

PROYECTO de los Docentes

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y

Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),

ambos en la materia Técnica Forense.-

MANUAL DE TÉCNICA FORENSE:
materia de FAMILIA

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Sumario.-

Presentación (p. 4).

Capítulo I: Nociones previas (p. 7).

Capítulo II: Singularidades de la materia de familia (p. 22).

Capítulo III: Mecanismo de auto y heterocomposición aplicables a la materia (p. 33).

Capítulo IV: Visitas (p. 59).

Capítulo V: Guarda, tenencia y ratificación de tenencia (p. 78).

Capítulo VI: Pensión alimenticia (p. 111).

Capítulo VII: Rectificación de partidas (p. 187).

Capítulo VIII: Posesión notoria de estado civil (p. 195).

Capítulo IX: Adecuación de identidad de género y cambio de sexo y/o nombre (p. 208).

Capítulo X: Unión concubinaria: reconocimiento judicial y disolución (p. 211).

Capítulo XI: Adopción: plena o limitada; medidas provisionales y separación definitiva; revocación (p. 224).

Capítulo XII: Sucesión (p. 232).

Capítulo XIII: Incapacidad (p. 248).

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Capítulo XIV: Divorcios (p. 255).

Capítulo XIV.A: Divorcio por causal (procesos ordinarios).

Capítulo XIV.B: Separación de cuerpos y divorcio por conversión.

Capítulo XIV.C: Divorcio por sola voluntad (de cualquiera de los cónyuges -19.075-).

Capítulo XIV.D: Divorcio por mutuo consentimiento.

Capítulo XV: Disolución de la sociedad conyugal solicitada por uno o ambos de los cónyuges (p. 261).

Bibliografía (p. 266).

Presentación.-

La justificación del material que se presenta, reconoce sus antecedentes y se remite en lo medular a aquella que acompañó el proyecto aprobado (por UDELAR – Departamento de Publicaciones, UCUR) y materializado con el ISBN 987-9974-0-0970-7 (“Manual de Técnica Forense I”), del que participó uno de los coautores.

Así, en este caso, el proyecto de instrumentar un *Manual de Técnica Forense sobre la materia de familia* pretende proporcionar al estudiante una herramienta que le permita alcanzar el perfil del profesional universitario en la actualidad en tanto apuesta a un egresado formado dentro de un currículo flexible, capaz de resolver problemas que posibiliten su adaptación a nuevos procesos con una gran dosis de creatividad y una firme predisposición hacia una educación que se desarrolle a lo largo de su vida.

El manual proyectado se orientará principalmente a proporcionar instrumentos que les permitan ejercitar los conocimientos ya adquiridos, especializando el lenguaje técnico jurídico, y que les posibilite a corto plazo el análisis y resolución de situaciones prácticas reales como operadores del Derecho y luego un sólido desarrollo a nivel profesional -tanto individual como grupalmente- en las distintas áreas tanto jurisdiccionales como extrajudiciales.

Condice con los principios relativos al pluralismo académico en tanto permite abordar el proceso de enseñanza-aprendizaje, formando al estudiante sobre las diversas concepciones respecto a los temas asignados, asegurando su libertad; la relevancia de la realidad nacional, garantizándose al estudiante que conozca el medio donde se desempeñará, y que pueda utilizar su formación como valor esencial para transformar el ámbito profesional.

Además, los objetivos se adecuan a los generales ya enunciados, referidos a la flexibilidad del proceso de formación, proporcionándole la posibilidad al egresado de que opte entre diversas orientaciones, una vez que se ha adquirido un primer nivel de información global sobre ellas, facilitando la interacción entre las distintas profesiones de la Facultad con diversos campos de las ciencias sociales, permitiendo al estudiante

una mayor diversificación de especialización, proporcionándole opciones de formación en las áreas de conocimiento que sean desde el punto de vista laboral de su interés.

La prioridad de la formación básica, en relación a la especializada, refiere a que la existencia de un núcleo formativo básico contenido en la publicación proyectada es necesario para asegurar, a posteriori, un acceso fluído y riguroso a especializaciones intradisciplinarias y la formación global hace posible una mejor inserción en grupos laborales.

El manual que se presenta abordará la temática relativa a la materia de familia desde la perspectiva de la asignatura Técnica Forense, que como se señalara oportunamente, resulta ser la primera aproximación a la práctica de los estudiantes de Abogacía y que no cuenta con una publicación sistemática y orgánica comprensiva de todos los aspectos que se abordan en el desarrollo del curso, en función de lo cual se considera esencial para el adecuado dictado de aquella materia.

Procede considerar, a su vez, que el estudiante al que nos dirigimos en cuanto a los límites etarios, es muy variado y con formaciones previas muy disímiles que corresponde ponderar por tratarse de una asignatura que constituye la primer aproximación a la práctica profesional, siendo innegable su trascendencia para el egresado con relación a su formación a nivel integral al vincularse específicamente con el ejercicio profesional concreto.

A partir de la publicación y divulgación de este trabajo, permitirá a los docentes incorporar nuevos planteamientos de actualidad, variar la modalidad de aplicación del proceso de enseñanza aprendizaje, instrumentándola mediante técnicas de taller y clínica de casos prácticos, haciéndolo más adaptado a la realidad, que contribuirá en gran medida a la optimización en el tratamiento de los contenidos de la asignatura.

Así, la obra proyectada comprenderá una visualización concreta y a la vez práctica de los temas considerados, permitiendo que en las clases se trabaje con una metodología activo-participativa, utilizando técnicas de taller a través de la resolución de casos prácticos y análisis de fallos jurisprudenciales. E indudablemente ayudará a que los docentes orienten a los alumnos en la reflexión sobre los elementos esenciales de los que podríamos llamar puntos cardinales temáticos. Los estudiantes podrán, a través de

la bibliografía y la jurisprudencia señalada, profundizar en diversos aspectos jurídicos y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico que motiven a su vez trabajos de investigación que pueden desembocar en propuestas legislativas o en actividades de extensión en distintas áreas.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Capítulo I:
Nociones previas.-

Siendo que nos enfrentamos a un manual de Técnica Forense, no podemos obviar la necesidad de plasmar algunas nociones previas y generales, que ayudan a posicionarse adecuadamente en la temática a abordar. Cosa que haremos de forma breviaría.

En primer lugar, hay que detenernos en el ESCRITO JUDICIAL O FORENSE¹. Es que, no puede utilizarse cualquier papel. Por el contrario, el papel a utilizarse en cualquier actuación judicial, debe ser de formato A4, y de por lo menos 60 grs. de espesor por centímetro cúbico.

Los márgenes deben ser simétricos y contar con los siguientes valores: Superior: 5 cms.; Izquierdo: 4 cms.; Inferior: 1,5 cms.; y Derecho: 1,5 cms.

El escrito debe estar redactado en idioma castellano; y no debe superar las 28 líneas por carilla o página, y cada línea no debe superar los 65 caracteres. A su vez, el interlineado (separación entre las líneas), debe ser de 1,5.

El texto debe tener alineación “Justificado”, ergo, cada línea de texto debe ir de un extremo a otro de la hoja, de forma tal que no quede desalineado.

No puede utilizarse cualquier tipo de letra. El tipo de letra a utilizarse sólo puede ser “Times New Roman” ó “Arial”. Si se utiliza el primer tipo de letra, debe tener un tamaño 14. Si se utiliza la segunda fuente, debe tener un tamaño de 12.

Tampoco puede utilizarse tinta de colores. El escrito debe ser impreso sólo y exclusivamente con tinta negra.

Deben imprimirse los dos lados de la hoja, ergo amabas carillas (anverso y reverso) van impresas. En caso que por alguna razón no se pudiera imprimir de ambos

¹ Todos los datos que aquí se detallan responden a las Acordadas de la SCJ N° 7.099 (modificada por 7.395, 7.422) y 7.341 (modificada por 7.353, 7.356), siguiéndose en lo medular, lo expuesto en ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín “*Materiales forenses (breviario esquemático a los efectos de la Técnica Forense I)*”; ed. FCU, 2012, Montevideo.

lados, corresponde anular el reverso, a los efectos de evitar agregados posteriores. En caso de imprimirse una sola de las carillas, los márgenes no serán simétricos, sino normales, pero siempre respetando los valores de 5, 4, y 1,5 cms.

La tributación a reponerse, debe adherirse en los márgenes izquierdos del anverso. Si la tributación requiriera más espacio físico para ser adherida, se continúa en el margen derecho del reverso.

Actualmente, estos extremos referidos al papel a utilizar ante las actuaciones judiciales, comprenden a todo el Poder Judicial, e incluso al TCA.

Todos estos valores pueden ser ajustados ingresando en la barra de menú del procesador de texto, ingresando en “Archivo”. Desplegado el submenú, debe seleccionarse “Configurar página...”, para luego, una vez abierta la ventana de diálogo correspondiente, optar por las fichas “Márgenes” y/o “Papel”. Para el interlineado, se ingresa “Formato”, para una vez desplegado el submenú, seleccionar “Párrafo”. Una vez abierta la ventana de diálogo correspondiente, optar por la ficha “Sangría y espacio”, para colocar el valor en la opción “Interlineado”.

Abordados los requisitos formales del escrito forense, nos permitiremos recordar -simplificadamente-, la estructura básica del mismo. Así, la estructura interna (los capítulos, si se quiere) con que debe contar todo escrito de actuación judicial, son los

que se dirán a continuación: suma², invocación³, comparecencia⁴, exordio⁵, hechos⁶, prueba⁷, derecho⁸, petitorio⁹, y otrosíes¹⁰.

En otro orden de cosas, y en segundo lugar, debemos detenernos en las ESTRUCTURAS PROCESALES RELACIONADAS A LOS ASUNTOS DE FAMILIA, los que discurrirán por procesos voluntarios, procesos de estructura ordinaria, ó a través de procesos de estructura extraordinaria, ó a través de procesos de

² La suma supone ser una enunciación reducida a su máxima expresión, que hace referencia a la temática a abordarse en el escrito forense. De esta forma, se trata de unas pocas palabras que indican la temática a abordarse. Por ejemplo: Reclama diferencias salariales; Citación a conciliación; Reclama daños y perjuicios; Evacua traslado; Cumple con el Decreto X; Evacua vista; Presenta liquidación; Presenta publicaciones; Prescripción adquisitiva (o extintiva); Desalojo; Desalojo por vencimiento del plazo; Desalojo por falta de pago; Incumplimiento contractual; Responsabilidad extracontractual; etc.

³ En la invocación, se coloca la mención a la autoridad judicial a la que el escrito va dirigido.

⁴ En la comparecencia, debe colocarse la individualización concreta de los comparecientes (nombre completo, documento identificador, domicilio real, domicilio electrónico y domicilio procesal); además, excepto en el escrito de demanda, se individualiza el expediente (autos caratulados) y el número (IUE) del mismo.

⁵ El exordio supone ser una mención abreviada de aquello por lo cual se presenta la parte en la sede judicial. Se trata de explicitar en pocas palabras qué es lo que se pretenderá, incoará o solicitará.

⁶ Se trata del primer capítulo importante del escrito. Está reservado a los efectos de la explicitación detallada de todos los extremos fácticos y jurídicos que habrá de utilizar el compareciente. Aquí, es donde el letrado deberá dejar plasmada su argumentación jurídica.

⁷ El capítulo de prueba, está destinado a dejar sentada la enumeración completa de todos y cada uno de los medios probatorios que se utilizarán en el proceso.

⁸ En este capítulo titulado derecho, se hará referencia a toda la normativa en la que se basa la actuación procesal concreta..

⁹ Bajo el título petitorio, el compareciente debe realizar de forma detallada y concreta todas las peticiones o solicitudes que el compareciente desea realizar al Magistrado.

¹⁰ Bajo el rótulo otrosíes, se colocan aquellos elementos que complementan el escrito. También se lo utiliza principalmente, a los efectos de las autorizaciones y de dejar plasmados los aspectos tributarios. Se trata de petitorios adicionales a los principales, consistiendo por tanto en indicaciones de carácter accesorio. Bajo la denominación otrosí digo, se plasman extremos que se hacen saber al Tribunal. Bajo la denominación otrosí pido, se plasman extremos que se solicitan al Magistrado y sobre los que el Juez deberá pronunciarse.

estructura monitoria, según los casos. Entonces, se hace necesario recordar las diferencias que ellos suponen.

LOS PROCESOS VOLUNTARIOS no suponen la existencia de contienda o litigio. Pues se pretende hacer valer un interés, sin causar daño a terceros. Ergo, se pretende modificar una situación propia. Por ello, en los procesos voluntarios no existen partes, sino interesados. Por la misma razón no procede la conciliación judicial previa (artículo 294 numeral 3 del CGP¹¹). A su vez, en los procesos voluntarios, el Ministerio Público siempre actúa, participando preceptivamente, por lo menos en alguna de sus etapas.

Ahora bien, en una forma muy general, puede decirse que los procesos voluntarios reconocen dos etapas estructurales: una escrita y otra oral.

La etapa escrita supone la presentación de la solicitud por el interesado, con todos los medios probatorios de los que pretenda servirse, así como la indicación de toda persona que pudiera estar interesada en el diligenciamiento del asunto. Además, el Tribunal deberá recabar la opinión del Ministerio Público, dándole vista por el plazo de 20 días, para que se expida sobre la admisibilidad de la solicitud.

Si la vista del Ministerio Público y Fiscal es conforme, se da lugar a la segunda etapa (oral), convocándose a audiencia a los interesados y al Ministerio público. En audiencia, se produce el interrogatorio del magistrado a los interesados sobre el objeto de la solicitud, y se diligencia la prueba ofrecida. Eventualmente, puede fijarse nueva audiencia de prueba. Una vez que la prueba esta diligenciada en su totalidad, se fija fecha y hora para el dictado de sentencia. Esa resolución acogerá o rechazará la petición o solicitud. Aquí, el tribunal se limita a controlar si lo afirmado por el interesado es -prima facie- cierto, con arreglo al material probatorio y argumentación que el propio interesado suministrara. Debe recordarse que en la jurisdicción voluntaria, la resolución final nunca es inmutable (artículo 405.1 del CGP), y contra ella -providencia definitiva-

¹¹ Sin embargo, debe tenerse presente la acordada N° 7785/003 de la SCJ, según la cual “recomienda y habilita a los Juzgados de Paz del Interior del país a intentar la conciliación previa en materia de familia”.

cabe el recurso de apelación sin efecto suspensivo. En cambio, contra las providencias dictadas durante el proceso -interlocutorias-, sólo procede el recurso de reposición ante el mismo magistrado.

Los voluntarios suelen ser procesos que representan alguna dificultad para los estudiantes, colocándolos en situación de inacción. Este extremo es algo que hemos detectado reiteradamente en los años que llevamos desempeñando rol docente. La dificultad radica en que, el estudiante suele confundir el proceso voluntario con el proceso de estructura ordinaria, por alguna similitud en cuanto a la cantidad de audiencias.

Por tanto, debe quedar claro que los procesos voluntarios y los de estructura ordinaria, no son lo mismo.

Intentando una esquematización, corresponde comenzar por reiterar que los procesos voluntarios cuentan con dos etapas: una primera etapa escrita, y una segunda etapa oral¹².

La etapa escrita queda conformada por el acto de proposición (solicitud escrita). Es que, el interesado, debe presentar una solicitud escrita en la baranda del juzgado (luego de habersele otorgado el turno por la ORDA, en el caso de Montevideo). Esa solicitud escrita, debe llevar la indicación precisa de todos los medios probatorios con que piense servirse el solicitante, así como también la indicación de toda persona que pudiere estar interesada en el diligenciamiento del asunto.

Presentado el escrito inicial en la baranda del juzgado, seguirán actuaciones internas del mismo: los funcionarios realizan la nota de cargo; así como la toma de razón la efectúa la oficina actuaria, y la subida al despacho (esto es, lo harán llegar a la oficina del juez) es realizada por un funcionario administrativo; el dictado de la providencia de mero trámite -admitiendo o denegando la instrucción procesal de la

¹² Somos conscientes que ésto también coadyuva a la confusión de los estudiantes, pues desde los cursos de Derecho procesal, viene escuchando obre la oralidad introducida por el CGP, con lo que subconscientemente equiparan el proceso voluntario con le proceso de estructura ordinaria.

demanda, en el plazo de 48 horas-; la notificación al actor en la oficina del tribunal y notificación a domicilio al demandado (o por edictos si fuere persona incierta o desconocida ó con domicilio desconocido). Todo ello, normalmente se traduce en un decreto con el siguiente contenido: “*DECRETO: xxx/zzzz. MONTEVIDEO, 4 de Marzo de zzzz. Vista al Ministerio Público. Dr. AA BB - JUEZ LETRADO*”.

Entonces pues, resulta preceptivo que el magistrado oiga al Ministerio Público (se le dará vista), quien tendrá un plazo de 20 días para expedirse sobre la admisibilidad de la solicitud.

Si el Ministerio Público se pronunciara desfavorablemente a la solicitud, el juez dará vista al interesado de la vista fiscal, ordenándole subsanar lo indicado por el Ministerio Público y Fiscal.

Llegado el momento de la audiencia, el magistrado procederá a interrogar a los interesados sobre el objeto de la solicitud, y se produce el diligenciamiento de la prueba ofrecida (se toma declaración de testigos, por ejemplo). Si fuera necesario, por no haberse podido diligenciar toda la prueba, se fijará nueva audiencia de prueba (de naturaleza eminentemente eventual).

Luego, devendrá la providencia, acogiendo o rechazando la solicitud inicial del interesado.

LOS PROCESOS DE ESTRUCTURA ORDINARIA, tienen como prerequisite necesario, la conciliación previa, salvo excepciones establecidas a texto expreso, como suele suceder en los asuntos de familia (artículo 294 nral. 3 del CGP). Dentro de esta estructura procesal, y luego del acto de proposición que es la demanda y de su respectiva contestación o reconvención (si las hay), corresponde que tenga lugar la primera de dos audiencias. En esta primera audiencia (preliminar), entre otros actos, se realizará la ratificación o rectificación de los escritos presentados por los interesados, se intentarán mecanismos de conciliación intraprocesal, despacho saneador, y se fijará el objeto del proceso y de la prueba. Acto seguido, se diligenciará la prueba que resulte posible, fijándose fecha y hora para la segunda audiencia (denominada

complementaria). Esta audiencia complementaria, es de naturaleza eventual, pues como su nombre lo indica, se trata de una audiencia complementaria (de la preliminar), destinada para el diligenciamiento de la prueba que no se hubiera podido producir (o se hubiera producido parcialmente) en la audiencia preliminar. Entonces, dependiendo de cómo se diligencie y produzca la prueba, en la audiencia preliminar o en la complementaria, recaerá el dictado de una sentencia de resolución de las excepciones previas opuestas (ya interlocutoria simple, ya interlocutoria con fuerza de definitiva; según haya sido la excepción opuesta); y/o una sentencia definitiva (que resuelve sobre el fondo del asunto).

Veamos cómo se desarrollaría, breviaría y muy generalmente, un proceso de estructura ordinaria.

Presentado el escrito inicial en la baranda del juzgado, seguirán actuaciones internas del mismo: los funcionarios realizan la nota de cargo; así como la toma de razón la efectúa la oficina actuaria, y la subida al despacho (esto es, lo harán llegar a la oficina del juez) es realizada por un funcionario administrativo; el dictado de la providencia de mero trámite -admitiendo o denegando la instrucción procesal de la demanda, en el plazo de 48 horas-; la notificación al actor en la oficina del tribunal y notificación a domicilio al demandado (o por edictos si fuere persona incierta o desconocida ó con domicilio desconocido). Todo ello, normalmente se traduce en un decreto con el siguiente contenido: *“DECRETO: xxx/zzzz. MONTEVIDEO, 4 de Marzo de zzzz. Por iniciada la acción, denunciado el domicilio real y por constituido el domicilio procesal. De la demanda traslado por el término legal. A los otrosíes, téngase presente. Notifíquese personalmente. Dr. AA BB - JUEZ LETRADO”*.

Este decreto será noticiado por cedulón, en el domicilio real del demandado (y denunciado por el demandante). Notificado que fuera el demandado, le comienza a computar un plazo de 30 días (corridos, perentorios e improrrogables), para contestar la demanda y/o reconvenir. Ello, claro está, siempre que no corresponda la aplicación del artículo 125 del CGP.

Presentado el escrito de contestación de la demanda y/o reconvención, se dará traslado al actor, pero a partir de este momento, las notificaciones se efectuarán en el domicilio electrónico ó en el domicilio constituido (según estemos en Montevideo o en algún otro Departamento de la República). Este mismo decreto, notificará la convocatoria a audiencia, utilizándose -normalmente-, el siguiente formato: “*DECRETO: xxx/zzzz. MONTEVIDEO, 4 de Marzo de zzzz. Por contestada la demanda en la representación invocada y porconstituído domicilio, traslado a la parte actora por el término legal. Convócase a las partes y al Ministerio Público a audiencia para el día 12 de febrero de 2009 a las 11:30 horas. Notifíquese personalmente. Dr. AA BB - JUEZ LETRADO*”.

Puede suceder que el demandado no conteste la demanda, caso en el que, al tenor del artículo 130.2 del CGP, “El silencio, las respuestas ambiguas o evasivas, así como *la falta de contestación* se tendrán como admisión de los hechos alegados en la demanda, en cuanto no resulten contradichos por la prueba de autos y en tanto no se trate de derechos indisponibles (inciso segundo del artículo 134)”.

En la audiencia preliminar (pues estamos ante un proceso de estructura ordinaria) se desarrollará la siguiente actividad: i). ratificación de la demanda y de la contestación de la demanda; ii). ratificación de la reconvención y de la contestación de la misma (si las hubo); iii). solicitud de aclaraciones sobre las dos anteriores; iv). alegación de hechos nuevos (siempre y cuando no modificaren la pretensión); v). tentativa de conciliación (se trata de la conciliación intraprocesal); vi). prueba de las excepciones (si se hubieren opuesto); vii). dictado de la sentencia interlocutoria de saneamiento del proceso (despacho saneador); viii). fijación definitiva del objeto del proceso y del objeto de la prueba¹³; ix). pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes: su rechazo o su recepción; x).

¹³ Como podrá suponer el estudiante, la actividad que se desarrolla en esta audiencia es medular a los efectos de nuestro proceso. Es que, si no prestamos atención a lo que se resuelve en el despacho saneador, a cómo se fija el objeto del proceso y de la prueba, y al pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados, podemos estar permitiendo tener perdido el juicio, sin posibilidad alguna de remontarlo a nuestro favor.

diligenciamiento de la prueba (eventual); xi). fijación de la audiencia complementaria (audiencia de naturaleza eventual).

Finalizando la audiencia complementaria, se labra acta de lo sucedido en la misma, se imprime y es firmada por el juez, las partes y sus letrados patrocinantes. Acto seguido, se fija audiencia para el dictado de sentencia definitiva (si esta no es dictada en audiencia). Normalmente, de la fijación de audiencia para dictado de sentencia se establece dentro del acta de audiencia, a los efectos de dar por notificadas a las partes en ese acto. El texto del decreto al que estamos aludiendo, será parecido al siguiente: “*DECRETO: xxx/zzzz. MONTEVIDEO, 4 de Marzo de zzzz. Convócase a las partes a audiencia complementaria el día 13/12/2013 a la hora 12, en que se tomará declaración de parte actora y testigos, los que deberán concurrir a cargo de las partes. Dr. AA BB - JUEZ LETRADO*”.

Llegados a la audiencia complementaria, deberemos estar atentos a que se produzca la siguiente actividad: i). recepción de toda la prueba diligenciada; ii). alegaciones (verbales -art.343.6 del CGP-) de las partes y por su orden (primero el actor y luego el demandado); iii). conclusión de la causa; iv). eventualmente, disposición de diligencias para mejor proveer; v). diligenciamiento de las medidas para mejor proveer y se escucha a las partes; vi). Pronunciamiento de la sentencia en audiencia (con o sin fundamentos);vii). eventual interposición en audiencia de los recursos de aclaración y/o ampliación; viii). recurso de apelación (fuera de audiencia, y dentro de quince días hábiles, perentorios e improrrogables).

Finalizando la audiencia complementaria, se termina de labrar el acta de lo sucedido en la misma¹⁴, se imprime y es firmada por el juez, las partes y sus letrados patrocinantes. Acto seguido, se fija audiencia para el dictado de sentencia definitiva (si esta no es dictada en audiencia). Normalmente, de la fijación de audiencia para lectura de sentencia se establece dentro del acta de audiencia, a los efectos de dar por notificadas a las partes en ese acto.

Una vez firme la sentencia, ergo, pasada en autoridad de cosa juzgada, habrá que solicitar a la Sede se libren los oficios correspondientes a efectos de poder proceder a la inscripción de los mismos ante los Registros correspondientes.

¹⁴ Obsérvese que el acta de audiencia se va labrando durante el transcurso de la audiencia. En ella se dejará constancia de todo lo que sucedió en la misma.

Dentro de LA ESTRUCTURA PROCESAL EXTRAORDINARIA¹⁵, y luego del acto de proposición que es la demanda y de su respectiva contestación o reconvencción (si las hay), corresponde que tenga lugar la audiencia. En este caso, se trata de una audiencia única. Es ésta la diferencia estructural más notoria. Otra diferencia relevante es el régimen de reconvencción, que está limitada, pudiendo versar sólo sobre la misma causa y objeto propuesto en la demanda.

Por tanto, cae de suyo que los medios probatorios que los interesados hubieran propuesto, o que el magistrado hubiera requerido de oficio, deben ser diligenciados y producidos con anterioridad a la audiencia, pues no habrá una posibilidad posterior para su diligenciamiento. Empero, debe tenerse presente que este diligenciamiento anticipado de la prueba procede respecto de aquella que no pueda ser diligenciada en la audiencia única.

