

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR EDUARDO TURELL

Montevideo, veinte de diciembre de dos mil diecisiete

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva en autos caratulados: "AA C/ BB - DIVORCIO POR CAUSAL - CASACIÓN", IUE: 530-84/2016 venidos a conocimiento de esta Corporación en mérito al recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia Definitiva SEF 00011-000092/2017, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno, el 20 de abril de 2017.

**RESULTANDO:**

1.- En autos el actor AA promovió juicio de divorcio por causal de separación de hecho contra la Sra. BB (fs. 4-5).

2.- A fs. 9 y vto. compareció la demandada, opuso excepción de incompetencia y contestó la demanda solicitando que no se haga lugar a la disolución del vínculo matrimonial hasta que el actor cumpla las obligaciones alimentarias respecto a sus menores hijas DD y CC, de 19 y 13 años de edad, respectivamente.

3.- Surge de fs. 20 que el día 15 de agosto de 2016, compareció el letrado patrocinante de la demandada quien solicitó la prórroga de la audiencia preliminar fijada para el día 1/9/2016, expresando que no podría asistir a la demandada en dicha oportunidad, por cuanto tenía fijado otro señalamiento realizado con anterioridad en autos 432-217/2015.

4.- La Sede de primer grado denegó lo solicitado por Auto No. 2768/2016, de fecha 16

de agosto de 2016, con fundamento en que *"las razones de fuerza mayor a que alude el art. 340 CGP refieren a las partes y no a los letrados patrocinantes"* (fs. 21).

5.- Con fecha 1° de setiembre de 2016, se celebró la audiencia preliminar oportunamente convocada, instancia procesal en la cual no compareció la parte sustancial -Sra. BB-, concurriendo sin embargo la Dra. Victoria Moras quien alegó ser su representante y acompañó certificación médica a los efectos de acreditar la imposibilidad de asistir de la demandada. Asimismo, conjuntamente, solicitó prórroga de la audiencia señalada.

6.- La Sede por Auto No. 3021/2016 dictado en la propia audiencia, dispuso no hacer lugar a la prórroga solicitada *"...en virtud de que la letrada, Dra. Moras, carece de la representación invocada (fs. 9 vto.), y atento a que el certificado médico carece de timbre profesional, extremo que se advierte en el propio certificado"*.

7.- Contra el Auto No. 3021/2016 por la Dra. Moras, interpuso recursos de reposición y apelación en subsidio (fs. 24).

8.- Por Auto No. 3022/2016 la Sede A Quo declaró inadmisibles los recursos interpuestos *"...atento a la ausencia de representación precedentemente relevada..."* (fs. 24). Acto seguido continuó el desarrollo de la audiencia en los siguientes términos:

a) no resultó posible tentar la conciliación dada la incomparecencia de la deman-

dada.

b) tampoco se cumplió con el despacho saneador, por cuanto, a criterio del A Quo, la incomparecencia de la demandada determinó tenerla por desistida a la excepción de incompetencia territorial incoada.

c) se fijó el objeto del proceso, el objeto de la prueba y se dispuso el diligenciamiento de los medios probatorios.

d) se diligenció la prueba testimonial ofrecida por la parte actora.

e) en aplicación del art. 350.1 del C.G.P. se resolvió lo relativo a la guarda, tenencia, régimen de visitas y pensión alimenticia, de la menor CC.

f) acto seguido el titular de la Sede, dictó la Sentencia Definitiva No. 162/2016, mediante la cual declaró disuelto el vínculo matrimonial existente entre las partes (fs. 30-34).

Es decir que en la audiencia preliminar convocada se cumplieron integralmente los actos procedimentales edictados por arts. 341 y conc. C.G.P.

9.- A fs. 36 y ss. el día 8 de setiembre de 2016, compareció la demandada, interponiendo recurso de apelación contra las siguientes resoluciones dictadas en el curso de la audiencia: Interlocutoria No. 3021/2016; Interlocutoria No. 3022/2016; Interlocutoria sin número que fijó el contenido del art. 167 del

CC.; y la Sentencia Definitiva No. 162/2016.

