

//tencia N° 1445

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR LUIS TOSI BOERI

Montevideo, diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "**AA c/ BB. Tenencia. Casación**", IUE **462-406/2012**, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1<sup>er</sup> Turno, identificada como SEF 0010-000018/2019.

**RESULTANDO:**

I) El 31 de agosto de 2012, compareció AA y demandó a BB a efectos de obtener la tenencia de su hija CC.

II) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 83/2018 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rivera de 5° Turno, dictada el 16 de julio de 2018 por el Dr. Gabriel Espino, se falló en los siguientes términos: "*No ha lugar a la demanda presentada en autos. Ratifícase la tenencia que de hecho ejerce la demandada BB sobre su menor hija CC (...)*", (fs. 284-291).

Esta sentencia fue apelada por el actor.

III) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1<sup>er</sup> Turno, integrado por los Dres. Lilián Bendahan Silvera, María del Carmen Díaz Sierra y Álvaro Messere Ferraro, órgano que, por sentencia definitiva identificada como SEF 0010-000018/2019, dictada el 20 de febrero de 2019, revocó el fallo de primera instancia en estos términos: *"Revócase la sentencia apelada. En su mérito concédese la tenencia de CC a su padre BB. Sobre el particular de las visitas, en subsidio del acuerdo de partes, concurren éstas por el proceso correspondiente a fin de la instrumentación del régimen que permita a la adolescente de autos el contacto fluido con su madre y su hermana menor (...)"*, (fs. 331-340).

IV) La demandada interpuso recurso de casación (fs. 343-349 vto.).

Luego de justificar la procedencia formal de ese medio impugnativo, sostuvo, en síntesis, que:

1) La Sala valoró en forma absurda la prueba producida. Se basó en las manifestaciones del actor, las declaraciones de la menor fueron analizadas de forma sesgada, se tomó en cuenta un informe psicológico agregado por la parte actora y se dejó sin efecto una pericia ordenada por la Sede.

2) La Sala incurrió en una

contradicción: su fundamentación conduce a la misma conclusión que la alcanzada en la primera instancia; sin embargo, revocó ese fallo.

3) Al tiempo de analizar la competencia de los Tribunales uruguayos para entender en el asunto, ante la circunstancia de que CC vive en Santana do Livramento, Río Grande del Sur, Brasil, la Sala estima que no tiene allí su "centro de vida". Pero, posteriormente, se recurre al argumento del cambio de domicilio (de Rivera a Santana do Livramento) para determinar la conveniencia de que la tenencia sea ejercida por su padre.

4) La prueba incorporada en segunda instancia no resulta admisible.

El Tribunal incorporó al proceso un cedulón recibido por el actor por el cual se le notificó de la promoción de un proceso de tenencia, visitas y pensión alimenticia ante la jurisdicción de Brasil.

El actor alegó que la incorporación de esa prueba en segunda instancia era admisible por haber sido obtenida luego del dictado de la sentencia de primera instancia, ya que el cedulón fue enviado a un domicilio que no es el propio.

A criterio de la recurrente, el documento es inadmisibile como prueba en

segunda instancia, porque el actor no declaró bajo juramento que lo obtuvo a posteriori de la conclusión de la causa y porque tampoco se requirió información sumaria que acredite esa situación.

Asimismo, aunque la prueba se considere admisible, el hecho de promover un accionamiento ante la jurisdicción brasileña, a criterio de la recurrente, no determina que la menor tenga residencia habitual en ese país.

5) La Sala no tuvo en cuenta la opinión de la menor, por lo cual violó lo dispuesto por los artículos 35, literal c, del Código de la Niñez y la Adolescencia y 12 de la Convención sobre derechos del niño de Naciones Unidas.

CC manifestó en dos oportunidades su voluntad de continuar viviendo con su madre, al menos hasta que comience el bachillerato. Pero, a la fecha, CC está cursando el segundo año del ciclo básico, por lo cual el Tribunal no ha respetado la opinión de la adolescente.

6) En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se confirmara la decisión de primera instancia.

V) La parte actora evacuó el traslado del recurso de casación oportunamente conferido, abogando por su rechazo (fs. 355-361).

VI) La defensora de la menor no evacuó el traslado del recurso de casación que le fuera oportunamente conferido (fs. 351).

VII) Por providencia identificada como MET 0010-000224/2019, dictada el 24 de abril de 2019, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1<sup>er</sup> Turno resolvió elevar el recurso de casación para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 363-364).

VIII) El expediente se recibió en la Corte el 10 de mayo de 2019 (fs. 369).

IX) Por providencia N° 951/2019 se dispuso conferir vista al Sr. Fiscal de Corte (artículo 276.1 del C.G.P.), (fs. 370 vto.).