En la audiencia única (que se dice que supone la sumatoria de la actividad que se desarrolla en las audiencias preliminar y complementaria del proceso de estructura ordinaria), entre otros actos, se realizará la ratificación o rectificación de los escritos presentados por los interesados, alegaciones de hechos nuevos, se intentarán mecanismos de conciliación intraprocesal, y se fijará el objeto del proceso y de la prueba. Acto seguido, se diligenciará la prueba. Dentro de la misma audiencia, se producirán los alegatos y recaerá el dictado de sentencia única y definitiva, pues en esta sentencia única se resuelven las excepciones opuestas, y el fondo del asunto. La excepción a esta regla, queda dada por la interposición de la excepción de incompetencia del tribunal, que de haber sido admitida, estaríamos ante una sentencia interlocutoria.

Por lo dicho, corresponde explicitar a qué se enfrentará el novel abogado en la práctica del foro.

¹⁵ Actualmente, entrada en vigencia la ley 19.090, los procesos de estructura extraordinaria no cuentan con el requisito de conciliación previa.

Presentado el escrito inicial en la baranda del juzgado, los funcionarios administrativos lo elevarán (o subirán) al despacho (esto es, lo harán llegar a la oficina del juez). El magistrado, en el plazo de 48 horas, deberá decretar el inicio del proceso y emplazamiento de la contraparte, lo que normalmente se traduce en un decreto con el siguiente contenido: *“DECRETO: xxx/zzzz. MONTEVIDEO, 4 de Marzo de zzzz. Por iniciada la acción, denunciado el domicilio real y por constituido el domicilio procesal. De la demanda traslado por el término legal. A los otrosíes, téngase presente. Notifíquese personalmente. Dr. AA BB - JUEZ LETRADO”*.

Este decreto será noticiado por cedulón, en el domicilio real del demandado (y denunciado por el demandante). Notificado que fuera el demandado, le comienza a computar un plazo de 30 días (corridos, perentorios e improrrogables), para contestar la demanda y/o reconvenir.

Presentado el escrito de contestación de la demanda, se convocará a las partes a audiencia. Si por el contrario, el demandado hubiera presentado reconvenición, citación de terceros en garantía, o se hubieran opuesto excepciones, se deberá conferir traslado al actor. En cualquiera de los casos, debe tenerse presente que a partir de este momento, las notificaciones se efectuarán en el domicilio electrónico ó en el domicilio constituido (según estemos en Montevideo o en algún otro Departamento de la República). Este mismo decreto, notificará la convocatoria a audiencia, utilizándose -normalmente-, el siguiente formato: *“DECRETO: xxx/zzzz. MONTEVIDEO, 4 de Marzo de zzzz. Por contestada la demanda y por constituido domicilio, traslado a la parte actora por el término legal. Convócase a las partes y al Ministerio Público a audiencia para el día 12 de febrero de 2009 a las 11:30 horas. Notifíquese personalmente. Dr. AA BB - JUEZ LETRADO”*.

La audiencia única (pues estamos ante un proceso de estructura extraordinaria) supone que toda la prueba (ofrecida por ambas partes) esté diligenciada o producida con anterioridad al momento de celebración de la audiencia, salvo aquellos medios probatorios (como el testimonial) que necesariamente deban producirse en la audiencia.

El contenido de esta audiencia única puede sistematizarse de la siguiente manera: i). ratificación de la demanda y de la contestación de la demanda; ii). ratificación de la reconvenición y de la contestación de la misma (si las hubo); iii). solicitud de aclaraciones

sobre las dos anteriores; iv). alegación de hechos nuevos (siempre y cuando no modificaren la pretensión); v). tentativa de conciliación -intraprocesal-; vi). prueba de las excepciones; vii). fijación de los puntos en debate (objeto del proceso) y del objeto de la prueba; viii). pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes (su rechazo o su recepción); ix). diligenciamiento de toda la prueba; x). alegaciones verbales de las partes y por su orden (primero el actor y luego el demandado); xi). pronunciamiento de la sentencia (única, sobre las excepciones procesales y el fondo del asunto, excepto si existe excepción de incompetencia y es admitida) en audiencia (con o sin fundamentos); xii). posibilidad de interponer los recursos de: aclaración, ampliación (en audiencia); xiii). recurso de apelación (ante el mismo juez que dictó la sentencia y dentro del plazo de quince días: hábiles perentorios e improrrogables).

Finalizando la audiencia, se labra acta de lo sucedido en la misma, se imprime y es firmada por el juez, las partes y sus letrados patrocinantes. Acto seguido, se fija audiencia para el dictado de sentencia definitiva (si esta no es dictada en audiencia). Normalmente, de la fijación de audiencia para dictado de sentencia se establece dentro del acta de audiencia, a los efectos de dar por notificadas a las partes en ese acto.

Una vez firme la sentencia, ergo, pasada en autoridad de cosa juzgada -formal-, habrá que solicitar a la Sede se libren los oficios correspondientes a efectos de poder proceder a la inscripción de los mismos ante los Registros correspondientes.

Otra gran diferencia entre las estructuras procesales ordinaria y extraordinaria, radica en lo que refiere a medios probatorios en la segunda instancia. En el decurrir de la segunda instancia de un proceso de estructura ordinaria, la prueba se encuentra reglada por el artículo 253.2 del CGP, con lo que se hace imposible otra prueba que esa taxativamente comprendida. En cambio, durante la segunda instancia de un proceso de estructura extraordinaria, la prueba está mucho más limitada: no se admite otra prueba que la solicitada de oficio por el tribunal de alzada, cuando entienda que ella es necesaria para mejor proveer, o cuando se trate de documentos sobre hechos nuevos supervinientes o conocidos con posterioridad a la sentencia de primera instancia.

Por último, corresponde hacer mención a LOS PROCESOS DE ESTRUCTURA MONITORIA. Como todo proceso, iniciará por el acto de proposición que es la demanda. La novedad radica en que esta demanda, debe tratarse de una petición avalada por una gran dosis de certeza inicial, denominada fehaciencia inicial, la que quedará constituida por la tenencia del promotor de un título monitorio legalmente establecido: documento auténtico o autenticado notarial o judicialmente, que justifique suficientemente la pretensión y las legitimaciones activa y pasiva (salvo en el caso de las excepciones de los artículo 364 y 252.3 del CGP). El siguiente iter procesal es el dictado de sentencia definitiva inaudita altera pars (sin escuchar a la otra parte), razón por la cual esta decisión de mérito -sobre lo formal y el fondo del asunto-, tiene eficacia suspendida (o supeditada, a la espera de la oposición de excepciones; si no se opusieran excepciones, esa sentencia inaudita altera pars queda firme, pasando en autoridad de cosa juzgada). Entonces, la citación de excepciones al demandado se da con plazo de diez días hábiles, perentorios e improrrogables (artículo 354 CGP). Si se oponen excepciones, habrá que dar traslado a la parte actora, la que contará con un plazo de seis días (hábiles, perentorios e improrrogables) para evacuarla, convocándose a audiencia¹⁶. Celebrada la audiencia, y al final de la misma, debe dictarse sentencia única, salvo que se hubiera opuesto la excepción de incompetencia.

En tercer lugar, una aclaración debe ser hecha. Los autores desean dejar constancia que, a su leal entender, la judicialización de los asuntos de familia no aportan una solución definitiva a dichos conflictos. Muchas veces, los resultados que puedan obtenerse no serán totalmente satisfactorios para las partes. Pero cuando se trata de asuntos que involucran a menores, las consecuencias pueden llegar a ser muy graves. El letrado debe tener en cuenta estos extremos, porque la judicialización de menores no es una -ni siquiera- aceptable opción. Máxime si uno se detiene a pensar en los conflictos

¹⁶ Esta audiencia tendrá el contenido de las audiencias preliminar y complementaria, razón por la cual la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, entienden que se ordinariza el proceso.

psicológicos que genera en ese individuo. Adviértase que al menor, lo que menos le interesa, es tener que mostrarse enfrentado -mucho menos enemistado- con alguno de sus familiares. Por lo demás, ésto no hace más que ir contra su “superior interés”.

En cuarto lugar, se hace necesario establecer que siempre que participe un menor o un incapaz, será indispensable para el desarrollo del proceso -condición sine qua non-, que le sea designado un defensor de oficio para que vele por sus derechos. Los honorarios de este profesional, correrán por partes iguales a cargo de las partes.

En quinto lugar, y como cierre de este capítulo de “nociones previas”, cabe dejar sentado que, por proceso de estructura ordinaria, discurrirá aquel que tenga por objeto el divorcio por causal.

Por proceso de estructura extraordinaria, discurrirán aquellos juicios que tengan por objeto: visitas, tenencia, pensión alimenticia (alimentos), disolución de unión concubinaria, la separación definitiva -en materia de adopción-, la adopción plena con oposición y la revocación de la adopción.

Por procesos voluntarios, discurrirán aquellas pretensiones sucesorias, de declaración de incapacidad, las ratificaciones de tenencia, las rectificaciones de partidas, las posesiones notorias de estado civil, los reconocimientos de uniones concubinarias, las adopciones plenas -sin oposición-, las adecuaciones de identidad de género y cambio de sexo y/o nombre, y las disoluciones de sociedad conyugal de bienes por mutuo acuerdo de los cónyuges.

Por proceso de estructura monitoria, discurrirá la disolución de la sociedad conyugal de bienes solicitada por uno de los cónyuges.

Por último, encontramos los procesos del Código Civil, por los que discurren las solicitudes de divorcio por sola voluntad y el divorcio por mutuo consentimiento.

Corresponde dejar expresa mención respecto que cuando hagamos mención al CNA, nos estaremos refiriendo al Código de la Niñez y la Adolescencia (ley 17.823, con las modificaciones introducidas por las leyes 18.590, 19.075 y 19.092).

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Capítulo II:
Singularidades de la materia de familia.-

El Derecho de familia, cuenta con una serie de singularidades fácticas, que nutren a esta rama del Derecho. Aquellas, obligarán al abogado a ceñir sus conocimientos y destrezas para adecuarse a la realidad y resultar de ayuda y utilidad a quienes resultarán ser sus clientes. Es que, si no se tiene en cuenta esta realidad, difícilmente se pueda ejercer, además, sintiendo que el tiempo y trabajo volcado en el caso concreto, resultó provechoso y eficiente.

Partiremos pues, de una obviedad: las normas, o mejor aún, las reglas de Derecho¹⁷, están dadas para la protección y garantismo de los derechos, ya sea que éstos se judicialicen o no.

Lo anterior, responde al hecho que en muchos casos, los conflictos de familia no se judicializan, lo que no significa que las reglas de Derecho no deban respetarse y aplicarse.

Un segundo extremo, responde al hecho de la concepción del abogado. Ello, por cuanto el abogado, en la visión decimonónica en la que somos formados, sólo puede ser litigante. Con ello, el abogado -litigante- sólo concibe, o puede concebir, una situación determinada, con la óptica del futuro y eminente litigio, lo que no necesariamente debe ser así. Adviértase que además de la óptica litigante, casi natural al abogado, existen otras que cada día toman mayor relevancia; nos referimos a la negociación, al arbitraje y la mediación.

Es que, como sostiene Lenard MARLOW (*“Mediación familiar”*; ed. Granica, 1999, España), “... insistir en que las partes acudan a los abogados y a la ley como

¹⁷ Cassinelli Muñoz conceptualiza la regla de derecho como aquella compuesta por: i). las normas de derecho internacional; ii). las normas constitucionales; iii). los actos legislativos (leyes, decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción y los decretos del Poder Ejecutivo); iv). los reglamentos (actos administrativos) ya sean autónomos o de ejecución. Por otra parte, el artículo 23 del DL 15524, conceptualiza la regla de Derecho como todo principio general de derecho, norma constitucional, legal, reglamentaria o contractual (extraído de ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín *“Cursillo esquemático y abreviado de Derecho público administrativo a los efectos forenses”*, ed. FCU, nota al pie N° 18 de página 12 y nota a l pie N° 1 de página 22, 2011, Montevideo).

árbitros finales de las cuestiones a las que se enfrentan, es privarles a ellos de derechos fundamentales”. “Al fin y al cabo, son las propias partes, y no los jueces o abogados, quienes tendrán que vivir con esas decisiones”¹⁸.

Así, realizando un cambio de mentalidad, el rol del abogado es mucho más rico que el mero litigio. Los medios alternos o extrajudiciales, pueden resultar mucho más provechosos, cuando son entendidos como procesos de revalorización de la situación que se les plantea. Nótese la importancia de la posibilidad que las propias partes involucradas “... concluyan un acuerdo que esté en consonancia con el propio sentido subjetivo (de ellos) de lo que es o no adecuado, en lugar de uno que satisfaga un criterio objetivo aunque impersonal. En resumen, devolver a la pareja la habilidad para resolver esos temas que siempre habían considerado más adecuado resolverlos por sus propios medios”¹⁹.

En última instancia, no deja de ser cierto que, el abogado netamente litigante, sin sopesar en la balanza el efecto emocional que el litigio puede ocasionar en cualquiera de las partes involucradas, hace ejercicio de su profesión, tratando a las mismas como peones inanimados que mueve en el tablero del ajedrez legal en que se han convertido (las vidas de) sus clientes²⁰.

En nuestro actual sistema educativo terciario (universitario), se prepara a los abogados sólo desde la faceta litigante. Empero, quienes entendemos que el abogado debe ser preparado sí para el litigio, pero no sólo para ello, existen otras esferas en las que debería formarse a los letrados. Nos referimos a los tópicos que refieren al asesoramiento y/o consulta, y a la autocomposición (negociación, conciliación y mediación). Desde esta óptica, la conciliación previa (tanto la administrativa como la judicial, o más ampliamente, la conciliación jurisdiccional), no es sólo un requisito formal, sino que resulta ser una instancia o herramienta extremadamente interesante

¹⁸ MARLOW Lenard “*Mediación familiar*”; ed. Granica, página 43, 1999, Barcelona-España.

¹⁹ MARLOW Lenard, *ob. cit.*, página 61-62.

²⁰ Cfme. MARLOW Lenard, *ob. cit.*, página 67-68.

para poner coto a una problemática fáctica, que de judicializarse, su resultado será ampliamente menos beneficioso para las partes. Así, cuando un problema se judicializa, siempre hay un vencedor y un vencido. En cambio, cuando se recurre a medios de autocomposición, esas posturas se fusionan o mixturan, sin que exista un vencedor y un vencido. Por lo demás, el resultado obtenido mediante mecanismos de autocomposición, en la inmensa mayoría de los casos, se cumple voluntariamente²¹.

Otro factor relevante es el cierto prurito con el que el abogado suele acercarse a la realidad del cliente. Debemos aprender a llamar las cosas por su nombre; pero sin dejar de observar la dignidad y sensibilidad de la persona que tenemos en frente. Sólo así, podrá fortalecerse la necesaria confianza que subyace y supone la relación profesional con el cliente.

Recién así, podemos introducirnos en las singularidades de la materia de familia propiamente dichas.

No puede dejar de observarse que la familia ha mutado, y lo ha hecho drásticamente. En tal sentido, el legislador patrio ha sido inteligente y no se ha dado un concepto cerrado de familia. Esto permite que el concepto se vaya adecuando a diferentes etapas históricas y concepciones. Empero, existe una norma, de rango constitucional, que refiere a la familia: el artículo 40. Esta norma constitucional establece que la familia es la base de nuestra sociedad, siendo que el Estado debe velar por su estabilidad moral y material.

Entonces, la familia se nos presenta como el primer núcleo social en el que el individuo se desarrolla, erigiéndose como la base de la sociedad uruguaya. Sin embargo, no puede desconocerse que la familia -como núcleo social- de 1830, no es la misma que la del 2014.

²¹ ERMIDA FERNÁNDEZ Martín “*El proceso laboral autónomo*”; ed. FCU, nota al pie N° 2 de páginas 135-136, 20103, Montevideo; y “*Cuatro problemas forenses laborales*”, en revista CADE-Doctrina & Jurisprudencia, Tomo XVI, nota al pie N° 2, abril 2012, Montevideo.

Es que, en materia de familia no estamos sólo ante un fenómeno jurídico; estamos también, y concomitantemente, frente a un fenómeno sociológico, psicológico, cultural, e incluso económico. Todas estas ópticas de abordaje de la familia, se entrecruzan, y retroalimentan.

Nótese que ante la situación fáctica y socio cultural, nos presentaba una nueva realidad familiar: un fraccionamiento la estructura que en el pasado se entendía perfecta: un padre, una madre y los hijos.

Luego, aparecieron aquellas familias en las que bajo un mismo techo, cohabitaban diferentes generaciones: abuelos, padres, hijos y nietos.

Estas nuevas estructuras familiares, respondían a factores socio-económicos y culturales; es que, por necesidades económicas, las generaciones más jóvenes no abandonaban el hogar paterno, y habiendo conformado su núcleo familiar, lo incorporaban a aquél.

Luego, esto se tradujo en un factor cultural y de estrato social. Y más tarde, en una problemática jurídica, pues si las relaciones familiares son de por sí complejas, el incremento del número potencia tales complejidades, máxime cuando distintas generaciones deben convivir (y las jerarquías familiares comienzan a yuxtaponerse).

Más tarde, empezamos a hablar de las familias multiparejas, de las familias bi o mono parentales, u homoparentales.

Los hijos habidos fuera del matrimonio, los otrora llamados hijos naturales, no resultan novedad para nadie. Siempre existieron. Históricamente existieron. El problema radica en un momento histórico, en el que se volvió “normal” o “natural”. Nuevamente, por factores sociales, culturales, y económicos, entre otros.

Lo mismo podríamos decir del concubinato. Hasta no hace mucho, casi una mala palabra, aunque siempre existió. Salvo que en un momento histórico determinado, se volvió “corriente”, “tolerado”, “normal”. Hoy, incluso, resulta muy frecuente y a veces más duradero que el matrimonio.

Todos estos extremos, entre otros tantos, llevaron a que se dejara de hablar de familia en un sentido unívoco, o mejor dicho, llevó a que se diversificaran y precisaran aún más los términos y las diferencias.

Pasamos a hablar de familias multiparejas, monoparentales, u homoparentales. Hoy, a nadie sorprende que existan individuos que tienen hijos con más de una pareja. Es que tampoco nadie se sorprende por la fugacidad actual de las relaciones de pareja. En muchos casos, relaciones afectivo-sexuales tan fugaces como la concepción misma del hijo.

En igual sentido, tampoco sorprende la existencia de familias monoparentales, esto es, familias que no cuentan con las figuras paterna y materna, sino sólo con el padre o sólo con la madre.

Tampoco extraña la existencia de familias homoparentales, ergo, familias en las que los referentes parentales son una pareja del mismo sexo.

A su vez, es común que la familia actual no sea solo biparental y que asuma modalidades multi o monoparentales.

Todo ello explica que el Derecho, como ciencia social que es, esté íntimamente vinculada a otras ciencias sociales como la sociología o la psicología. En última instancia, la familia no deja de ser un fenómeno social, y como tal, se adapta constantemente. Es más, en este tema, como en otros tantos, el Derecho es la última de las ciencias sociales en abordar, contemplando, los cambios de esa naturaleza. No puede dejar de reconocerse que las otras ciencias sociales (la sociología, por ejemplo), se adecuan mucho más rápido a tales cambios.

En todo caso, hay que reconocer al legislador patrio, que ante el panorama descrito, tuvo la inteligencia de detectar cuál era el “factor” que nunca variaba: el hijo. Es así, que el CNA no resulta un cuerpo normativo “inteligente” solo por su contenido, sino por poner en el centro del problema familiar al menor de edad, descosificándolo.

Así, judicializado un asunto en el que directa o tangencialmente esté involucrado un menor de edad, o pueda verse involucrado un menor de edad, la normativa posterior al 2004 establece que *su voluntad es relevante, al punto que nada podrá hacerse sin contemplar su interés superior*. Y en ese sentido, superior a cualquier interés en juego, incluyendo el de los padres.

Y ello se maximiza si se tiene en cuenta que, *cuando un menor de edad se vea involucrado en un proceso, se le deberá designar un defensor de oficio*, esto es, un abogado que vele por sus intereses. Entonces, si estamos frente al divorcio de un matrimonio o ante la disolución de una unión concubinaria reconocida judicialmente, y hubieren hijos menores de edad, a éstos habrá que designárseles un defensor de oficio, por lo que en ese proceso habrán tres abogados actuando conjuntamente, uno velando por los intereses del padre, otro velando por los intereses de la madre, y otro velando por los intereses del hijo.

Pero aún hay más, pues este defensor de oficio, debe velar exclusivamente porque se respeten los derechos del menor de edad judicializado, *nunca se apropia ni expropia la voluntad de su defendido*, a tal punto que el magistrado actuante deberá escuchar (personalmente) a ese menor. Por ello, *si uno resulta ser designado por el magistrado actuante como defensor de oficio de un menor, habrá que reunirse con él, y aunque nunca resulta fácil, obtener su confianza para que nos transmita sus intereses, de forma de poder velar por los mismos. Muchas veces, será uno, el que le haga entender lo difícil de la situación por la que atraviesa, y en esos casos, la profesión otorga uno de los beneplácitos más significativos: ser de utilidad a otro ser humano que sin tener “arte ni parte”, se ve involucrado en una situación por demás compleja y que en nada depende de él*.

Si será relevante ese “interés superior” del menor, que ante los conflictos judicializados por los adultos, el magistrado actuante no podrá dictar sentencia (por ejemplo en divorcios o disoluciones de uniones concubinarias) si antes no ha solucionado los extremos referentes al menor: guarda, tenencia, visitas y alimentos (pensión alimenticia). En tal sentido debe tenerse presente que de existir un acuerdo

entre los mayores el juez deberá homologarlo, siempre que no exista oposición del defensor de oficio o del fiscal (también llamado ministerio público). De no existir acuerdo, el magistrado deberá establecer un régimen provisorio, para poder sentenciar (más adelante nos detendremos en este tópico).

Pero los casos más crudos, y emocionalmente más agobiantes y desgastantes, se vivirán en Sede de violencia doméstica (Juzgados Especializados de Familia).

El primer abordaje normativo de la temática violencia doméstica, data del año 1995, con la ley 16.707 (sobre seguridad ciudadana). Luego, en el 2002 se sancionó y promulgó la ley 17.154 (sobre violencia doméstica).y en el año 2004, se sancionó y promulgó el CNA (Código de la Niñez y la Adolescencia)²².

Pero además de lo anterior, no puede olvidarse algo que normalmente pasa desapercibido: que el Uruguay ha ratificado los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos o fundamentales, como ser: la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración y la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

Lo mismo ha hecho nuestro país con, aquellos documentos internacionales relacionados con la violencia hacia las mujeres, niños, niñas y adolescentes: la Convención Internacional para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW; ratificada por ley 15.164), la Convención de Belem do Pará

²² A partir de la aprobación de estas normas, los Ministerios involucrados han elaborado protocolos de abordaje: i). el MSP, por decreto 494/006, la guía de abordaje de situaciones de violencia doméstica hacia mujeres; ii). por decreto de Poder Ejecutivo 317/010, el protocolo de procedimiento policial en situaciones de violencia doméstica; iii). las pautas de abordaje de la violencia doméstica, protocolo para los servicios de atención de INMUJERES; iv). en el ámbito del Consejo de Educación Primaria y del INAU, el mapa de ruta para el abordaje de las situaciones de maltrato y abuso sexual de niños que concurren a las escuelas públicas.; v). en el ámbito del INAU, a través de la SIPIAV (Sistema Integral de Protección a niños, niñas y adolescentes contra la violencia), el protocolo de intervención para situaciones de violencia hacia niños, niñas adolescentes; y -hasta donde sabemos-, vi). En la órbita de la ANEP, el protocolo de enseñanza media para situaciones de violencia doméstica en adolescentes.

(ratificada por ley 16.735) y su Protocolo Facultativo de 2001 (ratificados por ley 17.338)²³, entre otros tantos.

A su vez, en este punto, corresponde recordar que según el artículo 72 de la Constitución, “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”²⁴.

Con esto, no se hace más que consagrar un gran portal de entrada al ordenamiento jurídico patrio, de toda la normativa internacional que consagre derechos, deberes y garantías para los habitantes de la República, aunque no estén consagrados expresamente, debiendo cumplir exclusivamente, con la condición de ser pasibles de ser catalogados de “inherentes a la personalidad humana o (que) se derivan de la forma republicana de gobierno”²⁵.

“Con lo cual atribuye rango constitucional positivo a los derechos y garantías implícitos en la Carta, en la personalidad humana y en la forma republicana de gobierno, a la par que -según muchos autores-, incorpora a nivel constitucional los principios de aquellas declaraciones internacionales que consagran (...) derechos humanos esenciales a la conciencia jurídica universal de nuestro tiempo”²⁶.

Entonces, por aplicación de los artículos 72 y 332 de la Constitución uruguaya, ingresan al ordenamiento jurídico nacional de la mano de la propia Carta, con lo que su aplicación y aplicabilidad es indiscutible. Pudiendo incluso llegar a sostenerse que la jerarquía normativa con la que cuentan es una intermedia entre la Constitución y la ley²⁷. Para quienes ésto resulta demasiado, puede sostenerse que esta normativa

²³ Estos instrumentos consagran la debida diligencia que los Estados deben seguir para la eliminación de la violencia hacia las mujeres, niños, niñas y adolescentes.

²⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar “*Sindicatos en libertad Sindical*”; 4ª edición (actualizada por Martín Ermida Fernández), ed. FCU, págs. 12 y 13, 2012, Montevideo.

²⁵ ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín “ASSE y la reforma de la salud: aproximación fáctico-jurídica”, ed. FCU, pág. 36, 2013, Montevideo.

²⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar *ob. cit.*, pág. 58 (nota al pie N° 146).

internacional, al ingresar por el portal de los artículos 72 y 332, cuenta con jerarquía legal o infraconstitucional²⁸.

