

DRA. LÉONIE GARICOÏTS  
FISCAL LET. ADJ. CIVIL 5ºT.

**INASISTENCIA DEL REPRESENTANTE DE LA PARTE  
ACTORA A LA AUDIENCIA EN EL PROCESO  
EXTRAORDINARIO DE ALIMENTOS.**

**Suma:**

- I) PLANTEO DE LA SITUACIÓN A ESTUDIAR.
- II) SITUACIÓN PREVISTA POR EL ART. 340.2 C.G.P..
- III) SITUACIÓN PLANTEADA POR LOS ARTS. 228 Y 340.2 C.G.P..
- IV) HIPÓTESIS PLANTEADA EN ESTE ESTUDIO.
- V) SOLUCIONES PROPUESTAS.
- VI) SOLUCIÓN APLICABLE A DEMÁS ASUNTOS EN QUE SE ENCUENTRE EN JUEGO UN DERECHO INDISPONIBLE O LA CAUSA PÚBLICA.
- VII) CONCLUSIONES.

**I) PLANTEO DE LA SITUACIÓN A ESTUDIAR:**

Siendo que en el proceso extraordinario de alimentos normalmente la madre actúa en representación de su ( o sus) menor(es) hijos resulta por demás útil estudiar cuál es la solución procesal adecuada para cuando la misma no comparece a la audiencia única, situación – por otro lado- de lo más común. Es decir, en términos generales, cuál es la solución legal en caso que un representante legal no asista a la audiencia

de precepto, tratándose la cuestión de derechos indisponibles o de orden público ( art.124 C.C.).

Establecida la hipótesis de trabajo encontramos que, de acuerdo a la normativa vigente, y a la posición doctrinaria mayoritaria, la solución establecida por el art. 340.2 del CG.P. es aplicable a los procesos extraordinarios (art.346 del mismo texto legal).

Si bien se ha sostenido la posición contraria, remitiéndonos para su estudio al trabajo del Dr. Tarigo publicado en la R.U.D.P. 3/2000 pág. 473/480 – “ Proceso de investigación de paternidad. Inasistencia de la parte actora”- resulta, para la mayoría de la doctrina procesalista, indiscutible que el acápite del art. 346 C.G.P. remite al proceso ordinario en lo que hace a las cargas, obligaciones y demás situaciones jurídicas propias de un “procedimiento”.

Tan es así, que la carga de las partes de asistir a la audiencia preliminar en el proceso ordinario, así como de asistir a la única del extraordinario, no admite excepciones.

Siguiendo al Dr. Dante Barrios de Angelis (en Teoría del Proceso – Teoría de las situaciones Jurídicas Procesales- págs. 141/170) entendemos que la carga es una situación pasiva, caracterizada por el predominio de la necesidad y por la determinación, por otro, de la voluntad de su titular. Es en éste sentido que carga se entiende como una situación gravosa, que su incumplimiento trae aparejada una consecuencia, entendida como sanción.

Como señala el Dr. Tarigo ( “Carga de la comparecencia en el proceso ordinario de conocimiento.” –VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, págs 169/181), siguiendo a Carnelutti:”... la carga es tanto como la subordinación de uno o más intereses de quién la sufre a otro interés suyo, que le resulta impuesto al

hacer de ella una condición para la obtención de dicho interés... el orden jurídico tiene necesidad de que la parte haga actuar el proceso para la composición de litigio. Y esa necesidad no se satisface concediéndole a la parte meramente un poder, sino que, además, es necesario estimular el ejercicio de ese poder, poniendo a cargo de la parte una circunstancia penosa para el caso de falta de ejercicio. ...”

No se puede dejar de lado, al interpretar el Código General del Proceso, cuales fueron las metas generales propuestas por los codificadores, y para ello se debe recurrir a los principios establecidos en el propio Código, como el de pronta y eficiente administración de justicia ( art. 9), buena fe y lealtad procesal ( art. 5), y al principio general que establece que al justamente impedido no le corre término. Es teniendo presente estos principios que se debe leer el art. 340.2.

## **II) SITUACIÓN PREVISTA POR EL ART. 340.2 C.G.P.**

Estudiando la redacción dada al art. 340 del C.G.P., encontramos, prima facie que en el numeral 2 y en el 3 se haría una distinción entre actor y demandado, planteando soluciones diferentes para la incomparecencia injustificada de uno y otro.