X) El Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, subrogante, dictaminó que a su juicio no se verifica un supuesto de valoración absurda y que, en cuanto al error de la subsunción de los hechos al derecho, por importar ello una previa revaloración fáctica, la Corporación ha de concluir conforme estime a derecho corresponder (372-372 vto.).

XI) Por providencia N° 1210/2019 se dispuso el pasaje a estudio y se llamaron los autos para sentencia (fs. 374).

XII) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

**CONSIDERANDO:**

I) La Suprema Corte de Justicia acogerá el recurso de casación interpuesto.

II) En cuanto a al admisibilidad del recurso interpuesto.

No se configuran las causales de inadmisibilidad del recurso que fueron denunciadas por el actor al evacuar el traslado del recurso de casación.

a) El recurso es admisible en razón de cuantía.

La pretensión por la cual el padre reclama la tenencia de su hija menor de edad no está sujeta a apreciación pecuniaria (artículo 49 de la ley 15.750). En su mérito, al amparo de lo establecido en la Acordada N° 7495, el presente asunto tiene como valor \$U 4.000.000 (cf. sentencias Nos. 647/2018 y 144/2018).

A la fecha de presentación de la demanda (31 de agosto de 2012), el valor de la U.R. ascendía a \$U 584,95. En consecuencia, el monto del asunto asciende a U.R. 6.838,19, suma superior al monto mínimo habilitante de la casación.

b) El asunto no admite un proceso posterior sobre el mismo objeto.

No se comparte la inter-

pretación postulada por la parte demandada, en cuanto a que la posibilidad de promover un nuevo proceso sobre la situación de la adolescente de autos determinaría la inadmisibilidad del recurso de casación.

El objeto del proceso posterior que podría promoverse en virtud de un cambio de las circunstancias que constituyeron la causa de la pretensión, no sustituye los recursos que puedan deducirse en el proceso originario.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 347 del Código General del Proceso *“Contra la sentencia definitiva dictada en proceso extraordinario, caben los recursos previstos en las Secciones II, IV, V, VI y VII del Capítulo VII, del Título VI del Libro I, conforme con lo que disponen las reglas generales y propias de cada uno de ellos.*

*No obstante, en aquellos procesos en que se sentencia ‘rebus sic stantibus’, como en el de alimentos o cuestiones relativas a menores, cuando se alegare el cambio de la situación ya resuelta, corresponderá el proceso extraordinario posterior para decidir la cuestión definida conforme con las nuevas circunstancias que la configuran”.*

En el caso del presente recurso de casación nos encontramos en el ámbito del inciso primero de la norma. La parte pretende la

modificación de lo resuelto en la sentencia, sin alegar cambio alguno en las circunstancias.

III) La hechos a consideración de la Corte.

Como punto de partida corresponde tener claro cuáles fueron los hechos determinados por las sentencias de mérito, para luego subsumirlos en el derecho que corresponde aplicar.

El presente proceso fue promovido por el Sr. AA el 31 de agosto de 2012. El actor pretendía obtener la tenencia de su hija, CC, nacida el 6 de junio de 2004 (de 8 años de edad en ese momento). De este modo, en la demanda se relató que la niña había habitado en la ciudad de Tacuarembó hasta la edad de 7 años y que luego de la separación de sus padres había sido trasladada por su madre a la ciudad de Rivera.

En el relato introductorio de este proceso hace mucho énfasis en el vínculo de la niña con su abuela paterna y con sus amigos de Tacuarembó.

En el decurso de un proceso que ha demorado 7, años las circunstancias han cambiado radicalmente.

CC es una adolescente de 15 años que ha vivido en Rivera desde los 7. Su padre ya

no vive en Tacuarembó sino en Maldonado. Actualmente la adolescente vive con su madre en la ciudad de Santana do Livramento, aunque mantiene sus actividades en la ciudad de Rivera.

Para el traslado del domicilio de la menor de Rivera a Santana do Livramento la madre no le consultó a su padre, tal como hubiera correspondido. Tampoco fue consultado al tiempo de enviar a CC a estudiar a una institución que no era de su agrado (educación pública).

Los padres han mantenido una relación que por momentos ha sido problemática, pero, según consta, actualmente la adolescente se relaciona sin problemas con ambos padres. Inclusive es de verse que los padres han arribado a un acuerdo para cumplir con la voluntad de CC en cuanto al centro de estudios al cual deseaba asistir (Colegio Teresiano de Rivera), clases de ballet y asistencia en salud.

Asimismo, surge que la adolescente no mantiene una buena relación con la nueva pareja de su madre.

IV) En cuanto al agravio por la errónea subsunción de los hechos en las normas legales aplicables.

IV.1) La parte recurrente se agravió de la valoración probatoria efectuada por el

Tribunal de segunda instancia, pero, no aporta elementos útiles en tal sentido.