Según la ley 17.514, se “declara” de “interés general” las actividades orientadas a la prevención, la detección temprana, la atención y la erradicación de la violencia doméstica.

“Como es sabido, se admite que en la técnica constitucional, esta expresión ('declarar') implica el reconocimiento de un derecho existente, no creado por la norma, sino simplemente reconocido por la misma. Y los antecedentes -aunque los antecedentes en materia constitucional tienen un valor ínfimo, a diferencia de lo que pueda suceder con los antecedentes legislativos- indican que lo que se quiso fue reconocer precisamente un derecho que existía”²⁹.

La violencia doméstica queda conceptuada como toda conducta (acción u omisión, directa o indirecta) que limita a otra persona para ejercer o gozar libremente de su derechos humanos o fundamentales. Limitación causada por otra persona con quien tenga o haya tenido un noviazgo, o una relación afectiva de cohabitación y cuyo origen sea el matrimonio, el concubinato o la convivencia por parentesco (17.514:2). Puede

²⁷ ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín "ASSE y la reforma de la salud: aproximación fáctico-jurídica", ed. FCU, pág. 36, 2013, Montevideo.

²⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar “*Apuntes sobre a huelga*”; 3ª edición (actualizada por Martín Ermida Fernández), ed. FCU, 2012, Montevideo.

²⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar *ob. cit.*; 3ª edición, 2012.

manifestarse de diferentes formas, pues al violencia doméstica puede ser física³⁰, psíquica o emocional³¹, sexual³² y/o patrimonial o económica³³ (17.514:3).

Así, el espectro de protección se amplifica al otorgar legitimación para radicar la denuncia de violencia doméstica no sólo a la víctima, sino además, a cualquier persona que tenga conocimiento de una situación de violencia doméstica (17.514:8).

Habiendo recibido al denuncia o habiendo tomado conocimiento del hecho, el magistrado actuante y con competencia en violencia doméstica, deberá disponer las medidas para proteger la vida, seguridad, libertad e integridad físico-emocional de la presunta víctima, dando conocimiento al juez penal cuando los hechos tengan apariencia de delito (17.514:21 in fine).

A su vez, como medidas cautelares o de protección, el magistrado podrá disponer (17.514:9 a 12): i). las medidas previstas en el artículo 316 del CGP; ii). disponer el retiro del agresor de la residencia común y la entrega inmediata de sus efectos personales en presencia del alguacil³⁴; iii). disponer el reintegro al domicilio o residencia de la víctima que hubiere salido del mismo por razones de seguridad personal, en presencia del alguacil; iv). prohibir, restringir o limitar la presencia del agresor en el domicilio o residencia, lugares de trabajo, estudio u otros que frecuente la

³⁰ Cuando se daña la integridad corporal de una persona. En este sentido, la violencia doméstica configura además, un delito (lesiones a una persona con la que tenga o haya tenido relación afectiva o de parentesco, por medio de amenazas o violencia; siendo que la pena se agrava si la víctima es mujer, un menor de 16 años, o tiene sus capacidades disminuidas).

³¹ Cuando se perturba, degrada o controla la conducta, las creencias o decisiones de una persona, por cualquier medio, afectando su estabilidad psicológica o emocional.

³² Cuando por el uso de la fuerza, intimidaciones, amenazas o por otros medios, se impone o provoca comportamiento sexual en una persona, condicionando (anulando o imitando) su libertad sexual.

³³ Conductas (actos, hechos u omisiones) ilegítimas que impliquen daño, pérdida, sustracción, destrucción u ocultamiento de bienes, documentos o recursos económicos, destinadas a coaccionar la autodeterminación de otra persona, por ejemplo generando en la víctima una dependencia económica del victimario.

³⁴ Se labrará inventario judicial de los bienes muebles que se retiren y de los que permanezcan en el lugar, pudiéndose expedir testimonio a solicitud de las partes.

víctima; v). prohibir al agresor comunicarse, relacionarse, entrevistarse o desarrollar cualquier conducta similar en relación con la víctima, demás personas afectadas, testigos o denunciantes del hecho; vi). incautar las armas que el agresor tuviere en su poder; vii). prohibir al agresor el uso o posesión de armas de fuego, oficiándose a la autoridad competente a sus efectos; viii). fijar una obligación alimentaria provisional a favor de la víctima; ix). disponer la asistencia obligatoria del agresor a programas de rehabilitación; x). resolver provisoriamente todo lo relativo a las pensiones alimenticias y, en su caso, a la guarda, tenencia y visitas³⁵; xi). supervisar y evaluar el cumplimiento de las medidas adoptadas, citando a audiencia³⁶; xii). el alcance y duración de las medidas adoptadas; y xiii). disponer para los involucrados los tratamientos médicos, psicológicos o de otro tipo que entienda necesarios.

Ahora bien, tampoco se puede ser ingenuo. Debemos manifestar, pues, que el sistema de protección contra la violencia doméstica también se ha prestado para abusos. Principalmente, a través de la radicación de denuncias falsas, para con un ánimo retaliativo, intentar castigar o “complicarle la vida” al otro (al denunciado).

Este tipo de situaciones de abuso del mecanismo legal, se detecta especialmente en procesos de separación y divorcio conflictivos en los que una de las partes involucradas siente que el otro “la está pasando mejor” o está pudiendo “rehacer su vida”.

El novel abogado deberá estar atento a estas posibilidades para no incurrir en una colaboración inconsciente en el abuso del mecanismo judicial. Además, por cuanto como ya hubiéramos manifestado, en última instancia, quienes “terminan pagando los platos rotos” son los menores involucrados. Siempre son los menores, las últimas víctimas de los conflictos del mundo adulto.

³⁵ En caso que correspondiera, y el Juez decidiera no adoptar medida alguna, su resolución deberá expresar los fundamentos de tal determinación.

³⁶ En caso que el agresor no cumpla con las medidas, el magistrado podrá ordenar su arresto. A su vez, si el agresor no concurriera a la audiencia fijada, el juez podrá ordenar su conducción (por la fuerza policial).

Capítulo III:
Mecanismos de auto y heterocomposición
aplicables a la materia de familia.-

A los efectos de este capítulo, reproduciremos parcialmente el trabajo del Dr. BARONE “*Conciliación previa*”³⁷.

Así, el autor comienza por dejar plasmada la siguiente frase; “es mucho mejor un mal acuerdo, que un buen juicio” (sic)³⁸⁻³⁹.

Como todos sabemos esta frase dista mucho de ser novedosa, y es repetida frecuentemente por los abogados a sus clientes, por los docentes de nuestras Facultades de Derecho a sus estudiantes, y huelga decirlo, constituye una afirmación indiscutida en los corrillos de colegas.

No obstante ello, y sin desmentirla, también debemos consignar que las implicancias, y los significados de dicha frase son bastante ambiguos, y por si esto fuera poco, generalmente se ven cuestionados por nuestra propia práctica.

Por lo pronto los estudiantes se suelen preguntar: ¿para qué tanto esfuerzo aplicado a comprender la actuación en un proceso, si hasta un "mal acuerdo" resulta mejor?; a esto podemos sumar el que los modelos de abogados "conocidos y exitosos" que exhiben los medios, se presentan como ganadores de juicios y no como mediadores; y por si esto fuera poco, debemos reconocer que los colegas, al ingresar a la sala de audiencias, olvidan bien pronto lo antes dicho, y rehuyen la construcción de acuerdos en pos de la obtención de una sentencia favorable.

¿Incide en esto la perspectiva que de los conflictos tenemos los abogados?

³⁷ BARONE MANCEBO, Hugo “*Conciliación previa*” en “*Manual de Técnica Forense I*”; edición del Departamento de Publicaciones de la Unidad de Comunicaciones de la UDELAR, 2013, Montevideo.

³⁸ "Muchísimas veces van a oír en su vida una larga serie de refranes que son consejos para no pleitear. -Más vale un mal arreglo que un buen pleito-, muy usado en estas latitudes; -más vale un arreglo flaco que un fallo gordo- proverbio noruego; -que dios te mande pleitos y que los ganes- maldición gitana. Se puede decir que hay un cierto excepticismo por la justicia del Estado” (COUTURE, s/f).

³⁹ "El intento de la conciliación es el de evitar el juicio. El juicio siempre es un mal social. Es una circunstancia enojosa que debe ser evitada" (COUTURE, s/f).

Muy probablemente. No son pocos los que consideran que los abogados tendemos a expropiar el conflicto a las partes, privilegiando su resolución mediante el proceso jurisdiccional, e incidiendo en nuestros patrocinados a los efectos de no explorar exhaustivamente el elenco de posibles soluciones negociadas a sus problemas⁴⁰⁻⁴¹.

Sin embargo, hemos de reconocer que estos inicios del siglo XXI han reportado importantes modificaciones en el rol profesional que estamos llamados a asumir los abogados.

La imagen de aquel abogado decimonónico, solo en su estudio, o como mucho acompañado de su par "simbiótico", -el escribano-, abocado a la tarea de construir aquella demanda o contestación, que por su corrección sería la base de la sentencia a dictar por el tribunal, caducó hace ya mucho tiempo.

Los jóvenes profesionales deben insertarse en equipos multidisciplinarios, estatales o empresariales, donde la clave jurídica, es tan solo una más a relevar por la institución, en el camino de obtención de sus objetivos específicos.

Simultáneamente los abogados estamos llamados a actuar, cada vez con mayor asiduidad por fuera del plano forense, colaborando en la construcción de negocios, o asesorando jurídicamente a nuestros clientes⁴².

⁴⁰ "Más aún las normas procesales uruguayas fomentan fuertemente que las partes adopten un estilo de negociación posicional en la audiencia de conciliación. Este estilo es ineficiente, tal como lo muestran las estadísticas y está profundamente arraigado en la cultura de los abogados locales (BEITLER, 2005).

⁴¹ Incluso desde la academia se ve reforzada esta desconfianza respecto de las herramientas y estrategias de autocomposición; un claro ejemplo de esto se puede encontrar en esta cita de un autor de fuste como es ALCALÁ ZAMORA quien afirma: "La autocomposición, tenga lugar antes o después de surgido el proceso, parece a primera vista, si no la mejor de las tres, sí una fórmula satisfactoria, especialmente por su economía de costo; pero con frecuencia la espontaneidad del sacrificio es solo aparente, y en realidad envuelve una capitulación del litigante de menor resistencia, e incluso cabe que la renuncia del propio interés obedezca a una errónea representación del mismo por parte de su titular, que le lleve a considerar su posición más desfavorable de lo que en verdad es. Resulta pues, que en principio, aunque luego su éxito dependa de muchos otros factores (organización judicial, y política, nivel ético de las profesiones forense, eficiencia de la legislación procesal, etc), el proceso se presenta como el medio que mayores posibilidades ofrece de aportar la solución justa y pacífica al conflicto" (ALCALÁ ZAMORA y Castillo, 1993).

⁴² "Pero también es cierto que la profesión no puede quedarse anclada en la asistencia letrada en exclusividad, de tal suerte que toda la innovación que, como los medios alternativos de resolución de los conflictos, intente complementar el sistema judicial u optimizar sus resultados, reciba como

En estos contextos, los conflictos y las negociaciones excluyen muchas veces la posibilidad o viabilidad de su jurisdiccionalización, exigiendo al abogado herramientas alternativas para su resolución⁴³.

Algo similar se reproduce en todos los niveles y ámbitos de la actuación profesional del abogado.

Así por un lado las grandes empresas se resisten, cada vez con más empeño, a someterse a la justicia de un determinado país, prefiriendo mantener los conflictos bajo su control relativo, o en el peor de los casos, accediendo al arbitraje como la herramienta más adecuada para encontrar una solución que no pudieron obtener mediante la negociación.

Por otro lado, los individuos, hombres y mujeres de nuestras sociedades, enfrentados a la perspectiva de larga duración de los procesos, y a la incertidumbre de su resultado, optan también con mayor frecuencia por resolver sus diferencias por fuera de nuestros estrados judiciales.

En este plano cobra singular importancia la dimensión familiar de la vida en sociedad, ya que en su seno nacen, se desarrollan, y a veces se resuelven, una parte importante de los conflictos actuales.

Debemos confesar que la aptitud de nuestro sistema de justicia para resolver situaciones problemáticas intrafamiliares es bastante pobre, disponiendo tan solo del

respuesta, exclusivamente la preceptividad de la asistencia por abogado. Parece más lógico -y vale manifestarlo aquí aunque no tenga con el tema de la nota más que una relación tangencial- defender, conjuntamente con el asesoramiento preceptivo, la participación de la profesión en el desarrollo mismo de los medios alternativos de resolución de conflictos. Ello es necesario, además, porque de nada valdría consagrar la asistencia letrada obligatoria en la mediación sin un cambio profundo en el enfoque de la propia formación del abogado. No es concebible una mediación (proceso flexible, informal, libre tendiente a obtener soluciones consensuadas) con una preceptividad en la asistencia letrada ejercida por quien fue formado para el proceso adversarial. Defendamos la asistencia letrada, pero formemos abogados que la comprendan, que ayuden a aplicarle adecuadamente. Ello no será posible con los actuales planes de estudio ni sin una discusión amplia y generosa del fenómeno en su totalidad" (MACHADO URIARTE, 1998).

⁴³ "Inclusive se menciona la imposibilidad de la Justicia tradicional de resolver litigios en los cuales no aparecen dos partes (aunque sean plurales), sino la colectividad toda por un lado, o aún un número indeterminado de personas, un *interés difuso* (defensa del medio ambiente, del consumidor)" (VESCOVI, 1982).

lento proceso, y su rígido producto la sentencia, para abordar la impresionante variabilidad y el vertiginoso dinamismo de estos conflictos⁴⁴.

Pero tampoco podemos dejar de considerar aquellos casos en que lo que está en juego es el acceso mismo a la justicia, no solo por los costos de la misma (algo que en nuestro país estaría relativamente bien resuelto mediante una extensa red de Defensorías de Oficio y de Consultorios Jurídicos Gratuitos), sino fundamentalmente por el tiempo y esfuerzo que demanda un proceso⁴⁵.

De este mínimo resumen se desprende que es la realidad, con sus imperativos impostergables, la que nos desafía como profesionales en la búsqueda de construir el elenco más amplio de herramientas para solucionar los conflictos.

Del conocimiento acabado que tengamos de la cantidad de medios o herramientas disponibles, de sus características y de sus virtudes y defectos, derivará nuestra idoneidad para ejercer en el foro del siglo XXI.

El desafío está planteado, vamos a por él.

⁴⁴ "Por último, lo que un abogado ve de una pareja es básicamente lo que la ley considera importante que éste vea, en lo que no está incluido quienes son o su vida, sino el que serán sujeto y objeto de su tarea de representarlos. Así, si la ley dice que es relevante que un marido beba más de la cuenta, pero que no es especialmente relevante que haya tenido que trabajar para mantener a su familia más de lo que hubiera sido su obligación, entonces el abogado de lamujer se informará con exhaustividad sobre los hábitos alcohólicos del marido, pero poco o nada sobre sus hábitos de trabajo. el escenario en el que trabaja un abogado hará algo más, despersonalizar a las partes. Intelectualmente al menos, un abogado matrimonialista sabe que su cliente y el cónyuge de su clientes son personas reales, pero no les ve, ni siquiera a los hijos de éstos, como tales. Así, cuando recomienda presentar una demanda, plantear una cuestión previa, solicitar una petición o una diligencia o hacer las mil y una cosas que él hará en representación de su cliente, nunca pesará en la balanza el efecto emocional que esto puede producir en cualquiera de las partes involucradas. De hecho, nisiquiera lo verá como una consideración a tener en cuenta. En lugar de ello, las partes y sus hijos rápidamente no serán sino personas del drama legal que su divorcio representa, peones inanimados que un abogado mueve en el tablero del ajedrez legal en que ha convertido sus vidas" (MARLOW, Lenard, 1999).

⁴⁵ "Resulta uno de los problemas fundamentales de nuestra vida contemporánea, en relación a la prestación del respectivo servicio, el del acceso a la Justicia. Diversos autores y programas se han dedicado a considerar este importante aspecto socio-jurídico, destacando las dificultades que existen -especialmente para cierta masa de población, los más desposeídos- en acceder a la Justicia y cuáles son las soluciones para resolver este importante problema que incide en la realización de una verdadera Democracia. Analizando esos aspectos se han propuesto diversas soluciones, ya sea dentro de la propia maquinaria judicial, como fuera de ella. El encuentro de fórmulas paa proceder al arreglo de las disputas fuera dela maquinaria judicial común, es un intento más para facilitar la solución de las controversias de forma más simple, efectiva, rápida y con menor costo. Puesto que todos estos problemas constituyen similares obstáculos, en especial para aquéllos carentes de recursos" (VESCOVI, 1982).

III.1). EL CONFLICTO Y LOS MEDIOS PARA SU RESOLUCIÓN POSITIVA.-

Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que la concepción que del conflicto se tiene en la actualidad, dista mucho de la que fue tradicional en otras épocas y contextos sociales.

Seguramente no nos resultará extraña la idea que “el conflicto es negativo”, que daña a los individuos y a la sociedad, y que sus consecuencias son visibles en las guerras, los enfrentamientos religiosos o étnicos, en la lucha de clases, o en la desintegración familiar.

Desde esta visión, el único camino admisible era aquel dirigido a eliminar el conflicto, empeñando todos los esfuerzos en su erradicación de la malla social.

Sin embargo, las más modernas conceptualizaciones del conflicto, lejos de ver en él un elemento negativo "per se", tienden cada vez más a percibirlo como un principio de cambio, como una presencia perenne, cuyo resultado positivo o negativo, dependerá de las vías o medios que se dispusieron para su resolución⁴⁶⁻⁴⁷.

⁴⁶ Coordinadores MORALES, J. Francisco; YUBERO, Francisco, en "El grupo y sus conflictos", Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, página 9, consultado en <http://books.google.com.uy/books?hl=es&lr=&id=pfHAI MF8Bk0C&oi=fnd&pg=PA25&dq=Morton+Deutsch+conflicto&ots=sOV2nb8wDJ&sig=SnPcXNEkYCUQw-Sh8v9ERRRiym#v=onepage&q=Morton%20Deutsch%20conflicto&f=false>; "Los grupos necesitan el desacuerdo para poder sobrevivir, de tal modo que no sólo debemos entender que los conflictos puede ser inevitables, sino pensar que se trata de un fenómeno social necesario. El conflicto no es un hecho negativo en sí mismo, ya que puede generar pautas de evolución y desarrollo y forma parte de las relaciones entre las personas y los grupos. Una sociedad sin conflictos permanecería paralizada y es, por ello, por lo que no se trata de evitar los conflictos sino manejarlos y darles un uso constructivo y positivo orientado al propio desarrollo de los grupos. Esto es así, hasta el punto de pensar que la propia supervivencia de las organizaciones va a depender de su capacidad para fomentar la divergencia, los diversos puntos de vista, la heterogeneidad y disminuir entre otras cuestiones la búsqueda de su estabilidad, es decir, promover el conflicto en los grupos y aprender a afrontarlo de manera constructiva en lugar de tratar de evitarlo".

⁴⁷ Aquí se hace necesario plantear que en nuestro medio, quienes más han propulsado y desarrollado la idea del conflicto como algo natural a la sociedad fueron los laboristas, y ello, por cuanto resulta una constatación natural del Derecho colectivo del trabajo.

Kenneth BOULDING, -uno de los más representativos autores del esfuerzo teórico iniciado a mediados de la década del 50-, procuró explicar el conflicto social mediante la llamada "Teoría del Conflicto".

Para este autor CONFLICTO es, "una situación de competencia en la que las partes están concientes de la incompatibilidad de futuras posiciones potenciales y en la que cada una de ellas desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de la otra".

Así concebido el conflicto, no solo puede adoptar distintas expresiones, sino que además atraviesa diversas etapas.

En el primer sentido, Morton DEUTSCH realizó un aporte invaluable al referir la existencia de un conflicto oculto relacionado a un conflicto manifiesto; de suerte que el conflicto manifiesto, que es abierto y explícito, incluye componentes del conflicto oculto, que si bien no es comunicado, subyace en el fondo de la situación.

Por su parte R. J. RUMMEL va a distinguir entre el conflicto latente y el real, representándose el conflicto como una proceso compuesto de 5 fases, a saber, 1) el conflicto latente, 2) la iniciación del conflicto, 3) la búsqueda de equilibrio de poder, 4) el equilibrio del poder, 5) la ruptura del equilibrio⁴⁸.

De cuanto se acaba de mencionar, se puede concluir fácilmente que la elección de las herramientas para la solución de un conflicto, guarda estrecha vinculación con la concepción que se tenga respecto del mismo.

No obstante esto, es imperativo reconocer que las aproximaciones a este tema que cambian el foco de atención de la herramienta al problema respecto del cual debía ser utilizada, son relativamente nuevas y rupturistas.

⁴⁸ Cabe consignar que 1 y 5 no son problemas o conflictos idénticos. Muy por el contrario, se trata de problemas o conflictos diferentes o distintos, por cuanto, se trata de otras situaciones o realidades. Es que, recordando a MARX y HEGEL, existe una tesis y una antítesis, que colisionan, generando una síntesis; pero ésta, a su vez, se convertirá en una nueva tesis, que encontrará una nueva antítesis; y el círculo comenzará nuevamente.

Respecto del conflicto, también podemos citar a HOBBS, MONTESQUIEV, y ROUSSEAU. También MERTON y DURKHEIM se refirieron al conflicto a través de sus teorías anómicas (anomia social).

Las causas de semejante singularidad probablemente sean muchas, pero hemos de reconocer que intuitivamente la explicación del maestro BARRIOS DE ANGELIS resulta simplemente genial. Decía el Profesor que: “los grandes maestros procesales se han ocupado poco con la mediación; quizás deslumbrados por las construcciones técnicas y simétricas del proceso civil contencioso, se ha recluso en un sombra indefinida a otros medios de solución jurídica”⁴⁹.

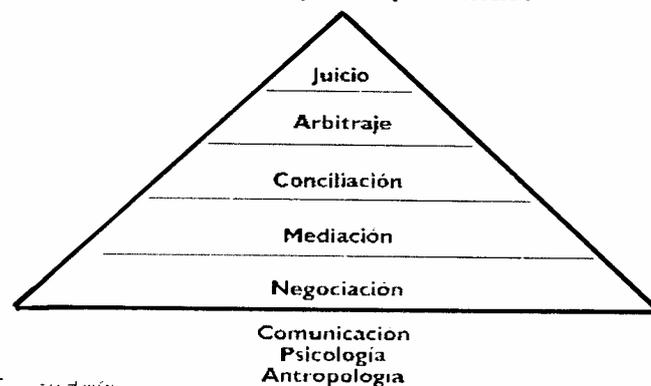
Con similar claridad se expresó el Dr. Luis A. TORELLO quien según cita de Jorge HENÓN RISSO habría expresado: “sin embargo y como manifestó al cerrar el primer curso de noviembre de 1993 el Sr. Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Luis A TORELLO la Conciliación y la Mediación no son métodos alternativos, sino que son los MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS; pues el método alternativo es el litigio que concluye con la sentencia.[2]

Como sea, superada la perplejidad inicial, hoy lo cierto es que un operador del Derecho debe conocer y saber que la trascendencia de su misión pasa en gran medida por ayudar a resolver los conflictos interpersonales, institucionales, sociales e incluso internacionales en forma positiva; que esos conflictos no son todos iguales, y que dependiendo de sus singularidades deberá recurrir a instrumentos diversos que cubren el enorme arco que va desde la autocomposición absoluta a la heterocomposición expropiatoria del conflicto.

III.1.A). Mecanismos de resolución del conflicto.-

⁴⁹ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, en Mediación y arbitraje. Un nuevo concepto de mediación y el arbitraje del MERCOSUR, RUDP N° 2/1993, FCU, Montevideo, página 306.

Los métodos de resolución de conflictos en una concepción piramidal



Esquema tomado de la obra del Dr. Jorge HENÓN RISSO⁵⁰

La representación piramidal, así como otras estilo arco, tienen la virtud de permitir una conceptualización sencilla de los diferentes instrumentos que disponemos en la actualidad para la resolución de los conflictos.

En este caso base y cúspide de la pirámide están ocupados por los extremos más alejados en cuanto a incidencia de las partes y terceros en la consecución de las soluciones.

La **negociación** puede ser entendida como “un procedimiento voluntario de resolución de problemas o tratativas entre partes en disputa, donde a menudo existe un proceso de reclamación del valor en juego y un proceso de distribución del mismo”⁵¹.

En la negociación, si bien puede haber terceros “facilitadores”, la gestión y solución de la conflictividad queda librada a las habilidades y recursos de las partes intervinientes.

En consonancia con ello, de llegarse a una solución positiva, la misma probablemente implicará un alto índice de satisfacción para todos los involucrados.

⁵⁰ HENÓN RISSO, Jorge, en “Manual de Conciliación y Mediación” FCU, Montevideo, 1995, página 17.

⁵¹ IRRIGARÍA, Carlos, en “Diversos abordajes científicos de la negociación”, Boletín de Lecturas Sociales y Económicas. UCA. FCSE. Año 6 N° 27.

Por contraposición, la inexperiencia, el desequilibrio entre las partes o incluso la incapacidad de representarse los intereses del “otro”, pueden determinar experiencias frustrantes y traumáticas en este nivel⁵².

En la **mediación**, esa misma negociación se ve pautada por un tercero cuya participación, siendo trascendente, no se enfoca en la búsqueda de soluciones, sino en el apoyo a las partes para que encuentren ellas mismas esas soluciones.

Como se ve en este caso, el tercero es realmente imprescindible en la mediación, gestionando la relación entre los sujetos enfrentados pero sin actuar directamente respecto de las causas del mismo, sino sobre aquellos destinados a superarlas⁵³.