10.- Por Sentencia DFA 0011-000433/2017 SEF 0011-000092/2017, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno, el día 20 de abril de 2017, en mayoría integrada por los Dres. Loreley Pera, María del Carmen Díaz y María Lilián Bendahan, se falló "*Declárase mal franqueada la apelación deducida respecto de las resoluciones N° 3021/2016 y 3022/2016. Confírmase la sentencia definitiva apelada...*" (fs. 63-67). Extendieron discordia los Dres. Eduardo Cavalli y Eduardo Martínez Calandria. El Dr. Cavalli entiende que corresponde revocar la Resolución No. 3021/2016, teniendo por justificada la incomparecencia, y consiguientemente, declarar nula la sentencia definitiva de primera instancia por violación de lo establecido en los arts. 167 C.C., 350 C.G.P. y 8 C.N.A. Como consecuencia de lo anterior, considera el Sr. Ministro que corresponde remitir los autos al subrogante a efectos de pronunciarse respecto a la resolución de la excepción de incompetencia (fs. 68-69). El Dr. Martínez Calandria arriba a igual conclusión agregando que, al no dársele la oportunidad de ser oída en la audiencia preliminar a la demandada, cuya inasistencia considera justificada, se transgredieron las normas del debido proceso legal, lo cual determina la nulidad.

11.- A fs. 73 y ss. la parte demandada interpuso recurso de casación en estudio, manifestando en síntesis: que la impugnada aplicó erróneamente los arts. 24.3, 111, 140, 141, 217, 340.1, 340.3,

y 350 in fine del C.G.P.

La Sala convalida una clara situación de nulidad insanable, donde se verifica transgresión de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Discrepa con la impugnada, en el sentido de no haber invocado agravios respecto del contenido de la sentencia de divorcio, por cuanto, expresamente se manifestó su nulidad insanable, que vicia su contenido y la totalidad del proceso, a partir de la celebración de la audiencia preliminar.

La falta de oposición al divorcio en nada incide respecto a la carencia de agravios, en tanto, se vulneraron las garantías del debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y la efectividad de los derechos sustanciales, entre ellos, el de su menor hija, desatendida en clara contravención a la normativa procesal y sustancial vigente (art. 350 del C.G.P. y 8 del C.N.A.).

Jamás podría convalidarse el dictado de la sentencia definitiva sobre la base de una nulidad insanable, relevable en las actuaciones procesales que precedieron su dictado y configuraron presupuesto de ella. Conforme lo expresaron los Sres. Ministros discordes.

Le agravia la recurrida, por cuanto, señaló que no procedía la apelación de las demás resoluciones judiciales atacadas. Las providencias impugnadas son nulas absolutamente e inficionan en el

mismo vicio a la definitiva. Esto es, las restantes resoluciones judiciales son las que generan la nulidad insanable de la sentencia definitiva de primer grado.

Resulta absurda la denegación de la validez respecto de un certificado médico por el mero hecho de carecer de un timbre profesional, cuando sabido es que su contenido jamás puede quedar supeditado a cuestiones de orden fiscal. La desestimatoria desmerece la credibilidad de un certificado en base a un mero argumento formal, anodino e intrascendente.

La causal de incomparecencia fue auténtica, debida e incontrovertiblemente acreditada, en consecuencia, la actuación judicial que tuvo lugar en base a una cuestión formal (ausencia de tributo), resulta ilegal y perjudicial, y no guarda relación con la pronta y eficiente administración de justicia.

La propia recurrida reconoce que el A Quo "pudo haber sido más flexible y aceptado el certificado médico presentado como acreditante de la inasistencia de la demandada". Empero, no se trataba de una cuestión de flexibilidad sino de imperio legal, dado que, la cuestión fiscal resulta ajena a la justificación.

En definitiva, solicita se haga lugar al recurso interpuesto y en su mérito, se anule las actuaciones que tuvieron lugar a partir de la celebración de la audiencia preliminar (fs. 73-79 vto.).

12.- La parte actora no evacuó el traslado conferido.

13.- Los autos fueron recibidos por la Corporación el día 2 de agosto de 2017 (fs. 87).

14.- Por Auto No. 1356/2017 de fecha 9 de agosto de 2017, se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia (fs. 88 vto.).

**FUNDAMENTOS:**

I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, amparará el recurso de casación interpuesto, y en su mérito, anulará la recurrida, remitiéndose las presentes actuaciones al Juzgado Letrado Subrogante a efectos que continúe entendiendo a partir del acto audiencia preliminar.

