasistencia de la parte actora es el desistimiento de la pretensión, (art. 340.2 en su redacción anterior y en la actual: “*se tendrá como desistimiento de la pretensión*”), lo que implica nada menos que la imposibilidad para el actor de volver a plantear la pretensión en otro proceso, siendo de aplicación la excepción de cosa juzgada.

El desistimiento de la pretensión está regulado en el art. 228 del C.G.P, que dispone: “*En la misma oportunidad a que se refiere el artículo 227.1, el actor podrá desistir de la pretensión o renunciar a su derecho. En tales casos no se requerirá la conformidad de la contraparte, debiendo el tribunal limitarse a examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio. En caso afirmativo, dará por terminado el proceso, el cual no podrá volver a plantearse*”.

A diferencia del instituto del desistimiento del proceso, figura bilateral que requiere oír a la contraparte de quien desiste, el desistimiento de la pretensión únicamente depende de la voluntad del actor. En principio, dicha voluntad debe ser expresa e inequívoca, sin perjuicio de que, también puede ser tácita, como es precisamente el caso a estudio, que refiere a la inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar. Como señala GUERRA, “*no existe una participación explícita de la voluntad del titular del derecho que se renuncia o se dispone de él, sino que lo existe es una regla de derecho, a través de una suerte de ficción legal, determina que la inasistencia a la audiencia preliminar tiene los efectos de una renuncia al derecho de fondo pretendido en dicho proceso, si se trata de un derecho disponible*”<sup>12</sup>.

A partir de una lectura constitucional y un análisis en clave de derechos humanos, la disposición del art. 340.2. del C.G.P, que asimila la inasistencia no justificada del actor al desistimiento de la pretensión es, a juicio de la autora, de dudosa constitucionalidad.

Ríos de tinta se han derramado en nuestra doctrina procesal nacional respecto de las sanciones previstas por el art. 340 del C.G.P para la comparecencia no justificada de las partes y, sobre todo, del actor. Como señala VALENTIN, “*las soluciones que esta norma consagra –ahora reafirmadas y reforzadas, como veremos– han sido objeto de un importante debate doctrinario, entre aquellos que las exaltan como exigencias fundamentales para el funcionamiento del proceso por audiencias (por ejemplo, VESCOVI); y aquellos que entendemos que se trata de exigencias poco razonables (TEITELBAUM, TARIGO), y de utilidad discutible*”<sup>13</sup>. También recuerda este autor que este debate doctrinario se trasladó a la Comisión integrada por representantes de la Suprema Corte de Justicia y el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, al punto que inicialmente no se logró un acuerdo y fueron propuestos dos textos distintos. No obstante, finalmente se decidió consagrar la solución propuesta por la SCJ<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Ob. Cit. 10.

<sup>13</sup> VALENTIN, G. La reforma del Código General del Proceso, FCU, 2014, p. 244.

<sup>14</sup> VALENTIN, p. 244. Por motivos de extensión del trabajo no se analizarán los distintos textos propuestos.

GUERRA, en opinión que se comparte, expresa que se trata de “*sanciones que resultan ser verdaderamente gravosas para el inasistente y es por ello que han recibido importante crítica por una parte de la doctrina procesal nacional*”<sup>15</sup>.

En efecto, la fórmula del art. 340.2 del C.G.P. ha sido sumamente criticada por el foro procesal y calificada por autores como TEITELBAUM de “*draconiana*” y TARIGO de “*inicua – en el sentido de gravemente injusta y de contraria a la equidad*”<sup>16</sup>.

Implica una opción legislativa por una sanción que ha merecido los adjetivos de dura, rigurosa, drástica y gravísima ya que consiste en nada menos que la renuncia de un derecho de fondo. El actor, que no ha comparecido de forma justificada a la audiencia preliminar, no podrá volver a plantear su derecho en otro proceso.

En este sentido, como surge de la parte final de la norma precitada, el efecto del desistimiento de la pretensión no solo implica dar por terminado un proceso, sino que el mismo “*no podrá volver a plantearse*”. Ateniéndose al tenor literal de la norma, lo que no podrá volver a plantearse es el objeto del proceso que ha sido ventilado, y tampoco puede tratarse de un “replanteo” con algunos retoques para obviar la triple identidad que exige la cosa juzgada.

En doctrina procesal se ha discutido profundamente sobre la asimilación del desistimiento de la pretensión a la renuncia del derecho, en tanto una pertenece al Derecho Procesal mientras que la otra al Derecho Sustancial. Vemos que el texto legal vigente señala que “*el actor podrá desistir de la pretensión o renunciar a su derecho*”. Un trabajo muy interesante de TARIGO por el año 2001<sup>17</sup> realiza un profundo análisis bajo el interrogante de si es lo mismo *desistir de la pretensión procesal* que *renunciar al derecho sustancial*, cuestión no solo gramatical sino jurídica. En este sentido, TARIGO busca desvelar si la conjunción “o” que el artículo 228 del C.G.P. coloca entre desistir de la pretensión y renunciar a su derecho, ha sido utilizada por el legislador como una diferencia, separación o alternativa entre dos o más ideas, o por el contrario, como signo de equivalencia, de semejanza entre ambos conceptos.

Así señala TARIGO que en el año 1994 sostuvo que las dos situaciones mencionadas en dicho artículo eran dos situaciones distintas: “*La renuncia al derecho es una declaración de voluntad del actor, por medio de la cual abandona o deja sin efecto el derecho alegado, como fundamento de la pretensión procesal que, en su oportunidad, dedujera o formulara. Pero como bien señala GUASP, como no resulta posible proponer una pretensión sin fundamento, la renuncia del derecho lleva consigo, implícita, la renuncia o el desistimiento de la pretensión*”<sup>18</sup>. No obstante, en el trabajo del año 2001, el autor señala que: “*No nos desdecimos de nuestras afirmaciones anteriores, las que, además resultarían honradas por la conformidad que con ellas expresarían VESCOVI y sus colaboradores según viene de verse. Pero, a esta altura nos parece que deben ser matizadas, analizadas nuevamente y, sobre todo, acotadas o delimitadas*”<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Ob. Cit. 10.

<sup>16</sup> TARIGO, E. “El desistimiento de la pretensión y la renuncia del derecho” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* Nro.1, 2001, p. 65.

<sup>17</sup> Ob. Cit. 16.

<sup>18</sup> Ob. Cit. 16, p. 61.

<sup>19</sup> Ob. Cit. 16, p. 62.