IV.2) Sin embargo, los agravios resultan suficientes para denunciar una errónea calificación de los hechos, o un error de subsunción, tal como lo expone el Señor Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación subrogante al evacuar la vista que le fuera conferida.

A criterio de la Corte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia, CC debe permanecer con su madre por ser la progenitora con la cual ha convivido más tiempo, por haber expresado la voluntad permanecer a su lado y porque no existen elementos que permitan concluir que esa circunstancia la perjudica.

En primer lugar, como se expresó supra, desde la separación de sus padres, cuando tenía 7 años de edad, CC convive con su madre.

En segundo lugar, la adolescente expresó claramente en audiencia su voluntad de seguir viviendo con su madre y con su hermana en su actual domicilio.

Finalmente, las circunstancias relevadas por el Tribunal para estimar que la convivencia con la madre no favorece a la adolescente no revisten la trascendencia que se le otorga.

Si bien el traslado de domicilio a la ciudad fronteriza de Santana do Livramento sin consultar al padre no es una conducta propia de una madre respetuosa de los derechos de su ex pareja, es cierto que tal hecho no ha resentido el vínculo de la adolescente con su padre.

AA continúa viendo habitualmente a su hija (él visita a su hija y se queda en un hotel en Rivera, mientras ella concurre a Maldonado a ver a su padre), de tal modo que el traslado no ha perjudicado el vínculo.

Por otra parte, los problemas en cuanto al centro de estudios de preferencia de la adolescente (en la ciudad de Rivera) y los cuidados en salud requeridos han sido resueltos por un acuerdo entre los padres.

Puede concluirse, entonces, que el centro de vida de la adolescente se encuentra en la ciudad de Rivera y en Santana do Livramento donde vive junto a su madre y en el que quiere seguir viviendo hasta comenzar el bachillerato.

IV.3) Tratamiento especial merece la infracción al mandato legal consistente en la necesidad de respetar la opinión de la adolescente, previsto por el literal C del artículo 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Tal como se sostuvo, CC ha expresado de forma categórica su voluntad de permanecer junto a su madre hasta comenzar el bachillerato, cuando pretende mudarse con su padre.

Así, en la audiencia celebrada el 20 de julio de 2017, CC expresó:

*"Yo vivo en Santana... Me gusta vivir donde estoy viviendo. Ya me planteé vivir con mi padre, pero, si vivo con él, voy a extrañar mucho a mi madre y a mi hermana, porque nunca viví sola con papá. Sé que mi padre quiere que viva con él. Yo quiero vivir con él cuando esté en 5° y 6° de liceo, porque ahí voy a hacer la Universidad en Maldonado, quiero hacer en la Católica, inclusive fue él quien me planteó estudiar allá. Tengo buena relación con mis padres, hablo con los dos. Creo que mi madre respetaría si yo eligiera vivir con mi padre, ella se irá a poner un poco triste, pero lo aceptaría (...)"* (fojas 238-239).

CC es una adolescente en pleno uso de sus facultades y, según ella misma afirma, a su criterio, su madre no se opondría si ella resolviera mudarse con su padre. Por tanto, para no respetar esa voluntad sería necesario contar con elementos de juicio contundentes a esos efectos, los cuales, en el caso, no se configuran.

De igual modo, la defensora designada a la adolescente ha expresado que ésta es la solución más apropiada para satisfacer o contemplar interés de aquélla.

V) En cuanto a la actuación de la defensora de la adolescente, Dra. Ana Delgado.

Finalmente, la Corte no puede dejar de hacer una referencia a la labor cumplida por la defensora de la adolescente, Dra. Ana Delgado.

La referida profesional se desinteresó de modo absoluto del proceso con posterioridad a la evacuación del traslado del recurso de apelación (313-316). Y no tuvo intervención alguna en defensa del interés de la adolescente en etapa de casación.

Llama la atención que su última comparecencia sea una pretendida intimación a obtener el cobro de honorarios por la labor aún que no había finalizado (317/320), pero que ni siquiera constituyera domicilio electrónico, tal como era su carga, lo que provocó que todas las providencias le debieran ser notificadas en los estrados.

Tal actitud no resulta conforme con un obrar mínimamente diligente en la protección de los derechos de la adolescente de autos.

VI) La conducta procesal de

las partes no justifica imponer especiales condenaciones en gastos causídicos (artículo 279 del C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

**FALLA:**

**Anúlase la sentencia recurrida y, en su lugar, desestímase la demanda y ratifícase la tenencia que de hecho ejerce la demandada BB sobre su menor hija CC.**

**Honorarios fictos: 20 B.P.C.**

**Publíquese y, devuélvase.**

**DR. EDUARDO TURELL  
PRESIDENTE DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. ELENA MARTÍNEZ  
MINISTRA DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ  
MINISTRA DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. LUIS TOSI BOERI  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE**  
**MINISTRO DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**

**DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE**  
**SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**