II.- Agravios relativos a la justificación de la incomparecencia a la audiencia preliminar- errónea aplicación del art. 340.3 del CGP.

Se agravia la demandada, por cuanto, la Sala no consideró justificada la incomparecencia a la audiencia preliminar a través de la presentación del certificado médico agregado a fs. 22.

A partir de la reforma introducida por la Ley No. 19.090 al C.G.P., en supuestos como el de autos, en que, durante el decurso de la audiencia preliminar o en el plazo de 6 días subsiguientes, se dicta la sentencia definitiva, el mecanismo legalmente previsto a los efectos de justificar la incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar, es mediante la apelación de la sentencia definitiva. Así, establece el inciso final del art. 340.3 in fine "**Si en la audiencia preliminar** o en el plazo de seis días sub-

*siguientes se hubiere dictado la sentencia definitiva, la apelación de ésta será la única vía para justificar la inasistencia del demandado”.*

Valentín, comentando la disposición, ha expresado “El demandado puede justificar la incomparecencia a la audiencia por dos vías, dependiendo precisamente de si se dictó o no la sentencia definitiva en la audiencia preliminar o en el plazo de seis días (hábiles) siguientes: (a) Si no se dictó sentencia definitiva en la audiencia preliminar ni en los seis días hábiles siguientes a la misma, el demandado podrá justificar la incomparecencia a través de la interposición de los recursos de reposición y apelación sin efecto suspensivo, contra la sentencia que lo tuvo por inasistente (...) (b) Si en la audiencia preliminar o en el plazo de seis días (hábiles) siguientes a la misma se hubiera dictado la sentencia definitiva, la apelación de esta sentencia será la única vía para justificar la inasistencia del demandado. En este caso, entonces, el demandado sólo dispondrá del recurso de apelación contra la sentencia definitiva, en el que invocará como agravio la errónea aplicación de la sanción del art. 340.3, justificando su incomparecencia” (Valentín, Gabriel “La Reforma del Código General del Proceso” FCU, 1era. edc., año 2014, págs. 250-251).

En igual sentido: Greif, Jaime “La audiencia preliminar y el despacho saneador” en XVII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal pág. 82; Klett, Selva “Proceso Ordinario. En el Código General

del Proceso" T.II. FCU, 1era. edc., año 2014 pág. 42; Pérez Banchemo, Martín "Incomparecencia a la audiencia preliminar. Nuevo Régimen" en RUDP 1/2013, págs. 50-51; Pereira Campos, Santiago "Código General del Proceso. Reformas de la Ley 19.090 y posteriores", UM, 3ra. edc. Año 2015, pág. 356.

III.- En autos, si bien la Dra. Moras pretendió justificar la incomparecencia de la demandada en la propia audiencia mediante la agregación del certificado de fs. 22, ello no fue admitido por el Sr. Juez a Quo, por dos razones: la falta de representación de la referida letrada y la ausencia del timbre profesional en el documento incorporado.

En oportunidad de interponer recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia, y de conformidad a lo establecido en el art. 340.3 inc. final del C.G.P., la demandada argumentó como causal de justificación de la incomparecencia a la audiencia preliminar, razones de salud que emergen del certificado médico agregado a fs. 22 por la Dra. Moras y del documento adjunto a fs. 35 (copia simple de atención clínica, que se corresponde al certificado referido).

En el referido certificado de fecha 31.08.2016 se establecía "reposo por 5 días, infección respiratoria alta, clínica de bronquitis aguda".

IV.- Estima la Corporación que asiste razón a la impugnante, en cuanto a que, la Sala

en mayoría aplicó erróneamente el art. 340.3 del C.G.P., por cuanto, al igual que los Sres. Ministros discordes Dres. Cavalli y Martínez Calandria, se estima que el reposo indicado a la demandada se ajusta exactamente al concepto de "causa justificada", concepto que es más amplio que el de fuerza mayor y que a partir de las afirmaciones del Dr. Teitelbaum ha sido recogido en forma casi unánime por la doctrina y jurisprudencia nacional ("Teitelbaum, Jaime "Audiencia preliminar", V Jornadas Nacionales de Derecho Procesal" Ed. Universidad, 1989, págs. 79 y ss.).