Actualmente, la doctrina procesal nacional no desconoce que el desistimiento de la pretensión implica de forma implícita, una renuncia al derecho de fondo. Como señala GUERRA, *“partimos del supuesto de que existe un titular del derecho pretendido en un proceso, que ostenta un derecho disponible, el cual decide voluntariamente renunciar”*<sup>20</sup>.

En otras palabras, quien desiste de su pretensión procesal, está de alguna manera renunciando igualmente a su derecho subjetivo de fondo y, por ende, el C.G.P buscó equiparar ambas situaciones. Esto implica nada menos que quitar un derecho de fondo en beneficio de la contraparte, sin contraprestación alguna. Este último punto merece especial atención ya que, a nivel doctrinario, se ha utilizado a modo de ejemplo, y que traemos a colación en este trabajo, el caso del derecho de propiedad y la expropiación. Cuando por razones de interés general se priva del derecho a la propiedad a su titular, la Constitución exige otorgar a cambio de quien se le quita la propiedad, una justa y previa compensación. En este sentido, recordemos lo dispuesto por el art. 32 de la Constitución: *“La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación.”*

Desde un análisis en clave de derechos humanos, quitarle el derecho de acción, esto es, la posibilidad de reclamar en un juicio y tutelar efectivamente los derechos (art. 14 C.G.P), se ve conculcada de manera absoluta por una decisión legislativa que, según gran parte de la doctrina procesal nacional, opera de pleno derecho. Lo cierto es que, sin perjuicio de estar en tela de juicio la constitucionalidad de la norma, es derecho positivo vigente, por lo que estas razones no pueden llevar a la inaplicabilidad de la norma, a no ser por el procedimiento de inconstitucionalidad de la ley previsto en nuestra Constitución.

Por estas razones es que compartimos con GUERRA la conclusión a la que arriba en el sentido de que: *“Sin perjuicio de que no comparto la solución legal, la realidad es que la solución legal y vigente es lo suficientemente clara y relevante, por lo que la observancia de la misma a pesar de la resistencia que despierte, no está en duda al menos hasta que cambie la legislación o resulte declarada inaplicable por los mecanismos que el orden jurídico establece”*<sup>21</sup>.

En este sentido, cabe destacar que, de un relevamiento de la jurisprudencia nacional, se relevó una sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia (SCJ) en el año 1998 (la única en más de 20 años) donde la Intendencia Municipal de Rocha promovió la declaración de inconstitucionalidad del art. 340 por la vía de excepción (Sent. N° 199/1998, del 30/09/98). La Intendencia excepcionante alega que el art. 340 del C.G.P es inconstitucional por dos razones:

a) porque existe un tratamiento violatorio de la regla constitucional de igualdad en tanto sanciona al demandante inasistente con la pérdida de su derecho sustancial mientras que si quien no asiste es el demandado no se lo sanciona de igual modo. Sobre este punto, la SCJ expresa: *“III) Que, en opinión de la Corte, la norma impugnada no viola el principio constitucional de igualdad. Como surge de las normas transcritas al relacionar el libelo*

<sup>20</sup> Ob. Cit. 10.

<sup>21</sup> Ob. Cit. 10.

de la promotora, la ley procesal vigente, no obstante imponer a ambas partes - en aplicación del principio de inmediatez (art. 8 C.G.P.) - la carga de comparecer en forma personal a la audiencia preliminar, establece para la hipótesis de incumplimiento de tal carga sanciones diferentes aunque igualmente graves para actor y demandado (...) El actor pone en movimiento el andamiaje judicial y su ausencia injustificada en la oportunidad señalada demuestra falta de convicción y de prudencia en el impulso de la actividad judicial, circunstancia que obviamente no se da en el caso del demandado. Y la consideración de esta diversidad para sancionar en forma distinta el incumplimiento de la carga de comparecer por parte de uno y otro grupo de litigantes es legítima, en aplicación de los criterios generales expuestos (v. en sentido similar sent. No. 323/94, publicada en LJU c- 12.874). Por otra parte, es claro que no podría haber un tratamiento idéntico de la incomparecencia de ambos grupos en tanto nunca se podría tener a un demandado por desistido de su pretensión (ya que - salvo el caso de reconvenção - no ha deducido pretensión alguna)".

b) porque el art. 340 vulnera los arts. 7 y 32 de la Constitución. Por su parte, la SCJ tampoco comparte este argumento señalando que: "la temática involucrada en autos no tiene relación directa con los arts. 7 y 32 inciso 1 de la Carta, referidos a la tutela constitucional del derecho de propiedad, sino con el posicionamiento del sujeto frente a la norma procesal que lo comprende, en tanto el mismo realiza alguna de las conductas supuestas contenidas en la norma. El actor no se ve privado del derecho de dominio por la aplicación del art. 340.2 del C.G.P.; en todo caso, perdería la posibilidad de hacer valer de nuevo judicialmente su derecho - esto es, se afectaría su derecho a acceder a los tribunales. De todos modos, cabe recordar que la Corte ha señalado repetidamente el carácter no absoluto de los derechos instituidos en la Constitución, así como la importancia del concepto de "interés general" para la determinación por vía legal de los límites de los referidos derechos (...) En el caso, es claro que la regla objetada tiende a fines de interés general, como son los de asegurar la presencia de las partes en la audiencia preliminar - fundamental para el ordenamiento del proceso por audiencias instituido por el C.G.P. - y de estimular - conforme al principio de inmediatez - la participación del titular del derecho sustancial en juego en el proceso y aún el objetivo de represión de acciones temerarias invocado por los proyectistas del nuevo Código adjetivo (y al que alude detenidamente en autos el "a quo": f. 173 vto.)."

Resulta interesante destacar la opinión de la SCJ sobre la gravedad de la sanción (respecto de la cual no es posible adherir por los fundamentos ya expresados): "Podrá cuestionarse la norma examinada porque establece una sanción inconvenientemente severa, conforme surge de las opiniones que releva la impugnante; mas - según su reiterada jurisprudencia - la Corte no juzga el mérito o el desacierto legislativo, sino tan solo si la ley es o no constitucionalmente válida. La norma legal que dentro de su competencia institucional (dada en el caso por el art. 18 de la Carta) dispone una solución errónea o desacertada respecto al punto que regula, será una mala ley, pero no por ello inconstitucional (Conf. entre otras la antes citada sent. No. 42/93). Y en la especie - como se indicara - la norma impugnada no viola el principio constitucional de igualdad ni en consecuencia la regla básica de igualdad procesal edictada en el art. 4 C.G.P."

El camino que brindaría mayor seguridad sería la modificación de la legislación actual, ya que como bien sabemos, la declaración de inconstitucionalidad - que será resuelta por

nuestro órgano máximo del Poder Judicial- es a los efectos del caso concreto y, en definitiva, siempre dependerá de la integración de la Suprema Corte de Justicia.