Es así que en caso de inasistencia injustificada del actor, que es la que interesa en éste trabajo, se le tendrá por desistido de su pretensión. El texto legal, como se señaló, no establecería excepciones, únicamente la que hace referencia al principio que al justamente impedido no le corre término, ya que la inasistencia debe ser “injustificada”, en caso contrario – inasistencia justificada – no se establece, obviamente ninguna consecuencia.

Al tener al actor por desistido de su pretensión, culmina el proceso con una sentencia interlocutoria que tiene la fuerza de definitiva.

El porqué de una consecuencia tan gravosa se debería leer a la luz de los principios generales nombrados y teniendo en cuenta que si bien todo individuo tiene el derecho de recurrir a la justicia a fin de componer una situación de insatisfacción, ese llamado de asistencia a la justicia debe hacerse con responsabilidad. Es decir, no se puede poner en funcionamiento el andamiaje de la justicia sin responsabilidad, sin el deber de actuar en forma tal de ayudar a esa justicia para la obtención de una pronta solución final del litigio. Es así que se debe tener presente lo edictado por el art. 5 del C.G.P. en cuanto a los principios de buena fe y lealtad procesal.

En lo que hace al 340.3 C.G.P., el texto estaría resultando insuficiente ya que nada dice de la incomparecencia justificada del demandado, y podría llegar a sostenerse que ante cualquier incomparecencia del demandado, sea ella justificada o no, se debe aplicar la solución dada por el art. 340.3, cosa que no se ha sostenido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, ya que sería una violación al principio general.

En lo que respecta a la incomparecencia injustificada del demandado, se establece como consecuencia una modificación en la carga probatoria, como consecuencia de las reglas de admisión, ya que deberán tenerse por ciertos los hechos afirmados por el actor ( en todo lo que no se haya probado lo contrario). Es entonces que el proceso culmina con una sentencia definitiva, pues el tribunal se debe pronunciar sobre el fondo del asunto analizando la prueba obtenida en autos, hasta ese momento. Ahora bien, si la cuestión planteada es de orden público, derecho indisponible o hechos que no se pueden probar

por confesión se debe seguir los trámites del proceso, de acuerdo a lo establecido por el art. 134 C.G.P..

Como hemos planteado, el texto del art. 340 C.G.P. resultaría insuficiente en las dos hipótesis planteadas, es entonces que se debe leer el art. 340.2 a la luz de los restantes artículos del Código, en especial los arts.1º y 228.

### **III) SITUACIÓN PLANTEADA POR LOS ARTS. 228 Y 340.2 C.G.P.**

La norma en estudio no hace referencia a la “cuestión planteada”, como si hace el art. 228 del C.G.P. al referirse a que el tribunal debe limitarse a estudiar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio, clara referencia a los derechos indisponibles y a las cuestiones de orden público.

Se puede interpretar que los codificadores entendieron que en todas las hipótesis, sin excepción, al actor que no asiste a la audiencia preliminar ( o única en el proceso extraordinario) se le tiene por desistido de su pretensión. Ahora bien, ¿qué sucede en los casos de derechos indisponibles o en cuestiones de orden público cuándo se ha previsto una regla diferente en el art. 228 C.G.P.? Decimos esto siguiendo la posición sustentada en la obra “Código General del Proceso”( Vescovi, De Hegedus, Klett, Cardinal, Simón, Pereira - T.6- págs.508/514), la disponibilidad de los derechos en el proceso está limitada por la naturaleza de algunos de ellos que son esencialmente indisponibles ( art. 1 C.G.P.).

Tanto doctrina como jurisprudencia han entendido que en éstas cuestiones se debe entender que el art. 340.2 establece el desestimiento del proceso, no de la pretensión. Se ha dado esta solución por entender que la redacción de los numerales 2 y 3

del 340 no podían establecer una situación de desigualdad procesal entre actor y demandado. Como lo señala el Dr. Tarigo en el trabajo señalado ( R.U.D.P. 3/2000):”... La doctrina implícitamente, ha tratado de equiparar una y otra de las situaciones mencionadas –la del actor y la del demandado inasistentes a la audiencia- pasando por encima de la consideración de que el Código procesal ha consignado reglas distintas en uno y otro caso....”.