La mediación, hay que mencionarlo, ha sido objeto de una renovada atención por parte del Poder Judicial, luego de haber padecido por aproximadamente dos décadas, una mirada desconfiada y reactiva por parte de la mayoría de los operadores jurídicos. Es así que mediante acordada 7654 y modificativas, la Suprema Corte de Justicia asignó a los Jueces de Paz y a los Jueces de Paz Adscriptos, no solo la clásica función de conciliación, sino también la novedosa de la mediación. Ese cometido, hasta el momento era llevado adelante solo por los Centros de Mediación en Montevideo,

⁵² URY, William, en “Supere el No”, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 1993, página 4: “Todos negociamos a diario. La mayor parte de nuestro tiempo lo pasamos tratando de llegar a un acuerdo con otros. Tal vez tratemos de negociar con espíritu de cooperación, pero con frecuencia quedamos frustrados. Nosotros queremos llegar al sí, pero a menudo la respuesta que nos dan es NO”.

⁵³ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Fidel, en Conferencia “Actualidad y retos en la mediación social intercultural” (http://www.ayto-alcaladehenares.es/docs/asuntos_sociales/FIDEL%20HERNANDEZ.pdf). La mediación ha sido definida por diferentes autores en los que hay un consenso conceptual de los elementos fundamentales que componen esta disciplina. Alguna de estas definiciones son:

“La mediación es un lugar intermedio que hace **nuevas relaciones**, o un lugar abierto para evitar los escollos, o un lugar dinámico que permite una **regulación de las tensiones** y de los conflictos. La mediación es un espacio de comunicación” (Carta de la Mediación del Centre National de la Mediation).

“La mediación es la **acción realizada por un tercero** entre dos personas o grupos de personas, que consienten libremente y participan y a quienes **corresponderá la decisión final**, destinada a hacer nacer o renacer entre ellos unas **relaciones nuevas** o evitar o sanar unas relaciones perturbadas” (SIX, J.F.).

“La mediación es un **proceso** entre personas o empresas o sectores en conflicto, proporcionándoles ayuda a ellos mismos para que **negocien directamente** y les den una solución al conflicto en forma tal de que las partes se sientan **mutuamente satisfechas** y si es el caso, puedan seguir llevando relaciones comerciales, sociales o de parentalidad compartida según los casos” (Daniel J. USTELO).

mediante funcionarios sin calidad de Magistrados, y por el solitario proyecto piloto de Rincón de la Bolsa en el Departamento de San José.

Por supuesto que nada impediría que la mediación fuera llevada adelante por instituciones y sujetos absolutamente desvinculados del Poder Judicial. Esta práctica que es muy común en otras sociedades, entre nosotros no ha recibido mayor acogida.

En oposición a lo anterior, en la **conciliación** existe una clara y evidente captura por parte del sistema judicial del conflicto interpartes, adjudicándole una estructura procesal autónoma, amén de habilitarla y propiciarla en la casi totalidad de las estructuras procesales admitidas en nuestro ordenamiento.

Como se puede apreciar, el término conciliación es sustancialmente anfibológico, refiriendo tanto a los esfuerzos tendientes a que las partes solucionen un litigio presente o eventual, como al proceso o etapa procesal que le sirve de marco.

Semejante ambigüedad lingüística determina no pocos problemas, siendo tal vez el más importante aquel generado por la ficción de considerar que la atención y estudio puesto en la estructura, implica conocimiento y preocupación por el contenido.

Expliquémonos.

Según el Profesor Enrique TARIGO y como excelente ejemplo de la primera de las acepciones, CONCILIACIÓN sería: “aquel proceso preliminar, de conocimiento, por el que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior, también de conocimiento o de cognición, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes”⁵⁴.

Pero ocurre que llamamos también conciliación a ese arreglo o avenencia que se gesta entre las partes en el marco de dicho proceso o etapa procesal. Así lo expresa por ejemplo la Dra. Mariela SALVIA cuando expresa: “Conciliación, en su acepción etimológica significa componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí, avenir sus voluntades respecto de puntos en disidencia”⁵⁵.

⁵⁴ TARIGO, Enrique, en “Lecciones de Derecho Procesal Civil” FCU, Montevideo, 1998, Tomo II, página 323.

⁵⁵ SALVIA, Mariela, en “La conciliación en el Código General del Proceso” RUDP 4/1991, FCU, Montevideo, página 474.

Algo similar en contenido pero diverso en cuanto terminología sostiene Jorge HENÓN RISSO cuando afirma: “La conciliación en general es un intento para llegar a un entendimiento entre las partes que tienen un litigio, que signifique un acuerdo razonable. Y que excluya el conflicto por una Transacción en que, como este contrato lo indica, significa que los contrayentes se hacen recíprocas concesiones. (Según esta idea, entonces, la conciliación es el marco, la transacción su contenido)”⁵⁶.

Y así con la conciliación nos despedimos del último atisbo de autocomposición. A partir de este nivel de la pirámide propuesta, la solución del conflicto dejará ser patrimonio de las partes para ser de dominio de un tercero, designado ad-hoc u órgano del sistema judicial.

En el **arbitraje**, es esa naturaleza privada y no permanente del decisor la nota diferenciadora respecto del proceso judicial. Será en este aspecto y en poco más sobre lo que acordarán las partes, en un claro ejemplo de alternativa igualmente heterocompositiva al sistema estatal de justicia.

A este respecto sostiene GIUFFRA⁵⁷: “El proceso arbitral es un instrumento para la solución pacífica de los conflictos intersubjetivos de intereses y constituye pues, un sistema de heterocomposición, en tanto la solución del conflicto no se obtiene a través de un acuerdo de voluntades de los adversarios, sino que es impuesta por la decisión de un tercero imparcial que, fallando según equidad o actuando el Derecho objetivo y siguiendo un procedimiento previamente diseñado por las partes o en su defecto por la ley, dicta una declaración de certeza que contiene un mandato. Tanto el proceso arbitral como el proceso por antonomasia que es el judicial, son medios para resolver conflictos de intereses de carácter jurídico, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, pero a diferencia de este último, en el primero interviene un sujeto privado nombrado por las partes, por un tercero o en su defecto por el tribunal judicial, razón por la cual se denomina al arbitraje como el proceso con órgano jurisdiccional privado”.

⁵⁶ Henón Risso, Jorge, en “Manual de Conciliación y Mediación” FCU, Montevideo, 1995, página 13.

⁵⁷ GIUFFRA, Carolina: “Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso” FCU, Montevideo, 2007, página 9.

Por último el **juicio o proceso**, donde lo único que sustancialmente aportan las partes son los argumentos justificativos de los intereses contrapuestos, dejando en manos del órgano Magistrado la resolución del conflicto, solución a la que arriba mediante reglas que tanto en lo sustancial como en lo procedimental le vienen impuestas por el Estado. De hecho en el proceso no sólo se resuelven intereses individuales, sino que mediante esta herramienta también se cumplen fines estatales.

Esta complejidad del proceso fue descrita con gran acierto por el Prof. Enrique VESCOVI⁵⁸, cuando trabajando estos puntos desarrolló: “La tercera forma de composición es el proceso, que es la forma jurisdiccional de la solución de conflictos de intereses. En efecto, como dijimos, el Estado expropia la función sancionatoria. Debe entonces, en sustitución de los particulares, organizar un mecanismo necesario para resolver los conflictos y sancionar. Si prohíbe la realización de la justicia por mano propia, debe ofrecer su propia justicia. Es decir que, en el campo jurídico, el Estado no cumple solamente con la producción y el reconocimiento de las normas jurídicas, pues los individuos pueden desconocer los mandatos de éstas y no siendo posible la paz social y la convivencia sin la obediencia a ellos, se ve constreñido a integrar la función normativa con otra, de segundo grado, o complementaria. Esta función, continuadora de la normativa, que tiene por objeto la conservación del Orden Jurídico cuando éste es desconocido y el particular reclaman protección es la función jurisdiccional. El medio para realizar dicha función jurisdiccional es el proceso y las normas que lo regulan, el derecho procesal. Es decir que el Estado al prohibir la autodefensa y reconocer la excepcionalidad de la autocomposición, otorga a través de sus órganos la tutela jurídica a las partes, por intermedio del proceso”.

III.1.B). El redescubrimiento del potencial de la autocomposición.-

Las postrimerías del siglo XX y los comienzos de la presente centuria fueron, posmodernismo mediante, una etapa de redescubrimiento de prácticas populares,

⁵⁸ VESCOVI, Enrique, en “Derecho Procesal Civil” Ed. Idea, Montevideo, 1974, Tomo I, páginas 12-13.

ancestrales, tradicionales, revalorizadas en su contraposición al saber institucionalmente validado.

El mundo, vertiginosamente globalizado por imperio de la economía, y sobre el soporte de las nuevas tecnologías de la comunicación, forzó a su vez un intercambio nunca antes visto entre tradiciones culturales de los más diversos orígenes.

De esta suerte, prácticas cotidianas en occidente, pero que académicamente eran subestimadas, fueron revalorizadas en la observación de su éxito en las sociedades orientales.

En este marco los juristas fuimos descubriendo que a un mismo tiempo, y junto al proceso y su increíble desarrollo dogmático, legislativo y jurisprudencial, existían otras formas, ricas, vitales, desarrollables y sistematizables de componer positivamente los conflictos que nacían en la sociedad. Ergo, que el proceso, la forma suprema de resolver los conflictos en una sociedad civilizada, veía su hegemonía cuestionada por formas más “naturales” de solucionarlos.

Desde la invocación al confucianismo y su afición por el armonía universal (armonía que se veía alterada por el conflicto)⁵⁹, al universo de las sociedades indígenas donde el sistema de relaciones pretende preservar el equilibrio en la relación del individuo con la naturaleza (equilibrio afectado por el conflicto interpersonal en el seno de estos grupos)⁶⁰, por donde quiera parecían brotar modelos mejores al utilizado

⁵⁹ Para CONFUCIO, en toda sociedad tienen que existir buenas y armónicas relaciones entre: gobernante/súbdito; marido/mujer; padre/hijo; maestro/discípulo; y entre amigos. Las obligaciones en estas relaciones están siempre equilibradas y si alguien tiene que obedecer a su superior también puede alertarle cuando éste se equivoca. Una sociedad próspera sólo se conseguirá si se mantienen estas relaciones en plena armonía.

⁶⁰ [13] BAIRÉ, Cletus Gregor, en “*Derecho Indígena y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*” (<http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1468/1/09.%20Art%C3%ADculo.%20Derecho%20Ind%C3%ADgena%20y%20medios%20alternativos%20de%20resoluci%C3%B3n%20de%20conflictos.%20Cletus%20Gregor%20Bari%C3%A9.pdf>) “El derecho indígena se fundamenta en una filosofía o religión de la dualidad armónica: así como el sol (hombre-padre) y la luna (mujer-madre) se complementan y se unen, sin perder su diferencia y particularidad. Estos principios de equilibrio, interrelación y armonía entre hombre, naturaleza y sociedad se aplican también en las relaciones sociales. El conflicto entre personas causa, precisamente, un desequilibrio, una ruptura en estas relaciones. La justicia indígena busca entonces restablecer la armonía perdida. El inculcado, el denunciante, la autoridad y la comunidad juegan un rol importante en la restauración de este equilibrio. La autoridad indígena que desempeña el papel de conciliador o árbitro tiene que cumplir una serie de características: honestidad, imparcialidad, sabiduría legitimidad y reconocimiento moral, habilidades sociales y comunicativas, y el manejo de técnicas de persuasión y conciliación.

por el occidente asfixiado por la retórica judicial y olvidado de las virtudes de estos saberes atávicos.

Obviamente las patologías, que padecían y padecen los sistemas judiciales en nuestros países, simplemente funcionaron como “reforzadores” de la idea cada vez más extendida sobre la superioridad de estas prácticas o concepciones.

Abonaron esta percepción la congestión de los juzgados, la lentitud de los procesos, la incertidumbre y a veces arbitrariedad del resultado, así como la insatisfacción sustancial pertinaz que solía acompañar la supuesta resolución mediante una sentencia judicial.

La judicialización de los conflictos familiares demostró las profundas ineficiencias del sistema para comprender y actuar ante la dinámica de estas problemáticas, la complejidad étnica y cultural de las sociedades, amén de su obscena e impúdica desigualdad, las convirtieron rápidamente en incubadoras de combates, choques y colisiones tanto individuales como grupales para los que el proceso casi ninguna respuesta podía dar.

La mediación familiar por el contrario vino a demostrar que la familia, como institución básica de nuestra sociedad, apoyada y bien asesorada podía trabajar y solucionar su conflictividad sin necesidad de apostar a la disolución formal de sus vínculos.

Por su parte la mediación intercultural, aunque joven, permitió abonar la tesis que la diversidad, lejos de ser necesariamente un problema, podía ser un elemento dinamizador, factor de cambio y progreso para nuestras sociedades⁶¹.

Bajo la guía de la autoridad, el culpable asume la responsabilidad, pide perdón, admite la verdad (respetando la obligación de no mentir, ama llulla), y restituye el daño causado -con lo que él (y su familia que está indirectamente involucrada) queda rehabilitado-. Finalmente se restablece la armonía entre el denunciante y el infractor. El objetivo del juzgamiento no está en la sanción sino en la restauración de la armonía”.

⁶¹ SALES SALVADOR, Dora, en *Panorama de la Mediación Intercultural* (<http://accurapid.com/journal/31mediacion.htm>) “Entendemos la Mediación Intercultural -o mediación social en contextos pluriétnicos o multiculturales- como una modalidad de intervención de terceras partes, en y sobre situaciones sociales de multiculturalidad significativa, orientada hacia la consecución del reconocimiento del Otro y el acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferenciados. A grandes rasgos, se habla de mediación cuando la comunicación entre dos partes no puede llevarse a cabo sin el puente de una tercera persona. Aquí nos conviene dejar claro que el ámbito de mediación que nos interesa se refiere al que se produce en los "contextos pluriétnicos o multiculturales" de los que habla GIMÉNEZ ROMERO, generalmente como consecuencia de la llegada de inmigrantes, lo que implica la mayor parte de las veces la presencia de varias lenguas, sistemas de valores y modelos

III.1.C). La academia y sus nuevas construcciones teóricas sobre herramientas facilitadoras de la autocomposición.-

MODELOS DE MEDIACIÓN⁶²

En Estados Unidos se diferencian tres líneas de pensamiento con distintas epistemologías, que dan lugar a distintos modelos de mediación:

Modelo Tradicional - lineal (Harvard).

Modelo Transformativo (Bush -Folger).

Modelo Circular Narrativo (Sara Cobb).

MODELO TRADICIONAL.

Su fundamentación:

*Comunicación: es entendida en el sentido lineal. Consiste en dos individuos que se comunican cada uno expresa su "contenido" y el otro "escucha" el contenido, o no lo hace. La función del mediador es ser un facilitador de la comunicación para poder lograr un diálogo que es entendido como una comunicación bilateral efectiva. Está centrada en lo verbal.

Su método:

* La aireación del conflicto por las partes: Se considera muy importante que puedan expresarse en el comienzo del proceso, dejando salir todas sus emociones, como si fuera

comunicativos”.

⁶² Resumen del capítulo de *Modelos de Mediación* de IDACHKIN Patricia Mónica, en “*Los conflictos en la mediación escolar*” (<http://www.monografias.com/trabajos47/mediacion-escolar/mediacion-escolar.shtml>).

un efecto de [catarsis](#), y se cree que de esta forma se evitará que las emociones entorpezcan más adelante el proceso.

Su meta:

- * Lograr el acuerdo.
- * Disminuir las diferencias entre las partes.
- * Aumentar las semejanzas, los valores y los intereses.

Se han criticado estos acuerdos logrados por este modelo diciendo que en realidad son un no- acuerdo, ya que en muchos casos las partes se comprometen a dejar de hacer algo que estaban haciendo pero no se produce ningún cambio en la relación, y al no modificar la "pauta interaccional", no se puede saber hasta cuándo durará el acuerdo.

Síntesis: El Modelo Tradicional está centrado en el acuerdo, y no toma en cuenta las relaciones entre las partes, no intenta modificar la relación entre ellas.

EL MODELO TRANSFORMATIVO DE BUSH Y FOLGER.

Su fundamentación:

- * Comunicación: parte de los nuevos modelos comunicacionales, prestando atención al aspecto relacional. Es un modelo que se centra en lo relacional.
- * Causalidad circular: se incorporan los paradigmas circulares.

Su método.

*Trabaja para lograr el empowerment (empoderamiento), como potenciador del protagonismo y el reconocimiento del otro como parte del conflicto, el reconocimiento del co-protagonismo del otro. Utiliza las preguntas circulares.

Su meta:

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

*Modificar la relación entre las partes. No importa si llegan a un acuerdo o no. No se centra en la resolución del conflicto sino en la transformación relacional.

Síntesis: Es lo opuesto al Modelo tradicional porque no se centra en el logro del acuerdo y sí se centra en la transformación de las relaciones.

EI MODELO CIRCULAR- NARRATIVO (SARA COBB).

Su fundamentación:

* Comunicación: Circular. La comunicación es entendida como un todo en el cual dos o más personas y el mensaje que se transmite. Incluye los elementos verbales "comunicación digital", que tienen que ver con el contenido, y los elementos para-verbales (corporales, gestuales, etc.)

"Comunicación analógica", que tiene que ver con las relaciones. Al tomar la relación como un todo las partes "no pueden no comunicarse".

* Causalidad circular: No hay una causa única que produzca un determinado resultado, sino que existe una causalidad de tipo circular, que permanentemente se retroalimenta.

Su método.

* Aumentar las diferencias permitiendo que se manifiesten y aumenten hasta un determinado punto. A diferencia del Modelo Tradicional, considera que la gente llega a la Mediación en una situación de "orden", con lo que se flexibiliza el modelo.

* Legitimar a las personas: construcción para que cada una de las personas del lugar legítimo dentro de la situación. En todo conflicto, todos quieren tener razón.

* Cambiar el significado: éste es un arduo trabajo, El mediador debe construir una historia alternativa, que permita ver al "problema" por todas las partes desde otro ángulo.

* Creación de contextos: en todos los casos de mediación el establecimiento del contexto es importante.

Su meta:

- * Fomentar la reflexión y no la aireación de las historias.
- * Cambiar el significado.
- * Transformar la historia que traen a la sesión.
- * Lograr un acuerdo, aunque ésta no es la meta fundamental.

Síntesis: este modelo está interesado en las relaciones y en el acuerdo.

III.2). EL ORDEN JURÍDICO URUGUAYO Y LA AUTOCOMPOSICIÓN DE CONFLICTOS: el mandato constitucional y legal (conciliación previa).-

Afirmar que la “conciliación”, considerada en su acepción de proceso preliminar, es un antecedente necesario de la gran mayoría de los procesos civiles, no pasa de ser una obviedad a la luz del clarísimo texto del art. 255 de la Constitución⁶³.

Conteste con esto, además así lo consigna la unanimidad de la doctrina que se ha ocupado del tema⁶⁴, sin perjuicio de las clasificaciones que de sus diversas variantes realice⁶⁵.

Para comprender tan poco frecuente unanimidad es interesante recordar, que el instituto de la conciliación ha formado parte de nuestro ordenamiento jurídico aún antes de la existencia misma del Estado oriental.

Ya en la época de la colonia, y por aplicación de la normativa de la corona española, la conciliación era prevista y utilizada para resolver en forma expedita y

⁶³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA; **Artículo 255:** No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley.

⁶⁴ TARIGO, Enrique, 1998, página 326 y ABAL, Alejandro, 1989, página 53.

⁶⁵ "Dentro de nuestro ordenamiento positivo, la conciliación previa está prevista en tres (3) grandes modalidades, siempre en función del proceso al que preceden. Así tendremos la Conciliación Judicial, de regla general previa a todos los procesos judiciales de naturaleza civil, la Conciliación Administrativa previa a los procesos laborales y por último la Conciliación Arbitral de estricta aplicación a estos últimos procesos." ABAL, Alejandro, 2000.

rápida, conflictos que de otra manera podían pasar años pendientes, a la espera de un pronunciamiento de las autoridades de la metrópoli⁶⁶.

Determinada de esta suerte la regla que establece su obligatoriedad⁶⁷, será competencia del legislador establecer tanto las excepciones, como la estructura que adoptará dicho proceso.

Huelga mencionar que el legislador cumplió con su carga mediante las disposiciones del Código General del Proceso y las leyes 16995 y 18572, normas a las que dedicaremos gran parte de este capítulo.

III.2.A). Naturaleza del proceso conciliatorio.-

Muchos podrían preguntarse sobre la utilidad de incorporar a un Manual de Técnica Forense, una polémica como la desarrollada entre los procesalistas sobre la naturaleza voluntaria o contenciosa del proceso de conciliación.

A nuestro criterio, el plantearse la cuestión del mérito equivale a resolverla, ya que de la posición que adopten a este respecto los operadores jurídicos, y fundamentalmente los jueces, dependerá en gran medida el interés con que la aborden los abogados en el foro y por ende las partes por ellos patrocinadas.

⁶⁶ "Es natural que la Justicia conciliatoria tuviera gran desarrollo durante la Colonia, en que los pleitos duraban muchísimo tiempo y los plazos en lugar de contarse por días, se contaban por semanas, meses, y años, y las instancias se multiplicaban, llegando a admitir recursos de los tribunales de la Colonia ante los de la Metrópoli, debiendo elevarse todos los expedientes a España. (...) Esta institución fue recogida por muchos de los códigos latinoamericanos originales y tuvo una eficaz aplicación, aunque como ha sucedido en Europa, empieza a deteriorarse por diversos factores en los últimos tiempos (...) e inclusive en Uruguay, aparece como un requisito constitucional(...)" (VESCOVI, 1982, páginas 176-177).

⁶⁷ "En nuestro derecho, la conciliación no constituye un poder jurídico. La parte no tiene libertad para provocar o no la conciliación, como en el Código Italiano. Tiene el deber de provocarla, toda vez que un texto especial no la releve de ese deber" (COUTURE, 1944).

A favor de la naturaleza voluntaria de la conciliación previa se han pronunciado, entre otros, autores de la talla de Adolfo GELSI BIDART y Niceto ALCALÁ ZAMORA⁶⁸.

Sin embargo no parece esta ser la posición predominante, argumentando en pos de la naturaleza contenciosa de la conciliación, Dante BARRIOS DE ANGELIS, Alejandro ABAL, Enrique TARIGO, Angel Landoni, Daniel BRUNO, entre otros.

De la enorme producción científica de estos autores, hemos rescatado una cita del Prof. BARRIOS DE ANGELIS que por su claridad nos exime de mayores explicaciones sobre la tesis por ellos sostenida.

El citado autor expresaba⁶⁹: “En nuestro concepto, y según las bases de la jurisdicción contenciosa, el procedimiento de conciliación no sólo es proceso sino proceso de jurisdicción contenciosa. El primer argumento tiene que ser de texto: a) se incluye entre los procesos preliminares; b) se excluye de los procesos voluntarios; c) produce cosa juzgada. El segundo argumento es sistemático; el objeto de la conciliación es un objeto contencioso, con sujetos partes propios de lo contencioso, titulares de las situaciones jurídicas correspondientes.”

III.2.B). Competencia de los tribunales.-

La norma básica a este respecto fue establecida por el art. 255 de la Constitución, al encomendar la competencia “conciliatoria” a los juzgados de Paz.

Ahora bien, una asignación competencial tan amplia poco nos ayuda para determinar específicamente el Juzgado de Paz al cual debemos concurrir frente a un caso concreto; y la explicación de este fenómeno es simple, como bien sabemos la

⁶⁸ "Dentro de la jurisdicción voluntaria ha de incluirse la conciliación y, por consiguiente, de ser un juez quien la dirija, lo será asimismo en la antes anotada acepción orgánica impropia."(ALCALÁ ZAMORA, 1974, página 274).

⁶⁹ BARRIOS DE ANGELIS, ob. cit., 1990, página 43.

jurisdicción de paz es la más populosa y ampliamente distribuida de toda la estructura del Poder Judicial.⁷⁰

A este respecto las soluciones propuestas son fundamentalmente dos, una primera que sostiene que el punto se debe resolver en virtud de las reglas generales de competencia (arts 15 a 34 de la L.O.T.), y la segunda que defiende la tesis de que existe una regla especial de competencia para la conciliación previa.

Militando a favor de la primera nos encontramos, entre otros a TARIGO ⁷¹, quien sostenía lo siguiente: “El CPC establecía, en su art. 265, la competencia de los Jueces de Paz del lugar del domicilio del demandado. El CGP no lo ha previsto de modo expreso, pero cabe arribar a otra conclusión a tenor de lo dispuesto por el art. 293,2 que ya hemos examinado. De allí se infiere, sin dificultad, que el tribunal competente es el Juzgado de Paz -del lugar del juicio-, esto es, del futuro proceso principal; lugar que podrá coincidir o no con el del domicilio del demandado, (...)”.

En cambio para BRUNO y GIURIA⁷²: “(...) el Juzgado competente para entender en la conciliación previa, es el Juzgado de Paz del domicilio en que deba ser emplazado el demandado conforme al derecho sustancial y procesal aplicable al caso concreto”.

Ahora bien, es necesario advertir que ninguna de estas soluciones es aplicable al Departamento de Montevideo.

En su momento la Ley 16.995 habilitó a la Suprema Corte de Justicia a crear Juzgados con competencia exclusiva en materia de conciliación⁷³. La referida

⁷⁰ Este tema previo al CGP estaba expresamente resuelto por el art. 265 del CPC que establecía: "Todo Juez de Paz del donde reside el demandado, es competente para los juicios conciliatorios".

⁷¹ TARIGO, Enrique, ob.cit., 1998, página 328.

⁷² BRUNO, Daniel y GIURIA, Carlos, ob. cit, 1998, página 36.