En definitiva, nos manifestamos a favor de un cambio legislativo y, en el afán de propulsarlo, consideramos que la mejor solución en el caso de incomparecencia de la parte actora a la audiencia preliminar es la suspensión de la misma, quedando a impulso de parte la continuación del proceso y sometido a la eventual perención de la instancia (que precisamente es un instituto previsto para los casos de desidia del actor). De esta forma, seguimos parámetros constitucionales que no afectan ilegítimamente derechos protegidos a nivel constitucional e internacional.

#### IV. LECTURA CONSTITUCIONAL II: SOBRE LA APLICACIÓN PRECEPTIVA O NO DE LA CONSECUENCIA PREVISTA EN EL ART. 340.2 DEL C.G.P PARA EL ACTOR.

Respecto de este punto, se ha discutido en doctrina si con la nueva redacción del art. 340.2 del C.G.P, se torna de aplicación preceptiva para el tribunal o no la consecuencia negativa de la incomparecencia.

La doctrina procesal en mayoría sostiene que la norma exige al tribunal dictar sentencia declarando el desistimiento de la pretensión de oficio. KLETT señala que pese a que esta solución no es compartida, el tribunal “*debe actuar de oficio, no debe aguardar el pedido de la contraparte, porque la ley realizó una opción, y, entre dejar librado al beneficiario la aplicación de la sanción o consecuencia negativa y la aplicación preceptiva, optó por esta última*”<sup>22</sup>. En el mismo sentido, GUERRA ha señalado que “*a estar a la solución normativa, la sanción por la incomparecencia, el juez debería establecerla sin necesidad de solicitud de parte, esto es de oficio, lo que denota un claro avance del principio inquisitivo en los procesos civiles*”<sup>23</sup>.

Y PEREIRA CAMPOS indica que: “*La referencia ahora expresa a que el desistimiento “se declarará” en la audiencia, sumado a que se mantuvo la expresión “se tendrá como desistimiento de la pretensión” creemos que ratifica la posición que habíamos sustentado en cuanto a que la sanción –desistimiento de la pretensión- no es constituida por el juez sino declarada por éste ante la verificación de los presupuestos legales y que, por ende, debe aplicarse aún cuando el demandado no lo solicite expresamente en la audiencia”. Y más adelante reconoce que “la duda se mantiene”, aunque “existen argumentos más sólidos para sostener que la sanción opera por imperio de la ley y el juez tan solo declara su acaecimiento, siendo irrelevante la conducta del demandado al respecto, al menos en el caso de guardar silencio (en caso de renuncia expresa de una parte a que se aplique la sanción a la contraparte, el principio dispositivo puede tener mayor incidencia)”<sup>24</sup>.*

Por el contrario, ABAL<sup>25</sup> y VALENTIN, consideran que tratándose de un proceso regido por el principio dispositivo esa sentencia deberá dictarla el juez a instancia de la parte

<sup>22</sup> Ob. Cit. 6, p. 25.

<sup>23</sup> Ob. Cit. 10.

<sup>24</sup> PEREIRA CAMPOS, S. *Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090, comparadas y comentadas*, p. 343 en VALENTIN, G. *La reforma del Código General del Proceso*, FCU, 2014, p. 246.

<sup>25</sup> ABAL OLIÚ, A. *Derecho Procesal*, Tomo VII, FCU, 2018, p. 248

demandada. Así VALENTIN ha señalado que *“a nuestro juicio, la eventual naturaleza declarativa de la providencia que declara la existencia de la incomparecencia y aplica la sanción no excluye la vigencia del principio dispositivo (art. 1). Como indicaba la jurisprudencia en el régimen anterior, en conceptos que a nuestro juicio se mantienen vigentes, el juez no puede sustituirse a la parte y aplicar la sanción de oficio”*<sup>26</sup>.

Pues bien, la autora comparte la tesis que sostiene la no aplicación preceptiva de la sanción, fundada en el principio dispositivo rector del proceso civil (y ahora también, el penal), y que está consagrado en nuestra Constitución en su artículo 22 *“Todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, quedando abolidas las pesquisas secretas”*.

En el caso que nos ocupa, y sin perjuicio de que nuestro actual C.G.P tiene varios rasgos inquisitivos, que no se pueden desconocer, entendemos que se puede realizar una tarea de interpretación, la cual nos llevaría a interpretar la norma vigente en dos sentidos diversos: *a)* por un lado, imponiéndole al tribunal de oficio, en el caso de incomparecencia del actor, el deber de declarar mediante sentencia interlocutoria el desistimiento de la pretensión; y *b)* por otro, que el tribunal *“declarará el desistimiento”*, si así lo solicita la parte demandada asistente a la audiencia. Si bien es cierto que la norma no exige de forma expresa al demandado solicitar dicha declaración por parte del tribunal, en el entendido de que el proceso se rige por el principio dispositivo (art. 22 de la Constitución y art. 1 del C.G.P), la iniciativa de parte es la que debe primar y, por ende, debería solicitarlo el demandado asistente a la audiencia. Cuando el lector se enfrenta a diversas posturas de interpretación, debe optar por la que mejor proteja los derechos sustanciales en juego, por lo que, mediante una interpretación desde la Constitución, protegiendo el derecho de acción del actor, el tribunal no debería sustituirse a la parte y actuar de oficio, sino que aguardar el pedido de la contraparte, y así evitar una renuncia de derecho de oficio. Ante dos interpretaciones de la norma legal, nos volcamos por la lectura constitucional de la misma.

## V. LECTURA CONSTITUCIONAL III: EL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN TAMBIÉN SE APLICARÁ ANTE LA DOBLE INCOMPARECENCIA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA PRELIMINAR.

Otro punto sumamente discutido en doctrina que introdujo la reforma del C.G.P en el año 2013 fue la consecuencia negativa del desistimiento también para el caso en que ninguna de las dos partes del proceso comparezca a la audiencia.

Esta disposición normativa tan dura, es entonces reforzada en el año 2013, con esta innovación, también de dudosa constitucionalidad, en donde se establece que: *“La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar se tendrá como desistimiento de su pretensión, incluso si el demandado tampoco compareciere, lo que se declarará en la misma audiencia, sin posibilidad de prorrogarla”*.

GUERRA ha manifestado que, *“tal solución, con la nueva redacción dada por la Ley No. 19.090 es la que corresponde observar incluso si el demandado no comparece a la*

<sup>26</sup> Ob. Cit. Nota 13, p. 246.