A nuestro juicio si se lee el art. 340.2 fuera de contexto, limitándose a la letra de la ley, se debería entender que hay desestimiento de la pretensión en todos los casos sin excepción, pero si se integra con el art. 228 , pues es en tal precepto que se regula el instituto del desestimiento ( lex specialis), veremos que no en todos los casos procede el acto ( de desestimiento de la pretensión) pues quedarían excluidos por el art. 1º los derechos indisponibles.

Esta sería la solución más ajustada a derecho, y teniendo en cuenta que se está ante un Código que exige que se lean todas sus normas en armonía.

#### **IV) HIPÓTESIS PLANTEADA EN ESTE ESTUDIO.**

En la hipótesis de trabajo planteada ut-supra, se debe estar a lo edictado por el art. 340.2 C.G.P., en la interpretación dada a la luz del 228 del mismo texto normativo. No se puede entender que se haya desistido de la pretensión porque se está ante un derecho indisponible.

Pero ¿cuál es la solución acorde a derecho que permita continuar los procedimientos, sin la comparecencia del representante legal del actor?.

Es importante establecer una solución porque en la práctica se ve pensiones provisorias que se perpetúen en el tiempo, cuando en aplicación de lo establecido por los arts.317 y 313 del C.G.P., la misma es “provisoria”, como lo indica su nombre, y dura lo que dura el “proceso”, es decir hasta que se dicta sentencia definitiva y la misma queda ejecutoriada.

Asimismo, se debe tener presente que esta solución, las pensiones alimenticias provisorias que se prolongan en el tiempo, adquieren la característica de una medida de auto satisfacción, contraria al debido proceso legal.

La doctrina y jurisprudencia, ha entendido que se debe tener por desistida del proceso, solución que como se señaló anteriormente, y en la interpretación dada en el presente trabajo, no sería la adecuada. La ventaja indiscutible es que esa pensión provisorio no continuaría, pero nos encontraríamos con que la pretensión, sustentada por un derecho indisponible, continúa insatisfecha. Con la agravante que en el caso no es el titular del derecho sino su representante el que ha provocado la situación procesal que lleva a esta solución.

## **V) SOLUCIONES PROPUESTAS:**

Una posible opción es que el tribunal interviniente le aplique astreintes al actor a fin de obligarlo a comparecer a la audiencia; solución ésta que no contaría, en primera instancia, con ningún impedimento legal y que, por el artículo 3 del C.G.P. que determina que el tribunal tome de oficio todas las medidas necesarias tendientes a evitar la paralización y a adelantar el trámite con la mayor celeridad posible, sería la más acorde a derecho.

De acuerdo con lo ordenado por el art. 374 del C.G.P. en cualquier etapa del proceso, y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal podrá adoptar las medidas de conminación o astringencia necesarias. Esta norma, leída en armonía con lo edictado por el art. 350 del mismo texto normativo, permite entender que el Juez Letrado de Familia tiene el poder de establecer astringencias a fin de obligar al representante legal del menor, que actúa como parte actora, a comparecer a la audiencia de marras.

Pero la práctica demuestra que ésta solución, viable desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, no sería una solución eficaz, ya que en la mayoría de los casos de pensiones alimenticias nos encontramos ante situaciones en la que una conminación económica no sería suficiente para provocar una actitud procesal más efectiva.

Es así que siguiendo al Dr. Gelsi Bidart entendemos que se pueden aplicar medidas de coacción personal, en el especialísimo caso de los procesos de familia. Como señala el citado doctrino (trabajo publicado en la R.U.D.P. 4/1987 –“Tendencias sobre coerción para el cumplimiento de Sentencias y otras providencias en los Juicios no-monetarios”- págs. 365/370.):”...debería extenderse la aplicación de tales medidas coercitivas para la ordenación del proceso, en aquellos procesos en que el interés que se intenta garantizar no coincide (abstractamente) con el de una de las partes. Como ocurre, en general, con el que se persigue en los procesos personalísimos, tales como los de familia y de menores. En éstos resulta a veces imprescindible para adoptar soluciones adecuadas al menor, la presencia de ambos padres ante el Juez; ... . Sería de desear, por lo tanto, una extensión de tales facultades – como en el procesos penal – para los procesos de tal naturaleza...”



Si bien es dable recordar que éstas consideraciones fueron vertidas por el Dr. Gelsi antes de la entrada en vigencia del C.G.P., y que en el mismo se recogieron algunas de ellas ( por ejemplo la preferencia de establecer consecuencias en el proceso en virtud de no realizarse determinadas conductas, y las facultades establecidas en el 350.3 C.G.P. ), no le quita vigencia al intentar buscar una solución a la hipótesis en estudio, que como hemos visto queda sin respuesta en el código de procedimiento.