⁷³ Ley 16.995 Artículo 4º.- Facúltase a la Suprema Corte de Justicia a realizar las transformaciones necesarias para el establecimiento de Juzgados con competencia exclusiva en materia conciliatoria, determinando el número y categoría que estime pertinentes, así como los demás aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de tales Juzgados.

corporación ejerció dichas facultades mediante la Acordada 7446, creando en Montevideo cuatro Juzgados de Conciliación, que comenzaron a funcionar en Febrero de 2002.

Desde esa fecha, los Juzgados de Paz Departamentales de la Capital dejaron de tener competencia respecto de las nuevas Conciliaciones, correspondiendo a la ORDA la determinación del Juzgado de Conciliación competente ante cada caso.

Un elemento importante a tener en cuenta en relación a la determinación de la competencia en materia conciliatoria, es que por imperio del art. 3º de la Ley 16.995 no se admite prórroga territorial de la misma⁷⁴.

Otro tema a considerar es el de la identificación del juzgado competente territorialmente cuando son varios los juzgados competentes y se debe recurrir al criterio temporal. Actualmente esta circunstancia sólo parece posible cuando los competentes son los Juzgados de Paz Departamentales del Interior.

Tal vez pueda resultar discutible el punto, pero a nuestro criterio la competencia corresponderá al Juzgado de Paz Departamental que se encuentre de turno al momento de la presentación de la solicitud de conciliación, de acuerdo a lo dispuesto por las Ac. 7312, 7366, 7420 entre otras.

No hemos olvidado, pero le hemos quitado trascendencia genérica al régimen de la Ac.7669, que establece la “facultad” de los Jueces de Paz en cuya circunscripción exista un Juez de Paz Adscripto, de delegar en los mismos la materia conciliatoria. Semejante discrecionalidad impide que se pueda estructurar un régimen general sobre esa base, bastando mencionar que en las sedes en que el Juez de Paz así lo determine y mientras permanezca a cargo de la misma y no sea reemplazado por otro magistrado con criterio distinto, el Juez de Paz Adscripto al Registro de Estado Civil de la sede podrá tener competencia en materia conciliatoria.

⁷⁴ Ley 16,995 Artículo 3º.- La prórroga de competencia en razón de territorio no será admisible respecto de la conciliación previa, debiendo practicarse la citación, en su caso, en el domicilio real, legal o contractual del futuro demandado, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 293.2 del Código General del Proceso.

III.2.C). Procedencia del Proceso Preliminar de Conciliación.-

Aunque sea una afirmación de perogrullo, debemos recordar que la Conciliación como procedimiento está teleológicamente dirigida a la obtención de la Conciliación como acuerdo o transacción.

De esta suerte, siempre que profesionalmente consideremos que su tramitación conformará un ámbito favorable a la obtención de soluciones autocompositivas a un problema, podremos hacer uso de esta herramienta procesal.

No importará a este respecto que estemos ante una situación excluida de la exigencia del requisito constitucional, sólo importará que técnicamente consideremos posible y positivo generar dicha instancia de negociación con nuestra contraparte⁷⁵.

Dejando de lado esta hipótesis de evaluación metanormativa, tal y como hemos ya dicho, el art. 255 de la Constitución preceptúa que el requisito de conciliación previa rige exclusivamente para los Juicios Civiles.

Quedan así excluidos una importante cantidad de procesos NO civiles, entre los que claramente se ubican: los juicios penales, aduaneros, electorales y contencioso anulatorios.

Si cambiando el ángulo de análisis ingresamos al campo de los Procesos Civiles, nos encontraremos con los arts. 293 y 294 del CGP, normas que en forma casuística, y no siempre técnicamente correcta, nos definirán las situaciones en que aún tratándose de Juicios Civiles no debemos tentar la Conciliación.

III.2.D). Excepciones vinculadas a la identidad y/o el domicilio del futuro demandado.-

⁷⁵ Si bien es dable pronosticar que en un futuro no muy lejano los colegas recurrirán mayoritariamente a la Mediación en desmedro de la Conciliación, la reticencia actual de muchos operadores puede volver aconsejable intentar una conciliación cuando la negociación directa ha fracasado pero se mantienen expectativas sobre la voluntad y posibilidad de arribar a un acuerdo transaccional.

El art. 293.2 del CGP establece que se prescindirá de la Conciliación Previa siempre y cuando el futuro demandado sea persona desconocida, o el actor ignore su domicilio, o el mismo se hallare fuera del departamento correspondiente al juzgado competente para entender en el juicio principal.

Las primeras dos hipótesis son de una claridad meridiana. Si el proceso tiene como finalidad la exclusión mediante acuerdo del proceso posterior, la circunstancias de no conocer la identidad de la contraparte, o donde emplazarlo y/o citarlo, privan al proceso conciliatorio de todo sentido. Es que como indica el sentido común, para construir acuerdos con alguien, primero y ante todo tengo que conocer quién es el otro, y además dónde lo puedo ubicar para noticiarlo de la promoción de esta instancia negociadora.

La tercera de las hipótesis, en un intento por superar la antigua mención al “lugar del juicio” que contenía el art. 293 originario, creemos que no hizo sino agudizar los problemas prácticos. Piénsese que por ejemplo la zona de influencia metropolitana de Montevideo abarca al menos 2 departamentos más (San José y Canelones) y una población de cientos de miles de personas.

Hoy estas comunidades políticamente independientes se han fusionado en una sola, no siendo coherente establecer que quien vive en Ciudad de la Costa no debe ser citado a conciliación en Montevideo, pero quien vive en el Chuy si pueda serlo en la Ciudad de Rocha, distante 140 Km de su domicilio.

III.2.E). Excepciones previstas por el legislador.-

Respecto del art. 294 del CGP (anterior a la ley 19.090), debemos anotar que contenía un popurrí de excepciones carente de toda lógica sistematizable, por lo que no nos detendremos en ello. Por otro lado, actualmente carece de relevancia por haber sido eliminada la casuística mencionada por la ley 19.090.

La ley 19.090, vino a retomar el camino de la buena técnica legislativa y jurídica, eliminando la casuística y estableciendo en su lugar y con absoluta claridad que se trata de un requisito preceptivo previo a la iniciación de cualquier proceso (artículo 293 CGP), para luego establecer las excepciones (artículo 294 del CGP). Entones, luego de entrada en vigencia la ley 19.090, para saber si procede o no la conciliación previa, deberemos prestar atención a la estructura procesal de la acción o pretensión que vayamos a iniciar o accionar.

Así, el artículo 293 del CGP (en la redacción dada por la ley 19.090), establece: (Regla general). Preceptividad.-

293.1 Antes de iniciar cualquier proceso deberá pedirse audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado el que será citado en su domicilio (artículos 24 a 38 del Código Civil).

Será competente el Juzgado de Paz o el Juzgado de Conciliación del territorio jurisdiccional del domicilio del futuro demandado.

293.2 Si el actor ignorare el domicilio del demandado o se tratare de persona desconocida, se prescindirá de la conciliación previa. Tampoco procederá la conciliación previa cuando el demandado se domiciliare fuera del departamento correspondiente al tribunal competente para conocer del juicio.

Y por su parte, el artículo 294 del CGP (en la redacción dada por la ley 19.090), establece las excepciones en los siguientes términos: (Excepciones).- Se exceptúan de la conciliación previa:

- 1) Los procesos que no se tramiten por la vía contenciosa ordinaria (artículos 337 a 345).
- 2) Los casos en que se pida una medida preparatoria o se inserte una nueva pretensión en un proceso pendiente o en los que interviene un tercero espontánea o provocadamente.
- 3) Los procesos correspondientes a las materias de familia, arrendaticia y laboral. En este último caso la conciliación se tentará en vía administrativa de acuerdo con lo dispuesto por las normas correspondientes.

- 4) Los procesos en que se ejercitan pretensiones anulatorias de actos de personas públicas no estatales.
- 5) Los procesos en que la ley expresamente la excluye.

Nos permitiremos cerrar este capítulo, pues, indicando que en materia de familia, los mecanismos de autocomposición son plenamente aplicables y recomendables. Muchas veces podrá accederse a (colaborar en) dar solución a un problema social, sin necesidad de judicializarlo, ni judicializar a la familia.

Pero por otro lado, una constatación debe quedar firme: los asuntos de familia que requieran ser judicializados, están exceptuados del requisito de la conciliación previa (artículo 294 numeral 3 del CGP).

Capítulo IV:

Visitas.-

Visitas, es tanto como mantener el contacto físico-personal con otros. Las vistas son un derecho plurisubjetivo; son un derecho del menor, pero también de todos los adultos que mantienen o mantuvieron lazos de afecto (vínculos afectivos) estables. Cuando se trate de los familiares del menor, por tales deben ser entendidos tanto los ascendentes como los laterales. A su vez, son los adultos quienes deben permitir y garantizar la efectividad del ejercicio del derecho de visitas de los menores.

No puede obviarse que además de los artículos 38 a 44, que refieren expresamente al tópico visitas, son de aplicación los artículo 2, 3, 7, 8, 9, 11, 12, 14, y 16 del CNA.

El artículo 44 del CNA, establece una remisión expresa a los artículo 346, 347, 349 y 350 del CGP, estableciendo que las pretensiones de regímenes de visitas se tramitarán por procesos de estructura extraordinaria, estableciendo que el juez competente es el del domicilio del menor involucrado.

Cae de suyo, que si estamos hablando de reclamaciones judiciales es porque las partes no han podido llegar a un acuerdo extrajudicial, así como que además, estamos ante el hecho de un tenedor (del menor) que no posibilita el contacto de éste con otros familiares, sea porque directamente no las permite, o porque las obstaculiza..

Como toda pretensión, la de visitas comenzará por el acto de proposición, ergo, por una demanda. Esa demanda deberá contar con todos los requisitos de cualquier

demanda, a saber: suma⁷⁶, invocación⁷⁷, comparecencia⁷⁸, exordio⁷⁹, hechos⁸⁰, prueba⁸¹, derecho⁸², petitorio⁸³, y otrosíes⁸⁴.

La demanda de régimen de visitas debe promoverse ante el juez letrado de primera instancia con competencia en materia de familia, según sea el domicilio del menor involucrado. Este magistrado será quien entienda en todo asunto relacionado al régimen de visitas (actual y a futuro; pues por el instituto de la prevención, será quien entienda por

⁷⁶ La suma supone ser una enunciación reducida a su máxima expresión, que hace referencia a la temática a abordarse en el escrito forense. De esta forma, se trata de unas pocas palabras que indican la temática a abordarse. Por ejemplo: Reclama diferencias salariales; Citación a conciliación; Reclama daños y perjuicios; Evacua traslado; Cumple con el Decreto X; Evacua vista; Presenta liquidación; Presenta publicaciones; Prescripción adquisitiva (o extintiva); Desalojo; Desalojo por vencimiento del plazo; Desalojo por falta de pago; Incumplimiento contractual; Responsabilidad extracontractual; etc.

⁷⁷ En la invocación, se coloca la mención a la autoridad judicial a la que el escrito va dirigido.

⁷⁸ En la comparecencia, debe colocarse la individualización concreta de los comparecientes (nombre completo, documento identificador, domicilio real, domicilio electrónico y domicilio procesal); además, excepto en el escrito de demanda, se individualiza el expediente (autos caratulados) y el número (IUE) del mismo.

⁷⁹ El exordio supone ser una mención abreviada de aquello por lo cual se presenta la parte en la sede judicial. Se trata de explicitar en pocas palabras qué es lo que se pretenderá, incoará o solicitará.

⁸⁰ Se trata del primer capítulo importante del escrito. Está reservado a los efectos de la explicitación detallada de todos los extremos fácticos y jurídicos que habrá de utilizar el compareciente. Aquí, es donde el letrado deberá dejar plasmada su argumentación jurídica.

⁸¹ El capítulo de prueba, está destinado a dejar sentada la enumeración completa de todos y cada uno de los medios probatorios que se utilizarán en el proceso.

⁸² En este capítulo titulado derecho, se hará referencia a toda la normativa en la que se basa la actuación procesal concreta..

⁸³ Bajo el título petitorio, el compareciente debe realizar de forma detallada y concreta todas las peticiones o solicitudes que el compareciente desea realizar al Magistrado.

⁸⁴ Bajo el rótulo otrosíes, se colocan aquellos elementos que complementan el escrito. También se lo utiliza principalmente, a los efectos de las autorizaciones y de dejar plasmados los aspectos tributarios. Se trata de petitorios adicionales a los principales, consistiendo por tanto en indicaciones de carácter accesorio. Bajo la denominación otrosí digo, se plasman extremos que se hacen saber al Tribunal. Bajo la denominación otrosí pido, se plasman extremos que se solicitan al Magistrado y sobre los que el Juez deberá pronunciarse.

resultar competente de allí en más⁸⁵), y ante el cual, cualquier diferendo al respecto (incumplimientos, variaciones, etc.), deberá ser sometido.

El CNA, en su artículo 39, establece que en primer lugar, el régimen de visitas se fijará de común acuerdo de las partes. Acto seguido, la norma establece que ante la falta de acuerdo de las partes, o cuando quien debe permitir y tolerar tales visitas, lo imposibilite o dificulte, será el juez quien fije el régimen de visitas, debiendo escuchar al menor.

Dicho esto, cabe consignar que si las partes, en el decurrir del proceso, logran arribar a un acuerdo, no tienen más que presentarlo al magistrado para que éste lo homologue.

En cambio, cuando la parte que debe permitir y tolerar las visitas o entregar al menor, incumple infundadamente, habilita a la contraparte a reclamar el cumplimiento del régimen establecido.

En el foro, suele hacerse referencia a los dos extremos posibles en la fijación de regímenes de visitas. Así, se suele hablar de un régimen amplio de visitas, o de un régimen de visitas hiperagendado. Cada régimen de visitas tiene sus pros y sus contras, y su implementación responderá al situacional fáctico al que nos enfrentemos, dependiendo de la docilidad o rispidez del relacionamiento de los adultos.

Cuando se habla del régimen de visitas amplio, se quiere significar que cualquiera de los progenitores (o cualquier otro familiar, dependiendo de quién sea quien esté accionando el régimen de visitas), podrá ver o visitar al menor en cualquier momento. Claro está, que siempre respetando las actividades curriculares y/o esparcimiento del mismo.

En cambio, el régimen hiperagendado de visitas, supone reglamentar cada día de la vida del menor: con quién pasará el día de su cumpleaños, con quién pasará el día del cumpleaños materno, con quién el día del cumpleaños paterno, con quién el día de cumpleaños de los abuelos maternos y paternos, con quién el día del cumpleaños de los tíos y

⁸⁵ La excepción queda dada por la competencia de urgencia. Esta competencia de urgencia recae sobre los jueces de familia especializados, ante quienes debe radicarse la denuncia de violaciones o incumplimientos a regímenes de visitas, incumplimientos de pensiones alimenticias, entre otros. Lo actuado en Sede de violencia doméstica o familia especializado, nunca tiene el carácter de definitivo, pues terminadas las actuaciones, se remitirá a los involucrados a ocurrir por la vía correspondiente, esto es, al juzgado letrado de familia competente, para dilucidar con más tranquilidad las cuestiones sometidas a su consideración.

primos, con cuál de los progenitores pasará las vacaciones, o con cuál pasará las fiestas tradicionales; cómo se fraccionarán los fines de semana, y el resto de los días hábiles e inhábiles. En definitiva, se trata de un régimen que no permite desconocimiento sobre quién estará con el menor en ninguno de los 365 días del año.

Luego, también encontramos los regímenes de visitas intermedios (entre el amplio y el hiperagendado). La elección de uno u otro sistema tiene que ver con el grado de diálogo y autonomía en la toma de decisiones entre los padres.

Cuando existen motivos que sugieren prudencia en el inicio de las visitas (largos períodos de ausencia de contacto, algún problema de relacionamiento, etc.), una posibilidad es que las visitas se desarrollen en el DAS (Departamento de Asistencia Social, dependiente del Instituto Técnico Forense -ITF-, del Poder Judicial.). Esto supone que el menor y el visitador se encuentren en una oficina pública, acondicionada a los efectos de recibir niños, en la que visitado y visitador interactúan. Esta posibilidad parece ser recomendable evitarla, pues por más que se intente, no parece resultar “natural” al relacionamiento entre familiares. Empero, tampoco es menos cierto que en algunos casos, éste mecanismo es el único que otorga garantías al menor y/o a los familiares. Adviértase que durante estas visitas en el DAS, sus técnicos estarán labrando informes sobre cómo se desarrollan las visitas, los que se presentan periódicamente al Juzgado interviniente.

Tanto en materia de visitas como de tenencia, la conflictividad puede ser agresiva e irracional en grado sumo.

Realizando un baño de realidad, y recurriendo a una nota periodística publicada en el diario “El País” el 11/IX/2005 ⁸⁶, podemos plantear que en muchos casos, los padres programan a sus hijos para que odien al otro progenitor. Se llama Síndrome de Alienación

⁸⁶ http://historico.elpais.com.uy/05/09/11/pciuda_173201.asp

Parental⁸⁷. Surge en divorcios conflictivos y deja secuelas muy graves en los menores^{88 89 90 91}

^{92 93}. No obstante, corresponde dejar indicado, que existen quienes no comparten la existencia del SAP.

Pese a lo dicho, lo más generalizado en cuanto al régimen de visitas, es que el menor quede con su madre, pasando con su padre un fin de semana alternado, ocasión en la que pernocta con éste. Además, a favor del padre se dará visita algún día (uno o dos) de entre

⁸⁷ El Síndrome de Alienación Parental fue descrito en 1985 por el psiquiatra estadounidense Richard Gardner. Es un desorden que surgen principalmente en las disputas legales por la custodia de hijos. Se manifiesta con el odio de los niños hacia uno de los padres sin justificación alguna. Es el resultado de los adoctrinamientos de un padre que busca "programar" al menor. Según Gardner muchos niños afirman orgullosamente que su decisión de rechazar a uno de sus padres es completamente suya y niegan cualquier tipo de influencia por parte del padre aceptado. Otra característica es la presencia de "argumentos prestados". Es decir que el odio responde a razones de los adultos. Gardner describe tres tipos de alienación: ligera, moderada y severa. En la ligera los niños cooperan con las visitas pero están disgustados y son críticos. En el moderado los hijos son irrespetuosos y describen a un padre como totalmente bueno y al otro como totalmente malo. En el severo las visitas son imposibles y la hostilidad hacia los padres puede llegar incluso a la violencia física. En Uruguay los especialistas dicen que el trastorno es habitual, aunque no necesariamente se lo conozca con ese nombre (http://historico.elpais.com.uy/05/09/11/pciuda_173201.asp).

⁸⁸ Las niñas llegan con sus walkman colocados al Departamento de Asistencia Social (DAS) del Poder Judicial. Allí es el lugar donde un magistrado de Familia decidió que vean a su padre. Las acompaña su madre. Las tres se sientan en la sala de espera. Se acerca un asistente social y les dice que bajen al subsuelo, a la visita. "No quiero", contestan. Siguen escuchando música y se ríen entre ellas. La profesional les pide para conversar en privado. Se niegan. Así pasan toda la hora que deberían estar intentando rehacer el vínculo con su progenitor. Las hermanas, que cursan quinto y sexto de escuela, han accedido en otras oportunidades a hablar con las asistentes sociales. Sus razones para negarse a ver a su padre son que las abandonó y se fue con otra mujer. Cuentan también que su madre suele llevarlas a perseguir a su padre, para que vean que las dejó. Y juntas insultan a la nueva pareja del progenitor. Esas niñas son para la asistente social y terapeuta familiar, Laura Romero, subdirectora del DAS, un caso típico de "síndrome de alienación parental". El desorden, descrito por el psiquiatra estadounidense Richard Gardner en 1985, surge principalmente en las disputas legales sobre la custodia de los hijos. Implica que un niño esté "programado" por uno de los padres para que odie al otro sin que exista una causa real que lo justifique. El pequeño ve a uno de los padres como totalmente "bueno" y al otro como "totalmente malo". Romero está acostumbrada a esos casos. Dice que 10% de los ingresos anuales al DAS son problemas de ese tipo. Todos los casos que llegan allí son algo problemáticos: en 68 no hubo acuerdo entre las partes, en 39 hay denuncias por violencia doméstica y en nueve por abuso sexual. Actualmente hay 116 visitas supervisadas, a las que acuden 147 niños a ver a 89 padres, 17 madres y 10 abuelos. "El síndrome lo vemos con frecuencia en casos donde aparentemente no hay razones valederas para que los niños no quieran ver al padre o a la madre", sostuvo Romero. La especialista recuerda un caso donde el padre pasaba una buena pensión, no había denuncias de maltrato. El niño, de 11 años, no lo quería ver y utilizaba los mismos argumentos que decía una y otra vez su madre: que los había dejado, que se había comprado un auto y que a ellos la pensión no les alcanzaba. "Son casos muy frustrantes. Cuando esa programación no caló hondo se puede lograr algo. La experiencia indica que si un progenitor quiere realmente que su hijo vea al otro lo ve. Cuando eso no ocurre es porque una de las partes manifiesta implícita o explícitamente desacuerdo", sostuvo Romero. Las dificultades para lograr que el vínculo comience a reestablecerse

semana, dependiendo de la autonomía del menor (piénsese en el caso de bebés y adolescentes).

El magistrado actuante, una vez contestada la demanda o vencido el término, deberá convocar a audiencia, a la que preceptivamente deberá asistir el ministerio público y fiscal. Aquí se hace necesario reiterar la naturaleza rebus sic stantibus con que cuentan las sentencias definitivas en los procesos de familia, a las que ya nos hemos referido ut supra.

son varias. Una de las mayores, dice la especialista, es que luego de un buen encuentro el niño narra al padre con el que vive que pasó bien. Ahí vienen los reproches y el pequeño llega a la próxima visita con miedo. Ese temor por la reacción del progenitor que convive con el menor se manifiesta de muchas maneras. Por ejemplo, es común que los niños no quieran llevarse regalos del mayor al que vieron en el DAS para evitar problemas. Entonces, les piden a las asistentes, que se los guarden para disfrutarlos en la próxima visita (http://historico.elpais.com.uy/05/09/11/pciuda_173201.asp).

- ⁸⁹ La jueza de Familia Estrella Pérez Azziz dice que en su experiencia profesional ha visto varios casos como estos. Muchas veces, sostiene, no llegan al extremo de provocar el rechazo en el niño, pero sí de estar influenciados negativamente. Cree que se dan por varios motivos: espaciar las visitas o que las personas se divorcian y pretenden que su hijo también lo haga. "No basta decir que el nene no quiere ir con el papá porque, como me dijeron el otro día, sólo le daba de comer pastas. Y resultaba que el hombre era vegetariano, le daba pastas, verduras y frutas, pero al niño le habían hecho creer que esa alimentación era algo horrible", cuenta la magistrada. En esos casos, dice Pérez Azziz, se buscan soluciones alternativas como las visitas supervisadas en el DAS, hasta que el vínculo se fortalece y pueden verse fuera de allí. El objetivo es siempre que el niño no pierda el vínculo con sus progenitores. Hay casos, sostiene, en que de tanto litigio los padres dejan de luchar. Y dan ese vínculo por perdido (http://historico.elpais.com.uy/05/09/11/pciuda_173201.asp).
- ⁹⁰ Para el ministro del Tribunal de Apelaciones, Ricardo Pérez Manrique, lo fundamental en estos casos es asegurar un régimen de visitas y que el pequeño mantenga el contacto con el padre o la madre. "Llevando las cosas a mayores puede hasta haber un uso abusivo de la patria potestad. Además, el incumplimiento reiterado puede dar lugar a variar la tenencia", sostiene. Otra dificultad, señala, es que este tipo de casos no son fáciles de probar. Para ello, los jueces utilizan psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales (http://historico.elpais.com.uy/05/09/11/pciuda_173201.asp).
- ⁹¹ Las psicólogas Karina Pasarón y Daniela Rodríguez evalúan diariamente a niños y adultos en los Juzgados Especializados de Familia. Y están acostumbradas a ver artimañas de uno de los padres para intentar alejar al otro del pequeño (http://historico.elpais.com.uy/05/09/11/pciuda_173201.asp).
- ⁹² Para Miguel Cherro, ex catedrático de psiquiatría infantil, las situaciones de padres que influyen a un menor para que odie al otro son muy frecuentes en divorcios muy querellantes y tienen "consecuencias funestas" para el menor. Cherro explica que más allá de la separación, el manejo de los progenitores posdivorcio es lo que marca el futuro del menor. "Se sesga el campo, un padre marca la cancha y el chico queda sometido a una visión parcializada de la historia. En muchas ocasiones se le cobra en la figura del niño una deuda con el ex cónyuge". En estos casos el niño se desarrolla con una parte de su ser que está "obturada artificialmente" y en el futuro le traerá múltiples dificultades. "Esa base falsa algún día se enfrenta a la realidad y se encuentra con un vacío interior tremendo, de inautenticidad, y una sensación de impotencia brutal. ¿Con qué desandás ese pasado? Ya no se puede volver atrás", expresa el especialista (http://historico.elpais.com.uy/05/09/11/pciuda_173201.asp).

Luego, según el artículo 42, si quien tiene fijado a su favor un régimen de vistas lo incumple, esto es, no visita al menor, podría intentar forzársele al cumplimiento mediante el mecanismo recién descrito (artículos 40 y 41). A tales efectos, la parte que desea que las visitas se cumplan, deberá accionar judicialmente (ya sea ante el juzgado letrado de familia de primera instancia o ante el juzgado especializado de familia) explicitando el incumplimiento y la repercusión que tal situación apareaja sobre el menor⁹⁴.