*audiencia preliminar, lo cual significa un cambio con la regulación anterior y con lo que acaecía en la realidad, toda vez que cuando ambas partes no comparecían a la audiencia, la solución legal y en la práctica, no era la prevista en la nueva regulación*<sup>27</sup>.

¿Cuál es la razón de tan drástica opción? Pues bien, parte de la doctrina procesal nacional y la jurisprudencia han entendido de que en tanto es el actor el que promueve el proceso, este debe sufrir las consecuencias gravosas en caso de inasistencia, *“como es el actor el que pone en movimiento el andamiaje del proceso en virtud del libre ejercicio del derecho de acción, sobre este sujeto procesal es que deben recaer las consecuencias del incumplimiento de la carga respectiva, pues esa desidia en el proceso y, en definitiva, en sus pretensiones es la que debe ser sancionada*<sup>28</sup>” (Tesis sostenida por la Ministra Elena MARTÍNEZ actuando en el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1°). Esta postura ha sido recogida incluso por la SCJ: *“El actor pone en movimiento el andamiaje judicial y su ausencia injustificada en la oportunidad señalada demuestra falta de convicción y de prudencia en el impulso de la actividad judicial, circunstancia que obviamente no se da en el caso del demandado*” (Sent. N° 199/1998, del 30/09/98, recogida en la BJN).

Por el contrario, compartimos lo señalado por los procesalistas que señalan que, en caso de doble incomparecencia, no correspondería aplicar las consecuencias de las cargas procesales del art. 340, produciéndose ya sea, la “paralización del proceso<sup>29</sup>” según GELSI BIDART o como señalaba TEITELBAUM *“la única solución es la de fijar nueva audiencia, ya que no cabe dar por desistido de la pretensión al actor (art. 340.2) y simultáneamente condenar al demandado (art. 340.3)”* y añadía que *“deberá respetarse el pedido de una de las partes y no fijarla de oficio, ya que el desinterés de las mismas pudiera deberse a una solución extrajudicial, y no es el caso de fijar audiencia inútiles. En todo caso, si transcurriese un año sin tal pedido, se podría dictar de oficio la perención (art. 233)*<sup>30</sup>”.

Cabe destacar que esta posición es en cierto sentido recogida en la ley de procesos laborales No. 18.572 al expresar en sede de audiencia única en el artículo 14 que: *“En caso de inasistencia de ambas partes a la audiencia, el Tribunal archivará las actuaciones sin más trámite”*.

En suma, compartimos esta última postura, bajo el entendido de que, rigiendo el principio dispositivo, en caso de doble incomparecencia, el proceso debe quedar a impulso de parte y eventualmente para el demandado con la posibilidad de solicitar la perención de la instancia al cumplirse el plazo legal establecido en el art. 233 o inclusive, con la declaración de oficio de esta figura.

Pues bien, la regulación vigente, atenta contra derechos constitucionalmente protegidos y, por ende, nos atrevemos a manifestar que debería ser tildada de inconstitucional.

<sup>27</sup> Ob. Cit. 10.

<sup>28</sup> Ob. Cit. 6, p. 37

<sup>29</sup> GELSI BIDART, A. “Incomparecencia de ambas partes a la audiencia preliminar” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* Nro.3-4, 1992, p. 468.

<sup>30</sup> TEITELBAUM J. “Audiencia preliminar”, *V Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, 1989, p. 82, citado en ABAL OLIÚ, A. *Derecho Procesal*, Tomo VII, FCU, 2018, p. 248.

## VI. LECTURA CONSTITUCIONAL IV: LA APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS PREVISTAS POR EL ART. 340.2 DEL C.G.P EN OTRAS ESTRUCTURAS PROCESALES.

Cabe recordar que esta consecuencia gravísima prevista para la estructura del proceso ordinario, también se extiende a otras estructuras procesales. Así las cosas, resulta de aplicación a los procesos monitorios (art. 357.2 C.G.P), a los procesos incidentales (art. 321.2 y 4 C.G.P), al proceso de regulación de honorarios (art. 144 de la LOT), el proceso de liquidación de la sentencia de condena a pagar una suma líquida (art. 378.1 C.G.P.) y las tercerías de dominio y mejor derecho (art. 335 C.G.P).

Respecto de los procesos monitorios se advierte que el art. 357.2, luego de hacer una remisión genérica a los arts. 340, 341 y 343, establece expresamente que *“la inasistencia no justificada de la parte actora a la audiencia preliminar tendrá las consecuencias previstas en el artículo 340.2”*. No obstante, en el caso de la inasistencia no justificada de la parte demandada, el art. 357.2 realiza un matiz respecto de lo previsto en el art. 340.3 y la regla de admisión, al establecer de forma simétrica al desistimiento del actor que *“se tendrá como desistimiento de las excepciones opuestas y determinará la firmeza de la providencia inicial”*.

Por otro lado, en relación a su aplicación a los procesos incidentales, cabe destacar la opinión de SANTI que en un interesante análisis sobre la nueva redacción del art. 321 del C.G.P, desde una interpretación lógico-sistemático, histórica y teleológica, concluye que dicho artículo no regula la forma de comparecencia sino las consecuencias de la incomparecencia<sup>31</sup>. De la lectura del artículo 321 C.G.P in fine en su actual redacción (*“La incomparecencia de las partes a la audiencia determinará la aplicación del art. 340”*), no surge que la comparecencia de las partes deba ser de forma *personal*, bajo riesgo de aplicación de las consecuencias perjudiciales ya referidas. Por el contrario, señala SANTI que *“si se analiza el código procesal en su globalidad se percibe sin mayor esfuerzo que la comparecencia personal a la audiencia inicial está prevista para las estructuras principales, que tramitan la dilucidación de objetos principales, de naturaleza muy diferente a las cuestiones en general procesales objeto de los incidentes”*<sup>32</sup>. Por tanto, concluye este autor que las partes podrán comparecer *“de todas las maneras que lo habilita la ley procesal. Podrían comparecer personalmente o por representante con poder para pleitos (art. 39 C.G.P) con facultades para disponer, especialmente conciliar. Queda descartada la comparecencia por representante judicial del art. 44 C.G.P, porque el art. 321.2 inciso segundo C.G.P remite en cuanto al contenido de la audiencia a los numerales 1 y 4 del art. 346 CGP, entre cuyas actividades se encuentra la tentativa de conciliación y otros actos como la fijación del objeto que claramente importan la posibilidad de disposición de derechos, facultades que el representante judicial claramente no tiene”*<sup>33</sup>.