A nuestro juicio, nada impide pues que el Juez haga conducir por la fuerza pública al representante legal del menor a la audiencia del 346 del C.G.P. a fin de que manifieste si desea o no continuar con el proceso de pensión alimenticia, explique las razones que motivan su conducta.

Como enseña Devis Echandía “.. es admisible que se recurra a conducir a por la fuerza al testigo o a la parte ante el funcionario judicial (...), siempre que luego no se utilice coacción alguna para obtener su declaración en determinado sentido...” ( Devis Echandía “Teoría General de la Prueba Judicial”, T.1, pág. 136, citado en “ Cargas procesales y posibilidad de coacción sobre personas en el C.G.P.”, Marcelo Bregani, Rodrigo Etiez, Fernando García, X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, págs. 377/383).

Con lo expuesto, aclaramos que entendemos que no se vulnera ningún principio constitucional, pues el individuo conducido mantiene su derecho de declarar en total libertad, de manifestarse o no. Si entendemos que la libertad individual en el caso de los procesos de familia, en especial - como en la hipótesis en estudio - en que se actúa por el omiso en defensa de derecho de un menor, debe ceder lo hacemos por entender que su conducta vulnera el derecho, también constitucional, a la

vida ( art. 7 Constitución), así como incumple también lo edictado por el art. 41 de nuestra magna carta, en cuanto al deber de los padres de brindar cuidado y educación a sus hijos.

Igualmente no dejará de ser tarea difícil la del Juez el establecer cuál solución es la más beneficiosa para el menor, ya que el respeto a la libertad llevará a preferir la sanción pecuniaria ( astreintes) antes que las limitativas de ésta. Como enseña el Dr. Gelsi, en la obra citada:”... El criterio para las limitaciones de las medidas surge del respeto por los derechos personalísimos y de la privacidad, por una parte, y el cuidado en no transformar medidas de cumplimiento de resoluciones, en penas por incumplimiento de las mismas....”

Es así que planteamos una tercera solución que sería la intervención del Ministerio Público y Fiscal, subrogándose en la actividad de la parte, o solicitando la designación de “curador ad-litem”.

En primer lugar debemos destacar, que “el Ministerio Público tiene de hecho y de derecho una posición diferente a las demás partes por dos razones: 1) orgánicas: no es representante, sino órgano que encarna ( vale decir que es la sociedad a los efectos del proceso) el interés general o el bien común, o el interés de la sociedad en el caso concreto. En virtud de su impulso actúa en el proceso, pero el interés general ni es la suma ni es lo opuesto al interés particular, es algo diferente que procura compaginar a todos y por ende a cada uno de los que se consideren titulares de un interés propio. 2) Subjetivas del agente, en cuanto no se encuentra directamente involucrado en el objeto del proceso, no se ve afectado como persona por sus resultados.

Su accionar cuando sustituye la inercia de los particulares satisface el interés del Estado en la actuación de derecho, al

requerir ante el Juez para que éste provea. ...” ( Código General del Proceso, Vescivo, De Hegedus, Klett, Landeira, Simón, Perreira, T. 1, págs. 403/413).

La ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal ( N°15.365) establece en su art. 10 la competencia de las Fiscalías Letradas en lo Civil, y en los numerales 5° y 6° preceptúa su intervención en los asuntos relativos a menores, incapaces y ausentes, así como en todos los que esté en juego el orden público. Asimismo el art. 28 C.G.P. establece la posibilidad de su intervención como parte principal. “ La participación de este órgano estatal en calidad de parte en el proceso civil tiene como fundamento suplir la falta de iniciativa de los particulares, en todos aquellos casos en que pueda aparecer comprometido el interés público, evitando la inercia de aquéllos. Su función en la defensa de ese interés, ejercitando un poder-deber público, consiste en excitar al tribunal, que mantiene su estructura imparcial...”( Vescovi, De Hegedus, Klett, Landeira, Simón, Pereira, obra citada...)

Cabe destacar que la intervención prevista en el art. 29 del C.G.P. como tercero, resulta residual, ya que establece que lo hará en ésta condición en los casos que lo prevea la ley y en todos aquellos en que podía actuar como parte y no lo hubiere hecho.