Por su parte, el artículo 43 del CNA o bien es una norma o desconocida por la judicatura, o bien se trata de una norma en desuso. Difícilmente se vea en la práctica forense, la solicitud letrada de aplicación de la norma, y más difícil será ver la aplicación judicial de tal norma. Sin embargo, la norma -art. 43 CNA- establece que ante el incumplimiento grave o reiterado del régimen de visitas homologado o fijado judicialmente podrá originar la variación de la tenencia si ello no perjudicara el interés del niño o adolescente, sin perjuicio de las sanciones pecuniarias que fije el Juez a instancia de parte o de oficio, cuyo producido será en beneficio de aquél. El Juez deberá hacer saber a la parte incumplidora que el desatender las

⁹³ Tres hermanos -dos varones y una niña- estaban en custodia del padre y no querían ver a la madre, sin ninguna razón que lo justificara, salvo lo que el padre decía sobre ella: que era mala madre. Esperaban en una sala de Asistencia Social (DAS) que pasara la visita, pero no había forma que quisieran pasar un rato con ella. Hasta que un día la asistente social convenció a la pequeña que bajara a encontrarse con su madre. Ella nunca más quiso volver a vivir con su progenitor, opción respaldada por la Justicia. Sus pasos fueron seguidos por sus dos hermanos. Tiempo después era el padre quien los veía en el DAS. Un día los esperó en la puerta, y cuando la asistente social le dijo que entrara, el hombre se negó. Las autoridades del centro llamaron a la Policía. En ese momento los tres chicos salieron corriendo. El hombre negaba que fuera algo orquestado, pero poco tiempo después efectivos encontraron a sus hijos en la puerta de su trabajo. El DAS solicitó a la Justicia interrumpir las visitas porque no podían hacerse cargo. Pero las llamadas a la Policía desde el DAS continúan y son frecuentes, sobre todo, cuando por alguna razón, el ex matrimonio se cruza y comienzan las agresiones otra vez.

⁹⁴ Aquí, el problema que se plantea es el de la legitimación. ¿Quién está legitimado a los efectos que se cumpla con el régimen de visitas? Así, tenemos dos posiciones. Por un lado, están quienes sostienen que tal legitimación es del menor que que no ve satisfecho su derecho a ser visitado y mantener el relacionamiento con el familiar incumplidor (claro está que representado por su representante legal). Por otro lado, existe una segunda posición, según la cual, se trata de un derecho del visitante, y no del menor (visitado), caso en el que no cabría la posibilidad de legitimación a los efectos de la reclamación de incumplimiento del régimen de visitas.

necesidades afectivas de los hijos puede dar lugar a la pérdida de la patria potestad y al delito previsto en el artículo 279 B del Código Penal.

Veamos algunos ejemplos de escritos.

IV.A). Escrito de régimen de visitas amplio (acordado por ambos padres).-

Homologación de convenio.

SR. JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA DE 27° TURNO.

Juan José PÉREZ RODRÍGUEZ, con cédula de identidad N° 3.222.111-0, con domicilio real en la calle _____, constituyendo domicilio a los efectos de la presente litis en _____, y electrónico en 1222333@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, y Juana María FERNÁNDEZ GÓMEZ, con cédula de identidad N° 2.111.000-9, con domicilio real en la calle _____, constituyendo domicilio procesal en _____, y electrónico en 3111222@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez se presentan y dicen:

Que vienen a solicitar a la Sede se sirva homologar el convenio que se dirá a continuación.

HECHOS

Que pese a las desavenencias entre los comparecientes, han logrado ponerse de acuerdo respecto del régimen de visitas. En consecuencia, se entiende que lo más conveniente para nuestro menor hijo es que el régimen de vistas lo sea amplio.

DERECHO

Funda su derecho en los artículos 2, 3, 7, 8, 9, 11, 12, 14, 16 y 37 del CNA, con las modificaciones introducidas por las leyes 18.590, 19.075 y 19.092).

PETITORIO

Sírvase la Sede tenerlos por presentados en tiempo y forma, homologándose el convenio ofrecido.

OTROSÍES

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

PRIMER OTROSÍ DIGO: A los efectos de lo dispuesto en los arts. 85 al 90 y 105 a 107 del CGP, autorizo a notificarse y consultar el expediente a los Drs. XX, ZZ, YY, UU, a los Procuradores AA, BB, CC, y a los Srs. FF, GG, HH, indistintamente.

Segundo OTROSÍ DIGO: Otorgo al letrado firmante la representación judicial en los términos del art. 44 del CGP, habiendo sido instruido sobre la naturaleza y el alcance de esta representación y declarando que el domicilio real es el indicado en la comparecencia.

TERCER OTROSÍ DIGO: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$_____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

IV.B). Escrito de régimen de visitas hiperagendado (solicitado por uno de los padres).-

Régimen de visitas.

SR. JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA DE 27º TURNO.

Juan José PÉREZ RODRÍGUEZ, con cédula de identidad N° 3.222.111-0, con domicilio real en la calle _____, constituyendo domicilio a los efectos de la presente litis en _____, y electrónico en 1222333@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez se presenta y dice:

Que viene a solicitar se fije el siguiente régimen de visitas, según los extremos fácticos y jurídicos que se dirán.

HECHOS

1. En IUE 2-356998/2009, caratulado “Pérez Rodríguez, Juan c/ Fernández Gómez, Juana – Divorcio por causal”, y según decreto 987/2010, se decretó el divorcio por separación de más de tres años.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

2. Que por IUE 2-96345/2010, caratulado “Fernández Gómez, Juana c/ Pérez Rodríguez, Juan - Pensión alimenticia”, se estableció una pensión alimenticia a favor de mi hija Juana María equivalente al 25% de mis ingresos menos descuentos legales.

3. Que según surge del expediente identificado con IUE 2-741654/2010, caratulado “Fernández Gómez, Juana c/ Pérez Rodríguez, Juan - Ratificación de tenencia”, la misma lo fue a favor de la madre, siendo al guarda compartida.

4. Que pese al cumplimiento de mi parte, desde hace unos meses, se ha dificultado el contacto con mi hija, razón por la cual vengo a solicitar se establezca un régimen de visitas a mi favor.

5. Por lo antes dicho, se solicita el siguiente régimen de visitas, el que tiene en cuenta las actividades de ambos progenitores y las necesidades y derechos de nuestra hija María Juana:

5.1.- Fines de semana.- María Juana pasará un fin de semana alternado con cada progenitor, retirándola el día viernes del hogar materno después de las 14 horas, para reintegrarla al mismo el día domingo a las 21 horas.

5.2.- Visita semanal.- María Juana será retirada por su padre del hogar materno, luego de las 14 horas del día miércoles, pernoctando con el padre, y siendo reintegrada al hogar materno el jueves a las 21 horas.

5.3.- Vacaciones.- Durante el receso estival la niña gozará de un período de vacaciones de 15 días corridos con cada padre, en el que se suspenderán las visitas del otro, sin perjuicio de los contactos pertinentes.

María Juana pasará la primer semana de las vacaciones de Julio con el padre y la segunda con su madre.

Los años pares la niña pasará la Semana de Turismo (que incluye desde el viernes previo al primer fin de semana hasta el domingo del otro fin de semana) con su padre y la de primavera (con igual final e inicio) con su madre. La inversa sucederá los años impares.

5.4.- Fiestas Tradicionales.- María Juana pasara 24 y 25 de diciembre con uno de sus padres y 31y 1 con el otro, lo cual será resuelto a principios de diciembre de cada año, una vez que el padre sea notificado sobre cuál de las dos fiestas debe trabajar.

5.5.- Día de Reyes.- El 5 de enero María Juana pernoctará con el progenitor que le toque, de acuerdo al presente régimen de visitas, y será entregada al otro padre el día 6

de enero a las 12 horas, estableciéndose una excepción al régimen de vacaciones señalado.

5.6.- Día del niño.- Si el mismo no coincide con uno de los días pactados para las visitas, la madre se obliga a reintegrar a María Juana al hogar paterno a las 15hs. Si por el contrario coincidiera con un día de visitas, el padre se obliga a reintegrar a María Juana a la casa materna a las 15 horas.

5.7.- Cumpleaños de María Juana.- Ese día se alternará entre ambos progenitores anualmente, pernoctando la niña que cumple años con aquél a quien le corresponda la visita ese día, reintegrándola al día siguiente al otro progenitor a la hora 12.

5.8.- Cumpleaños del padre y de la madre.- Si el día del cumpleaños del padre, no correspondiere a una visita de las pactadas, se fija una visita adicional.

Si coincide con un sábado o domingo en que la niña está con su madre, el padre la retirará del hogar materno a las 10 horas para reintegrarla al otro día a las 10 horas, en caso contrario si no es sábado o domingo, la retirará a la salida del trabajo paterno, para reintegrarla al otro día antes de ir a trabajar.

Si el día del cumpleaños de la madre, fuese un fin de semana en que le correspondiera estar con su padre aquella la retirará del hogar paterno: si se trata de un sábado a las 15 horas para reintegrarla al otro día a las 10 horas, reintegrándola el padre al hogar materno a las 21 horas; y si es un domingo la reintegrará a las 10 horas, para que el padre la reintegre a las 21 horas..

5.9.- Día del Padre y día de la Madre.- María Juana pasará con el respectivo progenitor, desde las 10 y hasta las 21, estableciéndose una excepción al régimen de visitas que se plantea.

5.10.- Médicos y enfermedades.- Ambos padres se comprometen a comunicar todas las situaciones médicas de importancia para tomar las decisiones relacionadas a la salud de María Juana.

DERECHO

Funda su derecho en

PETITORIO

Por los fundamentos expuestos, al Sr. Juez PIDO:

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

- 1) Me tenga por presentado con los recaudos adjuntos, por denunciados los domicilios real y electrónico, y por constituido el domicilio procesal.
- 2) Se de traslado de la demanda por el término legal, emplazándose.
- 3) En definitiva se sirva la Sede decretar conforme lo solicitado, fijando el régimen de visitas propuesto en el cuerpo del presente libelo.

OTROSÍES

PRIMER OTROSÍ DIGO: A los efectos de lo dispuesto en los arts. 85 al 90 y 105 a 107 del CGP, autorizo a notificarse y consultar el expediente a los Drs. XX, ZZ, YY, UU, a los Procuradores AA, BB, CC, y a los Srs. FF, GG, HH, indistintamente.

Segundo OTROSÍ DIGO: Otorgo al letrado firmante la representación judicial en los términos del art. 44 del CGP, habiendo sido instruido sobre la naturaleza y el alcance de esta representación y declarando que el domicilio real es el indicado en la comparecencia.

TERCER OTROSÍ DIGO: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$ _____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

IV.C). Un ejemplo: la sentencia del JL de FAMILIA N° 127/2012.-

VISTO: Para Sentencia Definitiva de Primera Instancia estos autos caratulados "RC Y OTRO - Visitas" - IUE 2-103551/2011, con intervención de la Fiscalía en lo Civil de 10° turno.-

RESULTANDOS:

- 1) El día 27/09/2011 comparecieron RC y RP promoviendo juicio de visitas contra GB y expresando que ambos son padre y abuela de la menor de autos LC de 6 años de edad. El compareciente está separado de la madre de su hija desde hace un año aproximadamente, cuando ambos se separaron tenían una buena relación y un vínculo

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

muy fluido, pernoctando LC los fines de semana en su casa, teniendo un dormitorio exclusivo para ella.

Agrega, que sin existir ninguna causa la madre les negó a los comparecientes cualquier vínculo entre ellos y la menor de autos, inclusive ha llamado varias veces por teléfono, no atendiendo la demandada, siendo su actitud totalmente arbitraria, estando ellos muy angustiados por toda ésta situación.

Asimismo, se solicita a la Sede un régimen de visitas provisorio para retomar en forma inmediata el vínculo que les fue negado, según el cual los sábados el padre retirará y la retornara a su menor hija al hogar materno desde las 10 a las 19 horas, y los miércoles se cumplirán en el domicilio de la abuela paterna desde la salida de la escuela hasta las 21 horas.

Ofrecieron pruebas. Fundaron su derecho. Y solicitaron que se fije un régimen de visitas a favor de los comparecientes respecto de la menor de autos LC.

2) Por auto N° 4956 del 29/09/2012, se confirió traslado de la demanda, notificándose a domicilio (fs. 12), y se ordenó que se practicara un informe social en el hogar de los gestionantes, el que se cumplió a fs. 10.

3) Transcurrido el plazo legal sin que el demandado contestara por auto N° 330 de fecha 8/02/2012 se convocó a las partes y al Ministerio Público para la audiencia que se realizó el día 26/04/2012 (fs. 16), a la cual comparecieron los actores, y por auto N° 1848, se declaró la nulidad de las presentes actuaciones, en virtud de haber denunciado la parte actora en forma errónea el domicilio de la parte demandada.

4) Se procedió notificar a la parte demandada por intermedio de la Sra. Alguacil de la Sede como surge de fs. 17.

5) El día 23/05/2012, compareció GB, contestando la demanda en base a las siguientes consideraciones.

Expresa, que no son ciertos los hechos afirmados por los comparecientes; cuando el padre solicita ver a su hija , se lo permite sin problemas, los abuelos paternos, tía y primos viven frente a su casa, donde ellos la ven todos los sábados y domingos, además la niña quiere verlos.

Asimismo, manifiesta que está totalmente de acuerdo que el actor y sus familiares la retiren llevándola a su casa. Está de acuerdo en casi todo lo que solicitan los comparecientes, a excepción de un punto.

Ofrece prueba. Fundó su derecho. Y solicitó que se fije un régimen de visitas como está propuesto excepto la visita de los días jueves, que se sustituye por el día sábado, así como el horario de los días martes que se haga a las 21 en lugar de las 20 horas, así como el régimen provisorio que las visitas se realicen el día martes y no el miércoles.

6) Se convocó a las partes y Ministerio Público para la audiencia que se llevó a cabo el día 26/09/2012 (fs. 44-45), en la cual comparecieron los actores asistidos de su letrado patrocinante, se ratificaron del escrito de demanda, se delimitó el objeto del proceso y de la prueba, se procedió a interrogar a la parte actora de acuerdo a lo dispuesto en los Artículos 148 y 149 del Código General del Proceso, renunció a su derecho de alegar, se confirió vista al Ministerio Público a fs. 45 vto. y por auto N° 5593 del 9/10/2012, se fijó audiencia para dictar sentencia el día de la fecha.-

CONSIDERANDOS:

EL THEMA DECIDEMDUM

I) El objeto del presente proceso se centra en determinar si corresponde o no la fijación de un régimen de visitas en favor del Sr. RC y RP, padre y abuela paterna respecto de su menor hija y nieta LC.

En caso afirmativo, cual debe ser el mismo.

La Dra. Varela de Motta, sostiene que por visitas se entiende “el derecho y el deber que tienen los padres y los hijos que no están bajo la tenencia de aquellos de mantener trato recíproco, el que deberá semejarse en lo posible al que mantendrían si vivieran bajo el mismo techo”. (Derecho de Visitas pág. 10).

El ilustre Agustín De Vega al decir: “Entiéndase por visitas el (derecho) que asiste a los padres y aún a otros miembros de la familia de ver y de tratar periódicamente a los menores que no se hayan bajo su tenencia. (c. 4242 de LJU).

Tal derecho, según afirma Lidia N. Nakianich de Basset (“Derecho de Visitas” Ed Hummurabi, Buenos Aires 1° Reimpresión, junio 1197), tiene como fundamento “elementales principios de derecho natural, la necesidad de cultivar el afecto, estabilizar

los vínculos familiares, propender a subsistencia real, efectiva y eficaz” (pág. 63) y por finalidad “el mantenimiento de una natural y adecuada comunicación del hijo con el padre o madre no conviviente para fomentar y consolidar el vínculo materno o paterno filiar, procurando que se distancie lo menos posible del contacto que existiría dentro de una familia unida” (pág. 65).

Más allá de las denominaciones y de los cuestionamiento sobre el término “visitas” no cabe duda que tanto un derecho el quienes aspiraran actuar en carácter de personas que visitan, o sea quienes reclaman el acceso, en el caso puntual el padre, como del menor involucrado. Así, al Artículo 9,3 de la Convención de los Derechos del Niño determina que: “los estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

El Código Niñez y Adolescencia, en consonancia establece que: “todo niño y adolescente tiene derecho a mantener el vínculo en orden preferencial, con sus padres, abuelos y demás familiares y consecuentemente un régimen de visitas con los mismos” (Artículo 38).

ANÁLISIS DE CASO A ESTUDIO

II) En el caso estudio se promueve un juicio de visitas por parte del padre y la abuela respecto de la menor LC, calidad que acreditan con los testimonios de las partidas glosadas en autos.

Al proceder a evacuar el traslado conferido la parte accionada manifestó que estaba de acuerdo prácticamente en casi todo el régimen propuestos por los actora excepto en el primer punto donde solicitan que sea entregada al volver de la escuela a lo de la abuela paterna los martes y jueves, por lo que propone que sea los martes, sea devuelta a la hora 21:00 que es cuando vuelve la misma de trabajar y la lleve los sábados que está con la misma y los sábados y domingos cuando ésta con él.

Del informe de fs. 10-10 vto. realizada en el hogar del padre surge lo siguiente.

El núcleo familiar está compuesto por el Sr. RC y su pareja Sra. DC. Mantiene vínculo con su hija LC teniendo dificultades para acordar los espacios de encuentro con la

madre de ésta. La vivienda en que habitan cuenta con dos dormitorios, estar, baño, cocina y fondo.

De la prueba pericial realizada en el hogar de la madre por el DAS se desprende lo siguiente: La niña concurre a colegio privado, es usuaria de la mutualista M, no presentando ningún problema de salud. La vivienda en que habitan se puede calificar como de clase media, teniendo la niña su propio cuarto. En cuanto a la situación familiar el padre la retira del colegio de viernes a domingos. No tiene horarios fijos, comunicando el padre el horario en que la devuelve. Las visitas estuvieron interrumpidas durante un tiempo, en virtud de que el padre dejó su trabajo y viajó a Tacuarembó.

Está de acuerdo el padre en el régimen de visitas propuesto para él.

En lo que se refiere la abuela paterna está de acuerdo que la vea los miércoles y los fines de semana que el padre no la lleva. El padre la lleva un fin de semana por medio.

Entre los padres no existe comunicación y algunas veces que la niña visita a la abuela es por iniciativa de la propia menor. La niña en la entrevista expresó que no le gusta cuando la compañera del padre discute con él estando ella presente y que tampoco le agrada sentir cuando ella insulta a su padre, se siente angustiada, porque es su padre. (fs. 28 y 29).

Asimismo del interrogatorio de parte realizado por la Sede de acuerdo a lo dispuesto en los Artículos 148 y 149 del Código General del Proceso a la cual manifestaron a fs. 44 vto. el Sr. RC que: “visita a su hija cada 15 días, a veces pasan 2 o 3 veces por semana y la madre no se la da. El trabaja desde las 6 a 18 y los sábados al mediodía, durante la semana él podría ver a su hija después de las 18 horas. Vive en Colón y su hija con la madre viven en el Cerro...No la vio en su día de cumpleaños, ni el día del cumpleaños de su hija ni el día del niño...Desearía que durante su licencia que sería en el mes de febrero de 2012 en principio, no está seguro la fecha quisiera que su hija pasara con él durante una semana... Y durante las vacaciones escolares de su hija, que la niña pasa con él una semana por mes, así como una semana en las vacaciones de julio” (fs. 44 vto.-45).

Del interrogatorio de la Sra. RP expresó que a la menor la ve cuando se la lleva su hijo, durante la semana ella podría ver a su nieta ya que vive enfrente de la casa de la demandada.

Desearía que su nieta fuera a su casa 2 veces por semana después que salga de la escuela a las 5 de la tarde, ella se encargaría de la merienda y de ayudarla en los deberes. También quisiera verla el día del abuelo, así como en el día de cumpleaños de los abuelos” (fs. 45).

III) El principio del Interés Superior se impone a las autoridades. No es que las “inspire”, sino que las obliga (Artículo 3º). Los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Por eso el Principio del Interés Superior es una garantía, un vínculo normativo idóneo para asegurar afectividad a los derechos subjetivos. El interés Superior del Niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio, son los propios derechos. Interés y derechos, en ese caso se identifican. El principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. En contraposición al Juez buen padre de familia, modelo en la doctrina tutelar y de la situación irregular, ahora el principio recuerda al Juez que la autoridad no construye las soluciones de la nada, sino es estricta sujeción a los derechos de los niños, sancionados legalmente. Cumple a la vez una función de carácter interpretativo y la función de dirimir conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. Ya sea entre derechos varios sujetos, o entre derechos de un mismo niño. Ejemplo el Artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos. Para evitar abusos en la utilización del principio, dice Cillero, sería conveniente establecer en la legislación ciertos requisitos a su utilización en la resolución de conflictos, como la reserva judicial, o la exigencia de que se pruebe que ambos derechos no pueden ser satisfechos en forma conjunta. Debido a la formulación de éste artículo tercero, enfrentado el interés del niño al interés social o de una comunidad determinada, los derechos el niño deben ponderarse de un modo prioritario. Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las

decisiones, los derechos de los niños deben primar sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos.

Cabe destacar, que de acuerdo a lo que fluye de los informes realizados el padre deberá evitar en lo posible discutir con su pareja en presencia de su menor hija, ya que los desacuerdos entre los adultos generan angustia en la menor. Haciendo hincapié todo régimen de visitas significa la efectivización de un derecho del niño que no puede verse vulnerado ante conflictos que le son ajenos.

IV) De la plataforma fáctica probatoria de autos, analizada de acuerdo a las reglas de la sana crítica (Artículo 140 del Código General del Proceso), fluye que no resultaría inconveniente fijar un régimen de visitas a favor del padre y de la abuela paterna teniendo en cuenta el interés superior de la menor de la siguiente forma:

- 1) La menor de autos pasará con su progenitor cada 15 días, siendo retirada del hogar materno o lo de su abuela materna el viernes a las 19 horas y siendo reintegrada a su hogar el domingo a las 19 horas.
- 2) La abuela paterna retirara a su hija los días martes y jueves a la salida del colegio y será reintegrada al hogar materno a las 21 horas. Cuando termine el período escolar la abuela paterna la retirará del hogar materno a la misma hora.
- 3) El día del cumpleaños de la menor pasará con su padre y su abuela el fin de semana siguiente al mismo.
- 4) Los días de festejo de los cumpleaños del padre, abuelos, tíos y primos paternos, la niña pasará todo el día con ello respetando las actividades escolares que pueda tener.
- 5) En lo que se refiere a las fiestas tradicionales, la niña pasara los días 24 y 25 de diciembre con la madre y 31 de diciembre y 1º de enero con su padre, siendo alternada en los años sucesivos.
- 6) Con respecto a las vacaciones de la menor, la misma se fijará dependiendo la licencia de cada uno de los padres, teniéndose presente que las visitas se prolongarán durante 10 días continuos.

Dicho régimen no obstaculizará ninguna actividad educativa o recreativa de la menor de autos.

En base a lo fundamentado, corresponde amparar parcialmente la demanda impetrada.-

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Por lo expuesto y lo dispuesto en los Artículos 197-198 y conc. del Código General del Proceso.

FALLO: AMPARANDO LA DEMANDA, Y FIJANDO UN RÉGIMEN DE VISITAS A FAVOR DEL SR. RC Y DE LA SRA. RP RESPECTO DE LA MENOR LC DE ACUERDO EN LO DISPUESTO EN CONSIDERANDO IV DE LA PRESENTE, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.

HONORARIOS FICTOS: TRES BASES DE PRESTACIONES Y CONTRIBUCIONES PARA CADA PARTE.

EJECUTORIADA, CÚMPLASE, REPÓNGASE LA VICÉSIMA, EXPÍDASE TESTIMONIO Y ARCHÍVESE.-

Capítulo V:
Guarda,
tenencia (o guarda material) y
ratificación de tenencia.-

Según establece el artículo 37 del CNA (ley 17.823 con las modificaciones introducidas por las leyes 18.590, 19.075 y 19.092), las pretensiones referentes a los menores de edad, deberán seguir la estructura del proceso extraordinario del CGP.

Siendo que en los capítulos iniciales hicimos referencia a la estructura procesal, nos queda enfrentarnos a qué debemos entender por guarda y qué la diferencia de la tenencia.

La GUARDA, puede ser material o jurídica. La guarda material es la tenencia, ergo, quién tiene la “posesión” (si se nos permite la licencia idiomática) del menor de edad⁹⁵. En cambio, la guarda jurídica refiere a la patria potestad en su faz positiva (como derechos de los padres, respecto del hijo, derivados de la patria potestad)⁹⁶. Ello explica que muchas veces nos enfrentemos a una tenencia de uno de los progenitores y a la guarda compartida (por ambos progenitores).

Lo cierto es que, en la práctica, no será habitual enfrentarse a casos de guarda. En cambio, será bastante frecuente que se nos solicite accionar por la tenencia. Es que, si se presta atención, cuando se quiera contar con la guarda material de un menor, se accionará una ratificación de tenencia. Asimismo, cuando se quiera contar con la guarda jurídica, se accionará la pérdida de la patria potestad⁹⁷ o la entrega de la tenencia a un tercero.

⁹⁵ La guarda material, también denominada tenencia o custodia y que supone la inmediatez o relación directa sobre la persona del hijo (mantener al hijo en su casa, alimentarlo, prestarle cuidados corporales, etcétera). [AA:VV. “Manual de Derecho Civil”, página 145, edición del Departamento de Publicaciones de la Unidad de Comunicaciones de la UDELAR (ISBN 978-9974-0-0774-1), 2011, Montevideo].

⁹⁶ La guarda jurídica, que comprende el derecho de los padres de dirigir su educación para el desarrollo intelectual, moral y filosófico, corrección, vigilancia, etcétera (art. 258) [AA:VV. “Manual de Derecho Civil”, página 145, edición del Departamento de Publicaciones de la Unidad de Comunicaciones de la UDELAR (ISBN 978-9974-0-0774-1), 2011, Montevideo].