Respecto de los procesos de arrendamientos<sup>34</sup>, TEITELAUM y TARIGO postulaban la exclusión de esta aplicación, basados en el orden público de las leyes de arrendamientos

<sup>31</sup> SANTI, A. “No se requiere la comparecencia personal a la audiencia única del proceso incidental fuera de audiencia” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 1/2004, FCU.

<sup>32</sup> Ob. Cit. 30, p. 69.

<sup>33</sup> Ob. Cit. 30, p. 68.

<sup>34</sup> GHIBAUDI, G., realiza un detallado análisis de las distintas posturas en “Aplicación del Artículo 340.2 CGP a los procesos de familia y desalojo”, en *Revista Jurídica Regional Norte*, Vol.4, Nro.4, 2009.

urbanos: “En el proceso de desalojo, al igual que en el proceso de divorcio, por ejemplo, no puede tenerse al actor inasistente por desistido de la pretensión, porque ello implicaría la renuncia al derecho a desalojar o a divorciarse, derechos indisponibles precisamente por estar referidos a materias en las que está comprendido el orden público<sup>35</sup>”. Y TARIGO señala “que esta inasistencia le priva, para el futuro y en forma permanente e indefinida, de poder demandar el desalojo, supongamos, por vencimiento del plazo contractual, resulta una solución absurda. Y las interpretaciones que conducen a soluciones absurdas no son, generalmente, correctas”<sup>36</sup>.

Por el contrario, KLETT ha sostenido que la “noción de orden público en materia arrendaticia no puede extenderse de forma indiscriminada a todas las normas y con alcance general”<sup>37</sup>, en concordancia con la posición de VARELA MENDEZ.

También en el proceso de relaciones de consumo creado por Ley No. 18.507, se aplican las consecuencias perjudiciales de la incomparecencia previstas en el art. 340. El artículo 2.2. señala que: “La inasistencia a la audiencia fijada se regirá por lo dispuesto en el artículo 340 del Código General del Proceso”. Bajo el mismo razonamiento que propone SANTI aquí también podríamos discutir si dicho artículo solo regula las consecuencias de la inasistencia y no la forma de la comparecencia. No obstante, no estamos aquí ante una estructura incidental, sino que por el contrario en una estructura especial y en esta audiencia se desarrollan actos procesales similares a los de la audiencia preliminar. La aplicación de las consecuencias del art. 340 es de extrema gravedad en el proceso de relaciones de consumo, no solo por las razones que hemos postulado para el caso del actor (en este caso el consumidor), respecto a la pérdida de su derecho a plantear nuevamente el reclamo en juicio, sino por otra razón de gran peso: en esta estructura procesal no se exige asistencia letrada obligatoria. Esto implica que en la gran mayoría de los casos los consumidores asistan al proceso sin abogado, y no estén previo y durante el mismo, debidamente asesorados para ejercer una buena defensa; lo que conlleva el riesgo de incurrir en una desigualdad entre las partes que pueda resultar manifiestamente perjudicial para el consumidor.

Por último, cabe recordar que las consecuencias previstas en el art. 340.2 del CGP se aplican también para los procesos de liquidación de sentencia de condena a pagar una suma líquida (art. 378.1 C.G.P.), lo cual puede derivar en una gran contradicción. En efecto, si el actor – ganancioso y con una sentencia de condena en la que únicamente no se fijó el monto– no comparece en forma personal a la audiencia, se lo tiene por desistido de la pretensión. Entendemos que la solución con la reforma de la ley Nro. 19.090 debió ser otra.

## VII. LECTURA CONSTITUCIONAL V: LA INCOMPARECENCIA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA ÚNICA EN LOS PROCESOS LABORALES.

En el proceso laboral la incomparecencia de cualquiera de las partes a la audiencia única tiene una consecuencia totalmente distinta a la del proceso ordinario del C.G.P. Recordemos que el nuevo proceso laboral, de estructura especial, fue creado por Ley No. 18572 en el año 2009, extra C.G.P.

<sup>35</sup> TARIGO, E. Lecciones de Derecho Procesal Civil, Tomo IV, 5ª Edición, FCU, 2016, p.393

<sup>36</sup> Ob. Cit. 34, p.395.

<sup>37</sup> Ob. Cit. 6, p. 28.

En efecto, el art. 14 en su última y actual redacción dada por el art. 4 de la ley No. 18.847 del 25 de Noviembre de 2011<sup>38</sup> dispone que: “*La inasistencia no justificada de una de las partes no impedirá el desarrollo de la audiencia y la continuación del proceso*”. Por tanto, el legislador frente al proceso laboral opta por una solución radicalmente diversa a la prevista para la estructura ordinaria, apartándose de la sanción rigurosa y grave que implica tener por desistido de la pretensión a la actora o por ciertos los hechos alegados por el actor que no resulten contradictorios con la prueba de autos en el caso del demandado. En resumidas palabras, en el caso del actor, si el trabajador no asiste a la audiencia única, no implica una renuncia a su derecho de fondo a reclamar los rubros y créditos laborales impagos, y no poder volver a plantearlo en otro proceso. Lo cual es una solución lógica y constitucional. De todas formas, se observa igualmente que la norma podría importar una posible afectación del derecho en tanto en lugar de disponer la suspensión de la audiencia, y eventualmente una nueva convocatoria, opta por darle impulso al proceso, pese a la inasistencia de alguna de las partes.

Este último punto fue planteado recientemente en el curso de un proceso laboral, donde la parte empleadora demandada solicitó, por vía de excepción, la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley 18.572, en tanto vulnera el principio de igualdad y el derecho al debido proceso, dentro del cual está implícito el principio de inmediación. En tal sentido, afirmó que, si una parte concurre a la audiencia y la otra no, la que concurre puede ser interrogada por el Juez y el abogado de su contraparte, mientras que la que no comparece se ve privada de tal actividad procesal, lo cual supone una situación de desigualdad. La SCJ no hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad solicitada por los siguientes argumentos:

“Lo que la Carta garantiza, en sintonía con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables, es que toda parte en un proceso jurisdiccional tenga la oportunidad de ser oída y ejercer su derecho de defensa. Y tal garantía es respetada por la estructura procesal regulada por la Ley 18.572 (arts. 9 a 14).

En ese marco, postular que se violó el principio del debido proceso porque se rechazó un pedido de suspenderse una audiencia un día antes de su celebración parece un exceso sin asidero. Tal como lo ha señalado la Corte en múltiples oportunidades desde larga data: “la garantía del debido proceso ‘(...) impone como requisito esencial, la oportunidad de audiencia y defensa de aquél contra quien se formula una pretensión en el orden jurisdiccional. Y basta para la estricta observancia de tal garantía, el otorgamiento de dicha oportunidad de audiencia, sin que la misma deba asumir una forma o ritualidad determinada, siendo suficiente la posibilidad efectiva de hacer valer sus defensas. Es irrelevante al respecto, (...) la supresión de etapas, recursos o instancias, la restricción de excepciones o de ritualidades y aun de oportunidades procesales’ (sentencia No. 69/82; en coincidencia sents. Nos. 181/85, 153/88, 22/89, 80/93, 85/93, entre otras)”, (Sentencia No. 193/2005).