La ley no establece en forma clara y precisa cuándo y en qué forma deberá intervenir el Ministerio Público en el proceso. Lo cual crea una serie de problemas interpretativos, que nuestra doctrina analiza en cada caso. ( Layerle , “Formas de intervención del Ministerio Público en materia Civil”, en Rev. Facultad de Derecho, n° 1/2, 1960).

Del estudio armónico de las normas contenidas tanto en la Ley Orgánica como en el C.G.P. no se encuentra ningún

impedimento legal para la actuación del Fiscal Letrado Nacional en lo Civil, subrogándose a la parte omisa en los asuntos de menores, como el caso de los juicios de pensión alimenticia, sino que cumple fielmente con las obligaciones impuestas por ley, incluso la de velar por la pronta y recta administración de la justicia ( art. 10 nal 3º ley Orgánica del M.P. y F.).

Quizás, si aceptamos ésta solución como válida, debemos plantearnos en casos como el juicio de alimentos, quién será el administrador de la pensión alimenticia fijada a favor del menor. Es entonces que el Ministerio Público deberá interesarse y conocer si el representante legal omiso en su deber de comparecer a la audiencia del proceso cumple fielmente con los deberes inherentes a la patria potestad, y si es así no habría ningún impedimento para que el mismo sea el que administre la pensión a servir por el otro padre a su menor hijo. En caso contrario, es decir verificando que el representante legal incumple además con los deberes inherentes a la patria potestad, deberá solicitar las medidas que crea adecuadas, iniciar los procesos necesarios, en definitiva tomar todas las medidas legales pertinentes a fin de proteger al menor hijo.

Como señalamos ut-supra otra posible solución sería la solicitud por parte del Ministerio Público de la designación de curador at-litem. De acuerdo a lo dispuesto por el art. 32.2 inc.2 C.G.P. también actuarán representados por curador ad litem los menores que litiguen contra quienes ejercen la patria potestad o tutela, previa venia que otorgará el tribunal. En el caso planteado resulta que el menor, a través de su representante legal, reclama que el padre omiso le sirva pensión alimenticia, y su interés es el concluir el proceso con la mayor celeridad a fin de ver satisfecha su pretensión. La omisión del representante

legal de asistir a la audiencia del proceso extraordinario de alimentos, implica que el menor no vea satisfecho su interés y se estaría ante la hipótesis prevista por el art. 458 nal 1° C.C., que prevee la designación de curador ad litem cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de los padres o madres bajo cuyo poder se encuentran. En la situación en examen surge la oposición del interés del menor al del su representante legal cuando éste omite cumplir con la carga que le impone la ley, es entonces perfectamente viable la solución propuesta.

Asimismo se señala que nada impide que la designación de curador ad litem recaiga en el letrado patrocinante, siendo ésta la medida que permitiría una rápida, justa y eficiente administración de justicia.

#### **VI) SOLUCIÓN APLICABLE A DEMÁS ASUNTOS EN QUE SE ENCUENTRE EN JUEGO UN DERECHO INDISPONIBLE O LA CAUSA PÚBLICA.**

Si bien hemos planteado las soluciones que anteceden para los juicios de alimentos en que no haya comparecido el representante legal del menor, nada impide que se extiendan las mismas para los demás casos ( por ejemplo: investigación de paternidad), en que el interés del menor resulte perjudicado por el comportamiento procesal de su representante legal.

Esto porque como vimos, es deber del tribunal el de velar por una pronta, justa y eficaz administración de justicia ( arts. 5, 6, 9 C.G.P.), lo que permite la imposición de astreintes, la conminación personal, la intervención de las Fiscalías Letradas Nacionales en lo Civil, subrogándose al omiso, o solicitando la designación de curador ad litem, todas soluciones a aplicar en

cada caso particular evaluando cuál es la más correcta en esa circunstancia.

## **VII) CONCLUSIONES:**

**1º)** Lo establecido por el art. 340.2 C.G.P. para la incomparecencia injustificada del actor es aplicable a los procesos extraordinarios ( acápite 346 C.G.P.).

**2º)** No podría aplicarse el 340.2 en los casos de derechos indisponibles o que esté en juego el orden público ( arts. 1 y 228 C.G.P.).

**3º)** A fin de lograr una eficiente administración de justicia podría imponerse astreintes al omiso; conminación personal; sollicitar por el Ministerio Público la designación de curador ad litem; o el Ministerio Público subrogar a la parte incompareciente.