Como lo ha señalado esta Corporación en Sentencia No. 280/2003, en este ámbito, el examen de las circunstancias trascendentes debe realizarse en forma ponderada, cautelosa, sin formalismos extremos, con el límite de no cohonestar conductas omisivas o negligentes.

En el subexamine, la imposibilidad de concurrir a la audiencia preliminar se encontró plenamente justificada por la indicación médica de reposo (fs. 22) debido a una infección respiratoria alta (35), como lo acreditan los documentos presentados a la Sede, los cuales, por otra parte, no fueron impugnados, resultando intrascendente que careciera el documento de timbre profesional.

La jurisprudencia ha establecido que la aplicación del art. 340 del C.G.P. requiere analizar cada caso concreto, apreciando la realidad fáctica a través de criterios impregnados de lógica

y razonabilidad (Conf. Sent. No. 380/2009 de este Cuerpo).

En relación a la justificación de la incomparecencia por razones de salud ha señalado la Corporación *"En el subexamine, la imposibilidad de concurrir a la audiencia preliminar (...) lo constituyó la salud de la coactora (estado gripal), acreditando tal circunstancia a través de un certificado o constancia médica. El documento de que se trata no resultó dubitado por la Sala de manera que prueba que R. Reyes concurrió a la Policlínica y que la afectaba un estado gripal"* (Sentencia No. 280/2003).

El T.A.C. 6° Turno en Sentencia No. 61/2015 ha expresado: *"entiende el Tribunal que la causa de enfermedad o dolencia padecida por el actor encarta en la causa de justificación o motivo fundado que permite no aplicar las consecuencias gravosas previstas en el art. 340, pero además ha sido suficientemente acreditada mediante el medio de prueba conducente, el certificado médico de fs. 52, que particularmente describe la dolencia ocasional que determinó la intervención del SUAT el día 26 de noviembre de 2014, haciendo alusión a una enfermedad de mayor porte como la descrita bajo el título de 'antecedentes'. El diagnóstico fue claro, como asimismo lo fue el tratamiento indicado que incluía un reposo de 48 hs. que comprendía el día de la audiencia"*.

En el caso, no existe indicio alguno de que el certificado médico agregado fuera

materialmente falso, acreditando el mismo que la demandada se encontraba enferma el día que se celebró la audiencia preliminar y por ende imposibilitada de cumplir con la carga de la comparecencia personal a la audiencia fijada.

En consecuencia aplicando criterios de ponderación lógicos y razonables, debe concluirse que la incomparecencia a la audiencia preliminar de la parte demandada, se encontraba plenamente justificada, no correspondiendo aplicar las sanciones previstas en el art. 340.3 del C.G.P.

Por último, la Corporación, no comparte lo expresado por la Sala, en cuanto a que, acceder a la prórroga de audiencia se iría en contra de la buena fe y de la pronta y eficiente administración de justicia (fs. 66 a vto.).

La inicial solicitud de prórroga y la comparecencia de una letrada que en el momento no acreditó la representación (luego su actuación fue ratificada por la parte -art. 40 del C.G.P.-), no resultan indicios de un actuar contrario a los principios de buena fe y lealtad procesal (art. 5 del C.G.P.).

Finalmente, si bien se comparte con la Sala en que en supuestos como el de autos no aplica la regla de admisión (conforme lo establecido en el art. 134 inc. 2° del C.G.P.), no es menos cierto que, la inasistencia justificada a la audiencia preliminar, limitó el derecho de defensa del recurrente en tanto se diligenciaron los medios probatorios propuesto por

la actora.

V.- Lo anteriormente expresado torna innecesario que la Corporación se pronuncie sobre los restantes agravios.

VI.- Costas y costos por el orden causado (art. 279 del C.G.P).

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia por unanimidad

**FALLA:**

**ANÚLASE LA RECURRIDA, REMITIÉNDOSE LAS PRESENTES ACTUACIONES AL JUZGADO LETRADO SUBROGANTE A EFECTOS QUE CONTINÚE ENTENDIENDO A PARTIR DEL ACTO AUDIENCIA PRELIMINAR.**

**SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN COSTAS Y COSTOS.**

**PUBLÍQUESE. OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.**