<sup>38</sup> La redacción original del art. 14 fue reiteradamente declarado inconstitucional por la SCJ. En efecto, dicha disposición establecía un régimen sancionatorio diferencial respecto de la actora (más benevolente) de la demandada, violando el principio de igualdad procesal: “*Artículo 14. (Audiencia única). Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo que a juicio del tribunal exista un motivo justificado que habilite la comparecencia por representante. La inasistencia no justificada del actor a la audiencia determinará el archivo de los autos. En caso de inasistencia no justificada del demandado el Tribunal dictará sentencia de inmediato, teniendo por ciertos los hechos afirmados por el actor en la demanda y estando a la prueba obrante en autos con anterioridad a la audiencia.*”

*En igual sentido, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el derecho a ser oído “exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones”. A mayor abundamiento la Corte ha señalado que la exigencia de que una persona sea oída “es equiparable al derecho a un juicio” o a “procedimientos judiciales” justos”. Y ha añadido el órgano jurisdiccional interamericano que un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe “un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes...” (IBAÑEZ RIVAS, Juana María: “Artículo 8. Garantías Judiciales” en AA.VV.: “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”, Christian STEINER y Patricia URIBE (Editores), Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2014, pág. 217).*

*Y en esta causa, tal garantía constitucional está holgadamente asegurada mediante la estructura del proceso laboral ordinario de la Ley 18.572, en la cual se asegura que las partes expresen sus puntos de vista fácticos-jurídicos y la oportunidad de acceder a la audiencia de precepto. Ninguna irregularidad constitucional con ello se vislumbra” (Sentencia No. 1.609/2018 del 26/11/2018. Recogida de la BJNI).*

## **VIII. LECTURA CONSTITUCIONAL VI: APELACIÓN DE LA SENTENCIA QUE DECLARA EL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN (ART. 340 INC. 2 Y 3)**

Por último, un asunto interesante respecto de la justificación de la inasistencia a la audiencia preliminar, refiere al medio impugnativo y las facultades probatorias.

Con la entrada en vigencia de la ley N° 19.090 se elimina de plano toda la casuística que previo a la ley se verificaba y que ya hemos referido, por lo que no caben dudas que la vía recursiva (interposición de los recursos de reposición y apelación) es la única que prevé la ley para que tanto el actor como el demandado puedan justificar sus respectivas incomparecencias a la audiencia preliminar. Esto conduce necesariamente a la dilucidación de un aspecto nada menor, que refiere a la prueba de la causa justificada de la inasistencia. Como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico procesal ha establecido una clara limitación probatoria, lo que implica la posibilidad de acreditar el hecho que se invoca mediante el medio de prueba documental (art. 254 num.6 del C.G.P).

Teniendo presente la gravedad de la sanción prevista en el art. 340 para la incomparecencia no justificada de las partes a la audiencia preliminar, se han postulado dos vertientes respecto a la limitación probatoria.

La posición restringida ha sido sostenida en doctrina procesal nacional por PEREZ BANCHERO, entendiendo -en base a una interpretación estricta dado el espíritu de la reforma de la ley N° 19.090-, que la única prueba admisible es la documental, en tanto la incomparecencia a la audiencia debe ser una situación excepcional y por tanto es probable la existencia de documentación al respecto; por ejemplo, un certificado médico, el parte policial de un accidente de tránsito.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> PEREZ BANCHERO, Martín. “Incomparecencia a la audiencia preliminar. Nuevo régimen”, en *R.U.D.P* 1/2013, pág. 49 citado en NICASTRO, G. “El régimen probatorio de la causa de justificación de la incomparecencia a la audiencia preliminar luego de la entrada en vigor de la Ley 19.090” en *Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, FCU, 2015 p. 107.

Por otra, parte NICASTRO ha sostenido, en una posición muy interesante y que personalmente compartimos en tanto resulta la más ajustada al respeto y tutela de los derechos protegidos, un criterio amplio y más flexible en torno a la prueba admisible en segunda instancia para acreditar la causa de justificación de la incomparecencia. Así señala NICASTRO, “A mi juicio, ser partidario de un criterio restringido en punto a la admisibilidad de otros medios de prueba distintos de la documental podría llevar a un verdadero cercenamiento de garantías”, “Ello, por cuanto si bien es verdad que, en la gran mayoría de los casos la prueba documental es la que suelen presentar las partes con el objetivo de acreditar y justificar la razón de su inasistencia a la audiencia preliminar, no es menos cierto que puede haber situaciones comprensibles en las cuales la parte no disponga de ningún documento idóneo para justificar su incomparecencia”<sup>40</sup>.

### **IX. LECTURA CONSTITUCIONAL VII: LA FALTA DE ASISTENCIA LETRADA A LA AUDIENCIA PRELIMINAR.**

Con la nueva redacción del art. 340 del C.G.P se eliminan las dudas que ante suscitaba la hipótesis de comparecencia de la parte actora o demandada a la audiencia preliminar sin asistencia letrada. Ahora la disposición en análisis establece claramente que, en estos casos, “se cumplirá la actividad correspondiente, conforme con lo previsto por el Artículo 341”. En simples palabras, el legislador ordena la celebración de la audiencia, aunque la parte no esté acompañada por un profesional.

Si la asistencia letrada es obligatoria según el art. 37 del C.G.P, deberíamos concluir que la parte sin asistencia letrada no podrá realizar en la audiencia preliminar los actos propios a desarrollarse en la misma, tampoco podrá conciliar o transar<sup>41</sup>. Esto evidentemente trae aparejadas serias consecuencias, ya que la parte que comparece a la audiencia en estas condiciones no podrá ejercer su defensa. Recordemos que la audiencia preliminar es el acto procesal central del proceso y, por ende, la audiencia preliminar puede hasta implicar la terminación del proceso, por ejemplo, en el caso que no se apele la sentencia interlocutoria que acoge la excepción de prescripción opuesta por el demandado.

Como es fácil detectar, la asistencia letrada hace al ejercicio del derecho de defensa y esta norma sin lugar a dudas, lo vulnera. Por lo tanto, también consideramos que es de dudosa constitucionalidad, por no decir, lisa y llanamente, que es inconstitucional.