⁹⁷ Debe recordarse que la patria potestad puede perderse, suspenderse, limitarse ó restablecerse, según lo establece el Código Civil en sus artículos 280 a 300, y el CNA en sus artículo 30, 43 y 206 a 210. En tales casos (pérdida, suspensión, limitación ó restablecimiento de la patria potestad), deberá seguirse

Además de las normas mencionadas la inicio de este capítulo, resultan también de aplicación los artículos 2, 3, 7, 8, 9, 11, 12, 14, y 16 del CNA.

Cabe dejar consignado desde ya que, los procesos de tenencia, guarda, visitas y pensión alimenticia, son acumulables ya que todos ellos siguen la estructura procesal extraordinaria, y contarán con identidad de los sujetos procesales. En cambio, la ratificación de tenencia, no resulta acumulable, pues sigue la estructura del proceso voluntario. Es que, no puede rehusarse el recordar lo edictado por el artículo 323 numeral 3 del CGP: Procederá la acumulación de autos cuando éstos estén pendientes ante el mismo o diferentes tribunales, si concurren los siguientes requisitos: 1) Que el tribunal ante el que se realice la acumulación sea competente, por razón de materia, para conocer en todos los procesos. 2) Que los procesos se encuentren en primera instancia y no estén en estado de dictarse sentencia. 3) *Que los trámites de todos ellos sigan el mismo procedimiento.* 4) *Que los procesos versen sobre idénticas pretenciones entre las mismas partes o sobre pretenciones diferentes pero provenientes de la misma causa, sean iguales o diferentes las partes o sobre pretenciones diferentes, siempre que las partes sean idénticas y recaigan sobre las mismas cosas.*

Procederá la acumulación, en general, cuando la sentencia que se ha de pronunciar en un proceso produzca efecto de cosa juzgada con relación a los restantes.

Respecto de la TENENCIA, debe recordarse que el tópico queda regulado, principalmente, por el CNA (artículos 34 y siguientes)⁹⁸ y por el Código Civil (artículos 172 a 177 y 252 y siguientes). Mientras que, procesalmente, deberá seguirse la estructura extraordinaria (346 y siguientes del CGP).

Así, en concordancia entre los cuerpos normativos referidos, el ejercicio de la tenencia de los hijos menores de edad, corresponde a ambos padres. En caso de falta de acuerdo entre los progenitores, habrá que recurrir al juez de familia, para que éste disponga, resolviendo, cuál de los padres ejercerá la tenencia. Para ello, el magistrado deberá observar las pautas

la estructura procesal extraordinaria según lo indica el artículo 208 del CNA.

⁹⁸ Resultando aplicables -además-, los artículos 2, 3, 7, 8, 9, 11, 12, 14, y 16 del CNA.

establecidas por el artículo 35 (limitante de las facultades del tercero imparcial): i). el menor deberá permanecer con el padre o la madre con quien convivió el mayor tiempo, siempre que lo favorezca; ii). deberá preferirse a la madre cuando el niño sea menor de dos años, siempre que no sea perjudicial para él; y iii). el magistrado, bajo su más seria responsabilidad funcional, deberá oír y tener en cuenta la opinión del menor de edad.

Los hechos demuestran que no siempre son los padres quienes pretenden detentar la tenencia de menores de edad. Nótese que en algunos casos, los progenitores pueden estar desinteresados, incapacitados, o imposibilitados. Existen casos -no pocos- en los que quienes pretenden ejercer la tenencia de los menores son otros parientes (abuelos, tíos, hermanos, etc.). El CNA va un paso más allá, y en su artículo 36 (redacción dada por la ley 18.590), establece que “cualquier interesado puede solicitar la tenencia” de un menor de edad. La única condición sine qua non⁹⁹ es que esa pretensión de tenencia tenga por finalidad “el interés superior del menor”.

Si la pretensión de tenencia tuviera como última ratio la inserción adoptiva del menor, el CNA establece que los interesados deberán haber dado cumplimiento previo a los mecanismos del artículo 132 (denuncia de amenaza o vulneración del medio familiar). Por ello mismo, y siendo que además, para nuestro ordenamiento jurídico la familia es la base de nuestra sociedad, siendo que el Estado debe velar por su estabilidad moral y material (artículo 40 de la Constitución), es que el artículo 36 (numerales 3, 4 y 5) del CNA, establecen que el magistrado deberá evaluar el entorno familiar ofrecido por quien pretende la tenencia; que quien detenta la tenencia de un menor, está obligado a brindarle la protección y los cuidados necesarios para su desarrollo integral; y que, cuando quien ejerce la tenencia caiga en situación de no poder continuar con la misma, deberá ponerlo en conocimiento del juez competente¹⁰⁰.

⁹⁹ Latinazgo que significa que existe una condición sin la cual no se efectuará una cosa o se tomará como no hecha.

¹⁰⁰ El juez competente lo será el juez de familia de urgencia -familia especializado-.

A su vez, no puede dejarse pasar la ocasión para recordar que la tenencia puede ser conferida a un tercero siempre que exista acuerdo de los progenitores o de quienes detentan la patria potestad sobre el menor.

Al igual que en el caso anterior, el juez competente es el del domicilio del menor. Aquí es el artículo 37 del CNA el que establece la competencia, así como la estructura extraordinaria para las pretensiones relativas a tenencia, recuperación de tenencia¹⁰¹ o guarda de los menores de edad.

En cambio, la RATIFICACIÓN DE TENENCIA, deberá seguirse por el proceso voluntario (artículo 402 del CGP, según remisión expresa del artículo 37 del CNA).

Como primera cuestión, debe manifestarse que, para poder proceder a tal ratificación, deberá haber alguien que ejerza esa tenencia de hecho, de facto o en los hechos. De no ser así, no podría intentarse la ratificación de tenencia alguna. Es que, se trata de una declaración ad perpetuam, y por ello, sólo podrá ratificarse -judicialmente- aquello que ya existía extrajudicialmente.

La ratificación de la tenencia se seguirá la estructura procesal voluntaria, muy utilizado a los efectos de obtener la asignación familiar.

Veamos, pues, algunos ejemplos de escritos judiciales.

V.A). Ejemplo de escrito forense sobre tenencia.-

Tenencia.

¹⁰¹ Como viene dicho con anterioridad, aquí se hace necesario tener en cuenta el Código Civil, pues ese cuerpo normativo, en su artículo 300 establece que los jueces podrán restituir la patria potestad con todos sus atributos o con las limitaciones que consideren convenientes a los intereses del menor.

Esto nos lleva a recordar, además, el artículo 286 del CC, según el cual, la patria potestad puede perderse total o parcialmente, en tanto el magistrado competente puede limitarla “hasta donde lo exija el interés bien entendido de los hijos”. Pero a su vez, la patria potestad puede suspenderse, según el artículo 294 del CC.

En todo caso, según el artículo 296 del Código Civil, aquellos que hubieran perdido la patria potestad, o aquellos a los que se las hubiera limitado o suspendido en su ejercicio, podrán obtener su restitución. En definitiva, según los artículos 280 a 300 del Código Civil, la patria potestad puede acabarse, perderse o suspenderse.

SR. JUEZ LETRADO DE FAMILIA DE 23º TURNO.-

Julia Cristina V.S., con cédula de identidad N° 3.707.646-2 en ejercicio de la patria potestad y en representación de mis hijos menores de edad Juan Pablo, José Maria, Maria Teresa y Maria Belén E.V., con domicilio real en _____, constituyendo domicilio a los efectos de este proceso en _____, y electrónico en 1222333@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez **DIGO:**

Que vengo a promover juicio de tenencia respecto de Juan Pablo, José Maria, Maria Teresa y Maria Belén E.V., en base a las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho que paso a exponer.

HECHOS

1. En los autos caratulados “V.S., Julia c/ E., Enrique - Divorcio por riñas y disputas”, IUE 2-61006/2005 tramitados ante este Juzgado Letrado de Familia de 23º turno en la audiencia preliminar la Sra. Juez de autos proveyó por decreto 2149 de fecha 26/V/2006 que la tenencia provisoria de los menores la ejercerá la madre, siendo la guarda compartida y concediéndose un régimen de visitas amplio a favor del padre.
2. Se tramitó denuncia de violencia domestica ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia Especializado de 3º turno, en autos caratulados “V.S., Julia Cristina c/ E., Enrique- Violencia domestica”, IUE 435-177/2006 como consecuencia del cual se le ordeno al Sr. E. el retiro del domicilio conyugal.
3. A pesar de lo antedicho el Sr. E. se ha hecho presente en el hogar conyugal durante todo el tiempo que estoy trabajando, generando gastos de toda índole, rompiendo cosas, y principalmente, manipulando a nuestros hijos varones Agustín, José Maria y Juan Pablo, logrando que estén totalmente en mi contra. Tanto es así que mi hijo mayor Agustín me llego a agredir a golpes de puño en el pecho siendo asistida en el SEMM por la Dra. Gabriela S.C. quien me diagnostico con Trauma de TX, habiendo tenido que realizar el 06 de abril pasado la denuncia por agresión de Agustín contra su madre en la Comisaría 6ª de Montevideo.
4. En reiteradas oportunidades ofrecí al Sr. E. que retornara al que fuera nuestro domicilio conyugal permaneciendo al cuidado de nuestros hijos varones quienes

constantemente me han manifestado su voluntad de vivir solos con su padre (y no conmigo y sus hermanas).

5. El Sr. E., si bien aceptó esa solución, al extremo que intercambiamos proyectos escritos del convenio respectivo, finalmente se resistió a quedarse con los hijos varones exigiendo que también le sea entregada la tenencia de las niñas.

6. Esto último resulta imposible por cuanto no es beneficioso para ellas, ni contempla la efectividad de su interés (artículo 6° CNA).

7. Finalmente por la situación en que estábamos viviendo y dado que la violencia domestica no solo debe ser reprimida, sino también prevenida (artículo 1° de la ley 17.514), decidí remitir un telegrama al Sr. E. comunicándole que la finca de Martín García N° 321 estaba a su disposición y en la que permanecían (por voluntad propia) los hijos varones (Agustín, José Maria y Juan Pablo) cuya copia se adjunta y se señala con la letra A.

8. No obstante la comunicación realizada, el Sr. E. no ha regresado al que fuese el hogar conyugal, dejando a sus hijos en abandono; a pesar de haber sido permanentemente su real voluntad volver a vivir en la finca del que fuese retirado por orden judicial.

9. Mas aún, ha procedido a denunciarme por el “abandono” de nuestros hijos varones, denuncia efectuada ante el INAU-Línea Azul.

10. A pesar de habernos retirado del domicilio de Martín García 321 (junto con mis hijas mujeres), y atento a que el Sr. E. se ha desentendido de nuestros hijos varones (Agustín tiene 19 años de edad, José Maria cumple la mayoría en unos días, siendo Juan Pablo aun menor de edad con 16 años), concurro diariamente a la finca proporcionándoles los auxilios materiales que están a mi alcance así como toda la atención afectiva que nunca dejé de brindarles (no obstante su enfrentamiento conmigo).

11. Por todo lo antedicho es que vengo a solicitar la tenencia respecto de Maria Teresa y Maria Belén E.V.

HECHOS: LA TENENCIA

12. Soy la madre de María Teresa y de María Belén E.V., tal como lo acredito mediante testimonios de partidas de nacimiento que acompaño (documento señalados con letras B y C).

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

13. Tengo la tenencia provisoria de ambas menores, las que están bajo mi responsabilidad.

14. Es la compareciente quien les proporciono todo lo necesario para su manutención, lo que fuera resuelto por la Sede en expediente de divorcio, ya referido.

15. A su vez, la actora es la tenedora judicial de José Maria y Juan Pablo E.V., según idéntica resolución judicial.

16. Mis hijos (José Maria y Juan Pablo), como ya se ha manifestado, no aceptan estar bajo mi tenencia, expresando su voluntad de estar bajo la tenencia de su padre, por lo cual vengo a solicitar a la Sede que se confiera judicialmente al Sr. Enrique E. la tenencia de los mismos (artículo 8° CNA).

PRUEBA

Ofrezco los siguientes medios probatorios documentales para acreditar la veracidad de los hechos alegados:

I. Solicito se agregue por cuerda el expediente caratulado “V.S., Julia c/ E., Enrique - Divorcio por riñas y disputas”, IUE 2-61006/2005, tramitado ante esta Sede.

II. Que se libre oficio al Juzgado Letrado Especializado de Familia de 3^{er} Turno para que remita testimonio de los autos caratulados “V.S., Julia Cristina c/ E., Enrique- Violencia domestica”, IUE 435-177/2006.

III. Se oficie a la Seccional 6^a de la Policía de Montevideo, requiriendo testimonio auténtico de la denuncia realizada por Julia Cristina V. S. contra su hijo Agustín E., por agresión física de fecha 06/IV/2006.

IV. Se ordene la agregación de la copia del telegrama enviado por la Sra. Julia Cristina V.S. al Sr. Enrique E., indicándole que volviera al hogar donde lo esperaban sus hijos que deseaban vivir con él, el que se acompaña e individualiza con la letra A.

V. Se ordene la agregación de las partidas de nacimiento de los menores José Maria, Juan Pablo, Maria Teresa y Maria Belén E.V., señalados con letras B, C, D y E.

DERECHO

Fundo mi derecho en los arts 275 a 279 del Código Civil, 317 y 402 a 406 del CGP, 36 y 37 del CNA, y demás normas citadas en el cuerpo del escrito.

PETITORIO

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Por lo expuesto al Sr. juez **PIDO**:

1. Me tenga por presentada, con los recaudos adjuntos, por denunciado el domicilio real, por constituido el legal y electrónico, y por iniciada la presente acción.
2. Se de traslado de la demanda de tenencia por el término legal.
3. Oportunamente y en definitiva, se confiera la tenencia judicial de los menores José María y Juan Pablo E.V. a su padre Enrique E.; y se ratifique en la compareciente la tenencia respecto de María Teresa y de María Belén E.V.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105, 106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$_____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

V.B). Ejemplo de escrito forense sobre ratificación de tenencia.-

RATIFICACIÓN DE TENENCIA.

SR. JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA DE 2º TURNO.-

Mª de los Ángeles A.Z., con cédula de identidad 3.000.851-3, con domicilio real en _____, constituyendo domicilio en _____, y electrónico en 1222333@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr Juez DIGO:

Que vengo a solicitar la **Ratificación de Tenencia** que de hecho ejerzo de mis hijos en base a las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho:

HECHOS

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

1-. Soy la madre de Jorge Mathías y Gustavo Nicolás G.A. a los cuales reconocí conforme al art 233 del Código Civil según surge de testimonio de partida que acompaño.

2-. Desde sus nacimientos mis hijos han permanecido bajo mi exclusivo cuidado por lo cual conviene al derecho de los menores y el mío propio se me ratifique la tenencia que de hecho ejerzo, conforme a lo establecido por los arts 35 y 37 del Código de la Niñez y Adolescencia.

3-. El padre de los menores, el Sr Gustavo G. los reconoció en su momento, como surge del testimonio de partidas de nacimiento que se acompañan, domiciliándose en el Departamento de Flores, ciudad de Trinidad, en la calle Manuel Oribe 123, no haciéndose cargo de sus deberes como padre desde hace muchos años.

PRUEBA

A los efectos de acreditar los extremos mencionados, propongo los siguientes medios de prueba, cuya admisión y diligenciamiento corresponderán a la etapa oportuna:

A) Documental:

Se ordene la agregación de los testimonios de las partidas de nacimiento de mis menores hijos, las que se acompañan e individualizan con letras A, B y C.

B) Por informe:

Se realice informe del DAS en el domicilio de los menores.

C) Testimonial:

Se cite a declarar en calidad de testigos a las personas que a continuación se detallan, quienes serán interrogados sobre las circunstancias narradas en el capítulo de Hechos:

- Graciela Raquel M.R., de 26 años, domiciliada en San José 1122 apto. 1, de ocupación empleada;
- María Virginia S.N., de 30 años, domiciliada en Gutemberg 2211, de ocupación estudiante;
- Viviana Medina S.P., de 29 años, domiciliada en Juan Paullier 7337, de ocupación enfermera.

DERECHO

Se funda el derecho en los arts 35 y 37 del CNA.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

PETITORIO.

Por lo expuesto al Sr Juez PIDO:

1-. Me tenga por presentada con los recaudos adjuntos, por denunciado el domicilio real y constituido el procesal y electrónico, y por incoado el accionamiento.

2-.Previo el diligenciamiento de la prueba ofrecida y dictamen favorable del Ministerio Público, se me ratifique la tenencia de hecho que ejerzo sobre Jorge Mathías y Gustavo Nicolás G.A., expidiéndose testimonio.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105,106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$_____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

V.C). Ejemplo de escrito forense contestando (oponiéndose) a la ratificación de tenencia accionada.-

EVACUA TRASLADO CONFERIDO,
OPONIÉNDOSE

SR. JUEZ LETRADO DE 1ª INSTANCIA DE FAMILIA DE 26º TURNO.-

Daniela G.Y., con Cédula de Identidad 2.098.698-7, con domicilio real en la calle _____, constituyendo domicilio procesal en la calle _____, y electrónico en 1222333@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, compareciendo en autos caratulados “D.H. Edy c/ G.Y., Daniela - Ratificación de tenencia” IUE 2-15864/2008, al Sr. Juez me presento y DIGO:

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Que vengo, en tiempo y forma, a oponerme a la ratificación de tenencia aducida por el Sr. Edy D.H., en mérito a las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho.

HECHOS

1. En el mes de julio, estando de vacaciones con mis hijas en Barra de Valizas, Departamento de Rocha, fui notificada de la ratificación de tenencia solicitada por el padre de las niñas.
2. Tal como surge de lo manifestado por el Sr. D.H. y del testimonio de partida que obra en autos es cierto que somos los padres naturales de las niñas Alegría y Marina D.G.
3. En el mes de octubre de 2004 la tenencia de nuestras hijas me fue ratificada en el proceso llevado a cabo ante el homólogo de 3er Turno de Rocha (F. 341-1159/2004).
4. No obstante no es cierto que mi domicilio sea en Barra de Balizas, por el contrario me encuentro radicada actualmente y durante el año lectivo de las menores en Montevideo (según se manifestó en la comparecencia de este escrito: calle _____), trasladándonos a Barra de Balizas solamente en y por el período de vacaciones.
5. Tampoco es cierto que el contacto que mantengo con las niñas sea esporádico. Si bien las menores pernoctan en el domicilio de su padre durante el año escolar (por razones de practicidad ya que la escuela a la que concurren esta cerca de éste), quien se ocupa del cuidado de nuestras hijas durante todo el día es la dicente. Soy yo quien lleva y retira a nuestras hijas, todos los días, a y de la escuela, dejándolas en el hogar de su padre sólo durante las horas de sueño. Asimismo las menores durante el fin de semana permanecen bajo mi cuidado. La situación manifestada es transitoria, ya que estoy buscando una nueva vivienda para alquilar en las proximidades de las escuelas a las que concurren nuestras hijas durante el período escolar.
6. Con respecto a los gastos que significa el cuidado de las menores son de mi cargo todos los generados diariamente, a saber: material escolar, vestimenta, actividades recreativas, etc.
7. Referente al viaje que realicé en el periodo comprendido entre el 10 de junio a 29 de setiembre por motivos laborales, no es cierto que mi intención fuera dejar a las niñas a

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

cargo de su padre. Por el contrario era un viaje programado para ser realizado en compañía de mis hijas, no pudiéndose llevar a cabo por la oposición de su padre. En aquel momento a los efectos de que las menores no se vieran perjudicadas por situaciones conflictivas, decidí que lo mejor era no cuestionar esa oposición, máxime teniendo en cuenta lo que se dirá en el numeral siguiente.

8. Marina padece encefalocele con malformación ventricular, agenesia parcial de cuerpo calloso y oloprosencefalia. Según el Informe Pedagógico elaborado por ANEP-CEP, Inspección Nacional de Educación Especial "...Marina es una niña que cuenta con muchas inseguridades en el ámbito familiar lo que dificulta su disposición para el aprendizaje. HIPÓTESIS: si Marina es respaldada por la seguridad en la permanencia del afecto de su padre y madre, si se encuentra acompañada en la interiorización de procesos de aprendizaje podrá registrar avances de significación... comenzar terapia psicológica para superar vivencias dolorosas...". Por lo dicho no conviene exponer a la menor y su hermana a constantes cambios en la vida familiar y social, lo que podría afectar más su desarrollo integral.

9. En lo que respecta a la Asignación Familiar percibo actualmente una asignación monoparental en mi carácter de madre soltera con niñas a cargo, la que destino exclusivamente a atender las necesidades básicas de ellas, suma cuyo cobro estoy dispuesta a ceder al padre de las menores a fin de que éste realice el control de su administración.

10. Por lo que viene de exponerse se solicita se desestime la petición incoada y se proceda judicialmente por la vía y forma pertinente según dispone el artículo 37 del Código de la Niñez y Adolescencia, debiéndose instaurar un proceso contencioso de tenencia.

DERECHO

Fundo mi derecho en el artículo 37 del CNA y demás normas concordantes y complementarias.

PETITORIO

1. Me tenga por presentada, por denunciado el domicilio real, por constituido el procesal y por evacuado el traslado en tiempo y forma.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

2. Se desestime la solicitud incoada por el Sr. Edy D.H., debiendo proceder procesalmente según lo dispuesto por el artículo 37 del CNA.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105,106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$_____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

V.D). Un ejemplo: la sentencia (109/2012) sobre tenencia del Juzgado Letrado de Familia.-

VISTO: Para Sentencia Definitiva de Primera Instancia estos autos caratulados "MB C/ AB - TENENCIA" - IUE 2-42937/2010, tramitados con intervención de la Fiscalía Letrada Nacional en lo Civil de 6° turno.-

RESULTANDOS:

1) Que a fs. 4-6 compareció MB promoviendo juicio de tenencia respecto de su menor hija VB, contra la Sra. AB, en base a las siguientes consideraciones.

Expresa, que del matrimonio con la demandada nació la menor de autos VB.

Luego del divorcio, ambas partes celebraron un convenio sobre guarda, tenencia, visitas y pensión alimenticia en los autos Ficha IUE 2-12923/2004, siendo la tenencia detentada por la madre y con posterioridad se modificó la pensión alimenticia y el régimen de visitas en los autos N° IUE 2-44355/2006 y IUE 2-12769/2007.

Asimismo manifiesta que con la demandada no mantiene diálogo alguno, tomando conocimiento por terceros específicamente por la psicóloga de la hija de ambos que es su intención radicarse en España, ya que su nueva pareja reside en dicho país,

haciéndose cargo de su hija los abuelos maternos, aunque a su hija le manifiesta que se piensa radicar en Inglaterra.

Ante la imposibilidad de la madre en seguir detentando la guarda material de VB, corresponde que la misma la detente el progenitor.

Es imposible convenir con la demandada en forma extrajudicial lo relativo a la tenencia, por lo cual se vio obligado a iniciar la presente acción.

Por su parte, vive en pareja desde hace 6 años, existiendo un hijo de dicha relación.

Asimismo, desde la separación con la demandada, siempre se ha preocupado por mantener un contacto diario con su hija, preservando en todo momento dicho vínculo, procurando un régimen de visitas en favor a los abuelos y tíos paternos, como surge de los autos acordonados.-

Agrega, que siempre ha cumplido puntualmente con sus obligaciones económicas hacia su hija, abonando las sumas convenidas, más el pago de la sociedad médica (MP) y el colegio Osé Pedro Varela, donde asiste VB, no existiendo ningún impedimento para que se le otorgue la tenencia de su hija ante la radicación de su progenitora en el exterior.

Ofreció pruebas. Fundó su derecho. Y solicitó que en definitiva se le conceda la tenencia de su menor hija y se deje sin efecto la pensión alimenticia que sirve a su favor.

2) Por auto N° 5513 de fecha 8/10/2010, se confirió traslado de la demanda el que fue evacuado por la parte demandada el día 19/11/2010, en base a las siguientes consideraciones.

Expresa, que es verdad que detenta la tenencia judicial de su hija como surge de los convenios en los expedientes que ha hecho mención la contraparte.

En los hechos la tenencia la ha ejercido su madre, abuela de la menor desde que se separó del actor, ya que desde el primer año de vida de la niña ha permanecido y vivido con ella, y que luego de separarse del actor pasó a vivir junto a su hija a la casa de su madre.

La niña se encuentra la mayor parte del tiempo bajo el cuidado de su abuela, además ella siempre ha trabajado en horarios muy extensos, su madre es quien se encarga de llevarla y retirarla de la escuela y de todas las necesidades de la niña, sin ella perder su rol materno.

En el mes de diciembre de 2010 la compareciente viajará a España por el período de 3 meses, motivo por el cual su madre inició trámite de Ratificación de Tenencia, Ficha IUE 2-44780/2010.

Asimismo, manifiesta que el actor ha estado en todo momento al tanto de dicha situación, y a pesar de haber formado nueva pareja, teniendo un hijo de dicha unión, no ha cesado en su acoso e intento de interponerse en su vida privada.

La menor de autos ha sido criada por la abuela materna, no teniendo el padre la tolerancia y la paciencia para estar con su hija.

Cabe destacar, que por manifestaciones de la menor, cuando en oportunidades se producen escarceos o diferencias con su medio hermano, se ve sancionada y no protegida por su padre.

No es cierto lo manifestado por el actor en cuanto a la no comunicación entre ambos, ya que ambos decidieron que la niña concurrirá a un psicólogo, estando comunicados diariamente, habiendo mejorado dicho vinculo a través de los mensajes de texto, sumado a todo ello, cabe destacar que el actor concurre día por medio a su domicilio a retirar a su hija.

VB siempre ha sido el centro no solo de su casa, sino de toda su familia, no teniéndolo presente el promotor lo que podría perjudicar emocionalmente a su hija un cambio en su vida.