Por otra parte, el art. 340 no establece si el letrado puede o no justificar su incomparecencia. De una interpretación acorde al sistema procesal, compartimos la postura de PRATO y GONZALEZ, en relación a que debería admitirse por la vía incidental<sup>42</sup>. De lo contrario, el actor sufrirá las serias consecuencias de la falta de su letrado a la audiencia preliminar que, en el peor escenario, podrían hasta implicar la pérdida del juicio. Y si luego el actor promoviese un proceso de responsabilidad profesional contra el abogado, éste si podría justificar su incomparecencia, y quizás no sea condenado por mala praxis profesional. Entonces es el justiciable el que se queda sin justicia.

<sup>40</sup> Ob. Cit. 38, p. 107.

<sup>41</sup> PRATO, M y GONZALEZ, M. “La incomparecencia del abogado a la audiencia preliminar” en *Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, FCU, 2015, p.133-143.

<sup>42</sup> Ob. Cit. 41.

Nos remitimos a las observaciones que realiza GUERRA sobre este punto, por resultar absolutamente compartidas: *“Ahora bien, no creo que sea apropiado ni tampoco que se ajuste a derecho, el desarrollo de una audiencia preliminar, ni de ninguna otra audiencia, sin asistencia letrada por las razones siguientes: 1) la asistencia letrada constituye uno de los contenidos del debido proceso, derecho procesal fundamental reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Arts. 8 y 25), el Derecho Constitucional (Art. 12) y la legislación nacional (Arts. 4°, 9°, 11, 16, 21, 24, 25, 37 y 340.1 C.G.P.); 2) admitir el desarrollo de un acto procesal en esas condiciones, es admitir que una de las partes esté en situación de desigualdad procesal (Art. 8° Constitución y Art. 4° C.G.P.); 3) el Art. 37.1 del C.G.P., en mi opinión, constituye una norma imperativa dirigida al juez por la que le ordena rechazar los escritos que no lleven firma letrada e impedir las actuaciones que se pretendan realizar sin esta asistencia. Una situación como el inicio y desarrollo de la audiencia con asistencia de una parte sin asistencia letrada, constituye la realización de un acto procesal que la ley ha ordenado al juez impedir”*<sup>43</sup>.

Por último, en relación a las posibles soluciones a esta problemática, destacamos la posición de GUERRA<sup>44</sup> que sugiere la disponibilidad de defensores de oficio o de guardia en los diferentes centros en los que operan los tribunales de Justicia. Pero esto también tiene la desventaja de que el profesional asignado desconoce absolutamente el caso y puede derivar en una mala defensa. En definitiva, resulta necesario implementar un cambio legislativo también respecto de este punto.

## X. CONCLUSIONES.

1. Con las modificaciones incorporadas por la ley N° 19.090, las severas consecuencias de la incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar se han reforzado, eliminando el margen de discrecionalidad que antes tenía el tribunal que entendía en el caso concreto.

2. Es posible discutir la constitucionalidad del artículo 340 del C.G.P en lo que refiere al desistimiento de la pretensión del actor, tanto en el caso de la incomparecencia injustificada a la audiencia preliminar, así como en el supuesto de la doble incomparecencia de las partes.

3. Asimismo, resulta posible discutir la constitucionalidad de las disposiciones que establecen la aplicación de las consecuencias previstas en el art. 340 para otras estructuras procesales.

4. Desde una lectura constitucional, se debe optar por un criterio amplio y flexible en torno a la prueba admisible en segunda instancia para acreditar la causa de justificación de la incomparecencia a la audiencia preliminar.

5. La solución prevista en el artículo 340.5 del C.G.P respecto de la falta de asistencia letrada, vulnera gravemente el derecho de defensa de la parte.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABAL OLIÚ, A. *Derecho Procesal*, Tomo VII, FCU, 2018.

<sup>43</sup> Ob. Cit. 10.

<sup>44</sup> Ob. Cit. 10.

- ABAL OLIÚ, A. "Audiencia preliminar: la presencia del tribunal y comparecencia de partes y abogados", *Rev. Judicatura*, Tomo 66, Montevideo, 2019.
- BALUGA, C. "La aplicación del principio de buena fe en la audiencia preliminar", *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, F.C.U., Montevideo, 2015.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, D. *El proceso civil*, Idea, Montevideo, 1989.
- BERMÚDEZ MARTÍNEZ, D. "Incomparecencia a la audiencia preliminar. Base objetiva para la aplicación de los conceptos justa causa y fuerza mayor", *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, F.C.U., Montevideo, 2015.
- BLENGIO, M. *Manual de Derechos Humanos*, IJ Editores, 2017.
- BRUNO, D. "Breve esquema de las consecuencias de la no contestación de la demanda y la incomparecencia en la audiencia preliminar", *Rev. de Técnica Forense*, no. 13, Montevideo, 2004.
- CAL LAGGIARD, M. "Audiencia Preliminar. Excepción de prescripción en la audiencia preliminar y comparecencia a la continuación de audiencia", *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, F.C.U., Montevideo, 2015.
- CERETTA, D., DELASCIO, N., GONZÁLEZ, M., "Consecuencias de la incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar", *Rev. de Técnica Forense*, n° 5, Montevideo, 1996.
- ELIZALDE, J.L. "La audiencia preliminar en el Código General del Proceso", *Rev. Centro Estudiantes de Derecho*, n° 2, Montevideo, 1990.
- FERNÁNDEZ LECCHINI, J.C. "El desistimiento de la pretensión en los procesos de divorcio: inasistencia a la audiencia preliminar", *Rev. Judicatura*, n° 41, Montevideo, 2000.
- GARICOITS SEMBLAT, L., ERRICO MAIO, G., "Consecuencias de la incomparecencia de los representantes estatutarios de las personas jurídicas a la audiencia preliminar", *Rev. Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 2/1991.
- GELSI BIDART, A. "La incidencia del Código General del Proceso sobre los desalojos rurales y urbanos" en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, vol.14, 1989.
- GELSI BIDART, A. "Incomparecencia de ambas partes a la audiencia preliminar" en *Revista Uruguay de Derecho Procesal*, Número 3-4, 1992.
- GHIBAUDI SUBOTIN, G. "Aplicación del art. 340.2 CGP a los procesos de familia y desalojo" en *Revista Jurídica Regional Norte* vol.4 nro.4, 2009.
- GREIF, J. "La audiencia preliminar y el despacho saneador", *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, F.C.U., Montevideo, 2015.
- GONZÁLEZ, M.E., PRATO, M. "Modificaciones a las estructuras: proceso ordinario y proceso extraordinario", en *Curso sobre la reforma del Código General del Proceso (Ley 19.090)*, obra colectiva, La Ley Uruguay, Montevideo, 2014.
- GUERRA, L. "Audiencia Preliminar", *V Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, 1989.
- GUERRA, W. "Comparecencia de las partes a la audiencia preliminar de acuerdo al C.GP en la redacción dada por la ley N° 19.090 y las consecuencias de su inobservancia" en *Revista CADE*, Tomo XXXI, 2015.
- GUERRA, W. "Apelación y segunda instancia" en *Procesos Constitucionales*, FCU, 2018.
- GUERRA, W. "Comparecencia sin asistencia letrada en la audiencia preliminar. Su regulación, aplicación práctica y problemas que aparece", *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, F.C.U., Montevideo, 2015.
- HERNÁNDEZ, STANEVICIUS, D. "Evaluación de la aplicación práctica del art. 340 del CGP" (Inasistencia a la audiencia preliminar), *III Jornadas Nacionales de Técnica Forense*, F.C.U., Montevideo, 1993.
- KLETT, S. *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, Tomo II, FCU, 2014.
- KLETT, S. "Audiencia preliminar" (Relato de ponencias presentadas en XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal), *Rev. Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 1/2015.
- LEMA, L. y MORAN, M° E. "Inasistencia de las partes a la audiencia preliminar. Análisis jurisprudencial" en *Revista Uruguay de Derecho Procesal* Nro.1, 1999.

- LORENZO, A. "Sobre el art. 340 del C.G.P." (La concurrencia o no a la audiencia, disculpas, recursos, etc.), *Rev. de Técnica Forense*, n° 1, Montevideo, 1990.
- MACHADO, E. "Reflexiones sobre la asistencia letrada en el C.G.P." (Que hacer cuando el letrado no asiste a las audiencias), *Rev. del Colegio de Abogados del Uruguay*, t. XVII, Montevideo, 1990.
- MAREMINSKI, R. "Sanciones por la incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar", *Rev. de Técnica Forense*, n° 11, Montevideo, 2002.
- MONTIEL, A. "Audiencia Preliminar", *V Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, 1989.
- NICASTRO, Gustavo. "El régimen probatorio de la causa de justificación de la incomparecencia a la audiencia preliminar luego de la entrada en vigor de la Ley 19.090" en *Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, FCU, 2015.
- PANIZZA, M. "Análisis de la situación jurídica en que se encuentran los sujetos principales del proceso frente a la audiencia preliminar", *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, F.C.U., Montevideo, 2015.
- PEREIRA CAMPOS, S. y Otros, *Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090*, Universidad de Montevideo, 2013.
- PEREIRA CAMPOS, S. y Otros, "Relevamiento empírico sobre las audiencias del Proceso Civil Ordinario en Uruguay", en *El Código General del Proceso a 20 años de su vigencia de Autores Varios*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010.
- PEREIRA CAMPOS, S. y GARCIA MARTINEZ, S. "Valoración de la conducta procesal de las partes y su conexión con la sanción dispuesta para la incomparecencia a la audiencia preliminar" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Nro.3, 2005.
- PEREIRA CAMPOS, S. y RODRIGUEZ, C. "Nuevo Proceso para reclamaciones judiciales de consumidores (Ley No. 18.507)" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Número 2, 2008.
- PEREIRA CAMPOS, S. "Cuestiones sobre la comparecencia a la audiencia preliminar: distintos escenarios y regímenes impugnativos", en *Recursos y otros medios impugnativos de AAVV*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2019.
- PÉREZ BANCHERO, M. "Incomparecencia a la audiencia preliminar. Nuevo régimen", *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 1/2013.
- PREZA RESTUCIA, D. *Audiencia Preliminar, Segunda Instancia y Casación*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, 1990.
- PRATO, M., GONZÁLEZ, M.E., "La incomparecencia del abogado a la audiencia preliminar" en *Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, FCU, 2015.
- RAMPOLDI ROBAINA, D. "Relevamiento jurisprudencial de la incomparecencia a la audiencia preliminar y consecuencias de la inasistencia", *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 2/2011.
- RAMPOLDI ROBAINA, D. "Cuestiones procesales de la audiencia preliminar. Comparecencia, resoluciones dictadas en ella e impugnaciones", *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 1/2013, (también en *Rev. Judicatura*, n° 55, Montevideo, 2013).
- RISSO, M. ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, p. 125. Recuperable en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27646.pdf>
- RISSO, D. CERETTA, J.C., "El desistimiento tácito, ¿una sanción aplicable en hipótesis de mandato"; *Rev. de Técnica Forense*, n° 15, Montevideo, 2007.
- ROSSI ALBERT, R. "Todavía, una interpretación sistemática del art. 340.2 del C.G.P. con una mirada especial sobre los Derechos Laborales ndisponibles", *Rev. Judicatura*, n° 49, Montevideo, 2010.
- SARAVIA GARCÍA, D., RAMPOLDI ROBAINA, D., "La audiencia preliminar del proceso ordinario regulada en el Código General del Proceso. La reforma de la ley 19.090. Comparecencia y etapas de la audiencia", *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, F.C.U., Montevideo, 2015.

- SANTI, A. “No se requiere la comparecencia personal a la audiencia única del proceso incidental fuera de audiencia” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 1/2004, FCU.
- TEITELBAUM, Jaime, “Audiencia preliminar”, *V Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, 1989.
- TARIGO, E. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, 5° Edición, FCU, 2016.
- TARIGO, E. “El desistimiento de la pretensión y la renuncia del derecho” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* Nro.1, 2001.
- TARIGO, E. “Incontestación de la demanda e incomparecencia a la audiencia preliminar. Similitudes y diferencias”. *Rev. La Justicia Uruguaya*, t. 107, Montevideo, 1993.
- TARIGO, E. “La carga de la asistencia personal de las partes a las audiencias del proceso”, *VIIIas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Ed. Universidad Ltda., Montevideo, 1995.
- VALENTIN, G. *La reforma del Código General del Proceso*, FCU, 2014.
- VESCOVI, E. “Las personas jurídicas pueden comparecer en juicio por intermedio de sus representantes estatutarios o, aún, sus apoderados o mandatarios contractuales”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 2/1991.
- VIDAL LAMARQUE, A. “Estudio sobre la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar del proceso ordinario, así como a la audiencia única en otras clases de procesos regulados en C.G.P. Efectos y consecuencias”, *Rev. Doctrina & Jurisprudencia (CADE)*, tomo XLV, Montevideo, 2018.

Fecha de recepción: 12 setiembre 2019.

Fecha de aceptación: 12 noviembre 2019.