Agrega, que ya ha viajado en oportunidades a España, quedando su hija al cuidado de su madre y su familia, estando siempre en total conocimiento el actor, no poniendo reparos ni observaciones a dichos viajes.

Ofreció pruebas. Fundó su derecho. Y solicitó que en definitiva se rechace la demanda en todos sus términos.-

3) Se convocó a las partes y al Ministerio Público para la audiencia 21/02/2011, solicitando una prórroga de la misma la parte demandada.-

4) El día 13/12/2010 comparece nuevamente la parte actora solicitando la tenencia provisoria, en base a lo siguiente.

Expresa, que la demandada ha confirmado que viajará al exterior, si bien agrega un tickets de fecha de retorno, por manifestaciones de la psicóloga de la niña, es que la idea

de la madre es radicarse en España, siendo posible que cambie la fecha de regreso al país.

Cabe destacar, que los hechos relatados por la demandada en su escrito de contestación son falsos, tergiversando los mismos.

El compareciente siempre ha sido un padre presente y preocupado, por lo que no existe razón alguna para que no detente la tenencia. Por lo que solicita que se le otorgue la tenencia provisoria de su hija a partir de que su madre viaje a España.

5) Por auto N° 2322 de fecha 24/05/2011, solicitando nuevamente la parte demandada prorroga de la misma, señalándose audiencia para el día 6/09/2011 (fs. 71-72) a la cual comparecieron ambas partes asistidas de sus letrados patrocinantes, se intentó infructuosamente la conciliación, se delimitó el objeto del proceso y de la prueba, disponiéndose por parte de la Sede se practicara una pericia psicológica a las partes y a la menor de autos, asimismo se designó Defensora-curadora de la menor de autos a la Dra. BB, señalándose audiencia a los efectos de la declaración de los testigos propuestos.

6) El día 26/09/2011, comparece en representación de la parte actora su letrada patrocinante interponiendo Recurso de Reposición contra la providencia en la cual se designó perito para la realización de las pericias dispuestas en autos, oponiéndose que la misma profesional realice las pericias a las partes y a la menor.

7) Con fecha 4/10/2011 la perito designada AN presente el informe de las pericias realizadas a las partes, dándose vista a las partes del informe agregado.

8) El día 7/10/2011, se realizó audiencia, habiendo comparecido las partes y la Defensora de la menor de autos, se recibió la declaración de uno de los testigos propuestos, y la Defensora solicita que se le otorgue la tenencia provisoria al padre, manteniéndose la situación de hecho como hasta el presente, en virtud de que la madre se encuentra radicada en el exterior, pasando los autos en vista al Ministerio Público, quien dictaminó a fs. 98.

9) Por auto N° 5944 de fecha 14/11/2011 se designó a la Psicóloga AP a los efectos de la realización de la pericia psicológica de la menor dispuesta en obrados, la que se cumplió a fs. 110-112.

10) Se convocó audiencia de alegatos para el día 14/08/2012, habiendo las partes y la Defensora de la menor de autos alegado de bien probado.

11) Se confirió vista al Ministerio Público, quien dictaminó a fs. 138, señalándose audiencia de lectura de sentencia para el día de la fecha.-

CONSIDERANDOS:

I) Que el objeto de ésta litis determinado en la audiencia celebrada el día 6/09/2011 (fs. 71-72), de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 341 Numeral 6° del Código General del Proceso consiste en la procedencia de Tenencia impetrada en autos. Determinar si corresponde otorgar la Tenencia en favor del actor MB respecto de su menor hija VB.

Como lo explica la Dra. Mabel Ribero de Arhancet "el conjunto de relaciones personales vinculatorias de los padres con los hijos, se lleva a cabo mediante la guarda que aquellos detenta sobre éstos".

"El concepto de guarda a su vez, en sentido amplio comprende la guarda material o tenencia del hijo (es decir el poder sobre la persona física del hijo), más el conjunto de atribuciones a que hemos hecho referencia (derecho de dirigir su educación, derecho de corrección, etc.)."

"Así dice De Vega en el caso 4765 publicado por La Justicia Uruguay T. 37: que los Artículos 257 y 258 del Código Civil, consagran el derecho a la tenencia del hijo o de colocarlo en el lugar que los padres estiman conveniente, y el derecho de dirigir su educación. El primero de ellos consagra lo que en doctrina se entiende por guarda en sentido estricto o tenencia, y ambos, la guarda en sentido amplio".

Para De Page, a su vez el derecho de guarda comprende los poderes sobre la persona del hijo; tanto físicos como morales: La guarda material se traduce en mantener el hijo en su casa, en alimentarlo y en prestarle cuidados corporales. La guarda jurídica comprende el derecho de educación para su desarrollo intelectual, moral y filosófico".

"Ahora bien, cuando en una relación normal ambos padres tienen su hijo consigo, coinciden ambos conceptos, guarda material o tenencia, y guarda jurídica".

"Pero cuando se produce la separación o el divorcio se produce una disociación en la guarda" ("Patria Potestad, Guarda, Tenencia" en Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo N° 3 pág. 28).

De acuerdo a ello, debe entenderse, entonces, que la guarda material o tenencia constituye más que nada una cuestión de hecho que de derecho por cuanto éstos están dados mas que nada en relación a la guarda jurídica los cuales no descaen en modo alguno por el no ejercicio de la guarda material (Artículo 178 del Código Civil). No obstante, éste hecho posee una relevancia fundamental para el menor involucrado en el asunto por cuanto ello va a incidir directamente en su formación, en su futuro, en su personalidad.

En tal sentido, y de acuerdo a éste aspecto básico que se traduce en lo que constituye el "interés del menor" (Artículo 350.4 del Código General del Proceso), en su conveniencia, su beneficio, su bienestar, a criterio de ésta sentenciante, compartiendo la opinión de la Sra. Representante del Ministerio Público, corresponde otorgar la Tenencia solicitada, obligando al progenitor de respetar la permanencia de la niña en el centro educativo y la continuación de el vínculo fluido con sus abuelos de acuerdo a sus necesidades.

En suma, los intereses del menor son los fundamentales y prioritarios y constituyen el norte o guía en la materia ya que han sido reconocidos por las normas constitucionales y legales (Artículo 40 de la Constitución Vigente, Artículo 350.4 del Código General del Proceso; Artículos 5.1, 17.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por la Ley No. 15.737 del 3/03/1985 y Artículos 1, 2, y 3 de la Convención de Derechos del Niño aprobada por la Ley No. 16.137 del 28/09/1990.- Como lo explica la Profesora Dra. Mabel Rivero de Arhancet en su libro "Patria Potestad, Guarda, Tenencia, en Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo N° 3 pág. 7 "Aunque el Artículo 252 del Código Civil establece que la Patria Potestad es el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres en las personas y bienes de sus hijos menores de edad, es admitido modernamente que este instituto jurídico conlleva la noción paralela de derecho- deber y que el primero se ejercita en la medida adecuada al cumplimiento fundamental deber familiar: cuidado y educación de los hijos menores de

edad", es decir que "si bien los padres tienen la responsabilidad de la formación y educación del menor, éste no es un objeto que se moldea, sino un sujeto a quien se ayuda a crecer y lograr su autonomía. Por lo cual resulta indispensable alcanzar el equilibrio entre el derecho de los padres a formar al hijo actuando el denominado criterio o principio del "interés del menor", con el respeto que merece éste como persona, que implica la posibilidad de que ejerza sus derechos, asumiendo concomitantemente la responsabilidad y los deberes para con los padres, la familia o la sociedad, acordes con su edad (Grossman, Cecilia en Rev. La Ley 1993- B sección doctrina Págs. 1096 y ss. 1103, ss, etc.)" (sentencia N° 22 del 4/2/98 del T.A. de Flia. Dres. Juan P. Tobía y Graciela Bello).

II) La jurisprudencia nacional ha sido conteste en sostener que el interés del menor se contempla siempre en todo aquello que se promueva, impulse, fomenta, a las personas que no han alcanzado la edad señalada por la ley para adquirir su plena capacidad. Como sinónimo de interés se incluyen los conceptos de "protección" y "garantía", por lo que el campo del tema se va ampliando correspondiendo lo que dice relación a la tutela, custodia, amparo, defensa, ayuda, seguridad, auxilio, cobijo, etc... para el menor (Dra. Ivonne Carrión Ramos, "El interés del menor en la jurisprudencia" en Revista Uruguaya de Derecho de Familia T. 4 pág. 154). Y resulta particularmente acertado señalar que "al hablar del interés del menor, se debe tener en cuenta, primordialmente que con él estamos apuntando al futuro, ya que el secreto del mismo radica en predecir, en base a los hechos, cual va a ser la solución más adecuada para el futuro del niño, con el único fin de protegerlo y lograr un desarrollo físico, psíquico, moral y material; procurar una estabilidad que resulte apta para la formación equilibrada de su personalidad" (sent. del T.A. Flia. 2° Turno N° 4 del 19/02/1997 y L.J.U. Tomo CIX de setiembre- octubre de 1994 caso 12.622).

III) De la prueba diligenciada en obrados analizadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica (Artículo 140 del Código General del Proceso), que consiste fundamentalmente en las pericias psicológicas realizadas a la menor de autos y a ambas partes, e informe social, emerge lo siguiente.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Procediéndose al análisis que la prueba pericial, el informe psicológico glosado en autos a fs. 31-33 de la psicóloga VL, emerge que trata a VB desde los 4 años de edad, no surgiendo de dicho informe ningún impedimento para que el padre ejerza la tenencia de su menor hija, extremo que es ratificado como se analizará en los precedentes por los restantes profesionales.

De las pericias realizadas por las psicólogas AN y AP emergen diáfananamente que el vínculo entre VB y su progenitor es muy estrecho, manteniendo una excelente relación con la familia paterna. En lo concerniente al cambio de hogar no le va a generar la menor ningún daño en su personalidad, al contrario la va a beneficiar, en virtud de que la misma tiene un excelente relación con su medio hermano Benjamín.

En lo que se refiere a la pericia realizada a los padres de la menor, no surge ningún impedimento para que ambos les impidan hacerse cargo de su hija pero se recomienda la ampliación de la convivencia con el padre.

De la pericia psicológica realizada por la psicóloga AP a fs. 101 y ss. se desprende: “Que el Sr. MB en un padre preocupado y afectuoso, que logra observar en forma realista los aspectos favorables y/o más problemáticos de su hija, dispuesto a colaborar en todo lo que para ella se requiera”.

Haciendo hincapié, el informe se refiere a que sería adecuado que VB en forma paulatina pasara más tiempo con su padre, sin perder el vínculo que mantiene con los abuelos maternos.

Cabe destacar, que las evaluaciones del DAS y las pericias en cuanto al contexto general tanto familiar como la vivienda de la casa de la madre, han sido óptimos.

No obstante, la proveyente considera que la menor está más a cargo de los abuelos maternos que de su madre biológica, ya que la misma se encuentra radicada en el exterior, por esa razón es que se considera que la tenencia la deberá ejercer el progenitor, al no existir impedimento alguno.

Del sub-lite de la declaración de la psicóloga VL surge que “el hecho de que la menor deje su hogar no le va a generar ningún trastorno, el ambiente con el papá no es nada nuevo para la niña, es un lugar donde ya ha creado vínculos. El vínculo de la niña con los abuelos es bueno, la niña quiere a sus abuelos, y por lo que la niña trasmite ellos

también la quieren ellos ofician como abuelos y no como padre, en cuanto a los límites es frágil, el vínculo si está depositado solo en ellos en lo que tiene que ver con la educación de la niña puede obstaculizar el desarrollo y la madurez” (fs. 96 vto).

En suma, si bien no existe ningún vicio ni ningún obstáculo que afecte a la Sra. AB para ejercer sus derechos de madre, pero al encontrarse radicada en el exterior priorizando el interés de VB es que se considera que la tenencia de la niña debe ser ejercida por su padre.

En base a las argumentaciones vertidas en los precedentes es que se hará lugar a la demanda impetrada debiendo el padre respetar la permanencia del centro educativo donde concurre la menor, como asimismo la continuación de un vínculo fluido con sus abuelos maternos (informe psicológico de fs. 92).

IV) Cabe destacar, que en el caso estudio se entiende que el trámite seguido ha sido el correcto.

Como señala la jurisprudencia: “se entiende que en el objeto del proceso de tenencia se haya constituido por la constatación de la situación fáctica que se invoca, y toda resolución que se adopte en el mismo puede ser siempre revisada o en otro proceso de igual índole”.

La sentencia definitiva que se pronuncie en el mismo prevalecerá entre las partes sobre lo resuelto en el proceso voluntario, ya sea que aquel proceso se haya promovido antes, durante o después que éste último (Artículo 405.2 del Código General del Proceso).

Pero además el Artículo 403.2 del Código General del Proceso determina que la iniciación del procedimiento se notificará a todo sujeto interesado en el asunto, “cuando así lo disponga la ley o se estimare por el Tribunal que, por la naturaleza del asunto, corresponde o conviene tal intervención”.

Es obvio, que ante la iniciación del proceso por el padre del menor, corresponde dar noticia según la norma referida al progenitor no tenedor, pudiendo éste oponerse a la admisibilidad de la solicitud, lo que, en caso de producirse provocará la formalización del correspondiente incidente Artículo 404,2 del Código General del Proceso”.

V) El Ministerio Público dictaminó a fs. 138 en forma favorable a la pretensión incoada.

VI) La conducta procesal de las partes ha sido correcta por lo que no existe mérito para la imposición de sanciones causídicas de ninguna especie (Artículos 56.1 del Código General del Proceso y 688 del Código Civil).

Por lo expuesto y las normas legales citadas

FALLO: DE CONFORMIDAD FISCAL OTORGASE AL SR. MB LA TENENCIA SOBRE SU MENOR HIJA VB, IMPONIÉNDOSELE AL PROGENITOR LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR LA PERMANENCIA DE LA NIÑA EN EL CENTRO EDUCATIVO AL QUE CONCORRE Y LA CONTINUACIÓN DE UN VÍNCULO FLUIDO CON SUS ABUELOS DE ACUERDO A SUS NECESIDADES.

HONORARIOS FICTOS: TRES BASES DE PRESTACIONES Y CONTRIBUCIONES PARA CADA PARTE.

EJECUTORIADA, REPÓNGASE LA VICÉSIMA, EXPÍDASE TESTIMONIO Y ARCHÍVESE.

V.E). Otro ejemplo: la sentencia (78/2012) sobre tenencia y visitas del Juzgado Letrado de Familia.-

VISTO:

Para Sentencia Definitiva de Primera Instancia estos autos caratulados "Sra. IJM C/ Sr. MICB - TENENCIA-VISITA" Ficha 2-20808/2008, tramitados con intervención de la Fiscalía Letrada Nacional en lo Civil de 4º turno.-

RESULTANDOS:

1) Que a fs. 3-5 compareció IJMH promoviendo juicio de tenencia, régimen de visitas provisorio y visitas en formán subsidiaria respecto de su menor hija KBLCM, contra el Sr. MICB, en base a las siguientes consideraciones.-

Expresa, que mantuvo una relación de noviazgo con el Sr MIC desde el año 2002 hasta mediados del año 2003, de dicha relación nació la menor de autos el día 2/3/2004, según

surge acreditado en autos, viviendo con la compareciente hasta hace poco tiempo atrás, estando bajo a su exclusivo cuidado.

Agrega, que por situaciones desgraciadas que tuvo que vivir, dedicó entregar a su hija en forma provisoria al padre hasta poder solucionar su situación, ya que no quería que dichas situaciones las padeciera la niña, razón por la cual la tenencia es ejercida por el padre.

Actualmente cuenta con un ingreso fijo y un hogar digno para hacerse cargo nuevamente de su hija, sumado a ésto es el deseo de la niña, como el suyo propio, sin dejar de desconocer que la niña ha vivido mayor tiempo con la compareciente.

Asimismo, manifiesta que el demandado desde que se hizo cargo de su hija, no le ha permitido verla más que alguna vez por mes, no teniendo en cuenta ni siquiera las necesidades de la niña, impidiendo en todo momento que ambas tengan contacto, ya en oportunidades se trato de presentar un convenio, no presentándose a firmar, dilatando la situación, por dicha razón es que solicita un régimen de visitas provisoria y en forma subsidiaria se fijen visitas a favor de la abuela materna hasta tanto se resuelva la tenencia definitiva.

Ofreció pruebas. Fundó su derecho. Y solicitó que en definitiva se le conceda la tenencia de su menor hija y en forma subsidiaria se fije un régimen de visitas definitivo.-

2) Se confirió traslado de la demanda el que fue evacuado por la parte demandada y se ordenó se practicara un informe por parte del DAS en el domicilio de la actora, lo que se cumplió a fs.10-11.-

3) A fs. 27-30 vto. compareció MIC contestando la demanda en base a las siguientes consideraciones.-

Expresa, que no son ciertos los hechos afirmados por la actora y lo único cierto es la relación de novios que tuvieron las partes, no viviendo nunca como pareja.

Desde el nacimiento de su hija hasta el mes de octubre de 2005 vivió con la madre y la abuela materna, pasando a vivir con él y sus padres desde el día 16/11/2005 en la ciudad de Progreso, departamento de Canelones, con el consentimiento de la actora, pasando en dos oportunidades a vivir primero con la abuela materna y luego con la actora y desde el 30/6/2006 pasó a vivir con él y los abuelos paternos en forma definitiva procediendo a

solicitar la Ratificación de Tenencia ante ésta Sede, haciéndose cargo de su hija en forma exclusiva, situación que se encuentra incambiable hasta la fecha.

Agrega, que su hija concurre al jardín de infantes “Tom y Jerry”, y estudia piano, siendo una niña muy feliz y bien cuidada por él con la ayuda de sus padres, no siendo en ningún momento su intención de separar a su hija de la madre.

Durante todo éste tiempo, la madre ha podido ir a visitar a su hija, no existiendo ningún impedimento por parte de él, viéndola cada 15 días, siendo los abuelos paternos quienes llevan a la menor a la casa de su madre los viernes por la tarde, retornandola la actora a la casa del compareciente los domingos en la tardecita; siendo totalmente falsas las afirmaciones de la contraparte cuando afirma que no se le ha permitido ver a la niña mas de alguna vez por mes.

Cabe destacar, que de las constancias que se adjuntan en autos del Jardín de Infantes y de la Profesora de piano, la madre visita a su hija semanalmente y cada 15 días.

Asimismo, pone en conocimiento a la Sede sobre la conducta de la actora respecto del cuidado que ha tenido sobre su hija, el día 16/11/2005 se le constató a la niña desnutrición, por tal motivo pasó a vivir con él y el día 6/1/2008 cuando la actora reintegra a la menor a su domicilio, la misma tenía una quebradura del puño de la mano derecho y del brazo, sin haberle dado ninguna clase de asistencia, siendo el compareciente y la abuela paterno quienes consultaron al médico, constatando dicha quebradura.

Ofreció pruebas. Fundó su derecho. Y solicitó que en definitiva se desestime la demanda, ratificando la tenencia de su menor hija al compareciente con un régimen de visitas a favor de la madre, como el que se viene cumpliendo hasta el presente.-

4) Se convocó a las partes y al Ministerio Público para la audiencia que se realizó el día 26/11/2008 (fs.53-54) a la cual comparecieron ambas partes asistidos de sus letrados patrocinantes, se ratificaron de sus respectivos libelos intruductorios, y propuestos medios conciliatorios las partes arribaron un convenio, homologándose con la conformidad del Ministerio Público por providencia N° 6316 de fs. 54, procediéndose luego del informe del INAU del departamento de Canelones, el archivo de los procedimientos.-

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

5) El día 4/5/2009 compareció nuevamente la parte actora, solicitando el desarchivo de los presentes y la prosecución del trámite en base a lo siguiente.

Expresa, que en ningún momento desistió de su pretensión en obtener la tenencia de su menor hija y que el acuerdo al que arribo con la parte demandada fue por el régimen de visitas a su favor solicitando que se fije audiencia a efectos del diligenciamiento de la prueba testimonial.-

6) Se convocó a las partes y Ministerio Público a la audiencia el día 14/9/2009 (fs.80-82 vto.), a la cual comparecieron ambas partes, se delimitó el objeto del proceso y de la prueba, se diligenció la prueba testimonial ofrecida por la parte actora, se ordenó se practicara a las partes una pericia psiquiática y una pericia psicológica a la menor de autos, designándose los peritos respectivos, así como la designación de Defensora-curadora de la menor de autos a la Dra. Graciela Porta, así como señalándose audiencia complementaria de prueba a los efectos de recibir la declaración de los testigos propuestos por la parte demandada el día 3/5/2010 (fs. 125-129), habiendo comparecido ambas partes y la Defensora de la menor de autos.-

7) A fs. 130-132 se cumplió por parte de la perito designada en autos la pericia psicológica ordenada para la menor de autos.-

8) El día 9/11/2010 compareció nuevamente la actora solicitado el beneficio de auxilioria de pobreza a los efectos de la realización de las pericias ordenadas en autos, señalándose audiencia para el día 31/3/2011, y por auto N° 4495 de fecha 9/9/2011 se ordenó que las pericias se realizaran por parte del ITF, lo que se cumplió a fs. 205-214.-

9) Pasaron los autos en vista al Ministerio Público, las partes alegaron de bien probado, señalándose audiencia a los efectos del dictado de sentencia para el día de la fecha.-

CONSIDERANDOS:

I) Que el objeto de ésta litis determinado en la audiencia celebrada el día 14/9/2009 (fs.20-82 vto), de conformidad con lo dispuesto por el Art. 341 numeral 6° del Código General del Proceso consiste en la procedencia de Tenencia impetrada en autos. Determinar si corresponde otorgar la Tenencia en favor de la actora respecto de su menor hija KCM.

Como lo explica la Dra. Mabel Ribero de Arhancet "el conjunto de relaciones personales vinculatorias de los padres con los hijos, se lleva a cabo mediante la guarda que aquellos detenta sobre éstos".

"El concepto de guarda a su vez, en sentido amplio comprende la guarda material o tenencia del hijo (es decir el poder sobre la persona física del hijo), más el conjunto de atribuciones a que hemos hecho referencia (derecho de dirigir su educación, derecho de corrección. etc.)."

"Así dice De Vega en el caso 4765 publicado por La Justicia Uruguay T.37: que los arts. 257 y 258 del Código Civil, consagran el derecho a la tenencia del hijo o de colocarlo en el lugar que los padres estiman conveniente, y el derecho de dirigir su educación. El primero de ellos consagra lo que en doctrina se entiende por guarda en sentido estricto o tenencia, y ambos, la guarda en sentido amplio".

Para De Page, a su vez el derecho de guarda comprende los poderes sobre la persona del hijo; tanto físicos como morales: La guarda material se traduce en mantener el hijo en su casa, en alimentarlo y en prestarle cuidados corporales. La guarda jurídica comprende el derecho de educación para su desarrollo intelectual, moral y filosófico".

"Ahora bien, cuando en una relación normal ambos padres tienen su hijo consigo, coinciden ambos conceptos, guarda material o tenencia, y guarda jurídica".

"Pero cuando se produce la separación o el divorcio se produce una disociación en la guarda" ("Patria Potestad, Guarda, Tenencia" en Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo N° 3 pág.28).-

De acuerdo a ello, debe entenderse, entonces, que la guarda material o tenencia constituye más que nada una cuestión de hecho que de derecho por cuanto éstos están dados mas que nada en relación a la guarda jurídica los cuales no decaen en modo alguno por el no ejercicio de la guarda material (Art.178 del Código Civil). No obstante, éste hecho posee una relevancia fundamental para el menor involucrado en el asunto por cuanto ello va a incidir directamente en su formación, en su futuro, en su personalidad.

En tal sentido, y de acuerdo a éste aspecto básico que se traduce en lo que constituye el "interés del menor" (Art.350.4 del Código General del Proceso), en su conveniencia, su beneficio, su bienestar, a criterio de ésta sentenciante, compartiendo la opinión del Sr.

Representante del Ministerio Público, corresponde otorgar la Tenencia solicitada.-En suma, los intereses del menor son los fundamentales y prioritarios y constituyen el norte o guía en la materia ya que han sido reconocidos por las normas constitucionales y legales (Art. 40 de la Constitución Vigente, Art. 350.4 del Código General del Proceso; Arts. 5.1, 17.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por la Ley No. 15.737 del 3/3/1985 y Arts. 1, 2, y 3 de la Convención de Derechos del Niño aprobada por la Ley No. 16.137 del 28/9/90.-Como lo explica la Profesora Dra. Mabel Rivero de Arhancet en su libro "Patria Potestad, Guarda, Tenencia, en Cuadernos del Anuario de Derecho Civil Uruguayo N° 3 pág. 7 "Aunque el Art. 252 del Código Civil establece que la Patria Potestad es el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres en las personas y bienes de sus hijos menores de edad, es admitido modernamente que este instituto jurídico conlleva la noción paralela de derecho- deber y que el primero se ejercita en la medida adecuada al cumplimiento fundamental deber familiar: cuidado y educación de los hijos menores de edad", es decir que " si bien los padres tienen la responsabilidad de la formación y educación del menor. éste yo no es un objeto que se moldea, sino un sujeto a quien se ayuda a crecer y lograr su autonomía. Por lo cual resulta indispensable alcanzar el equilibrio entre el derecho de los padres a formar al hijo actuando el denominado criterio o principio del "interés del menor", con el respeto que merece éste como persona, que implica la posibilidad de que ejerza sus derechos, asumiendo concomitantemente la responsabilidad y los deberes para con los padres, la familia o la sociedad, acordes con su edad (Grossman, Cecilia en Rev. La Ley 1993- B sección doctrina Págs. 1096 y ss. 1103, ss, etc.)" (sentencia N° 22 del 4/2/98 del T.A. de Flia. Dres. Juan P. Tobía y Graciela Bello).-

Es por eso que la doctrina y la jurisprudencia son contestes y así lo ha recogido la norma del Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley N° 16.137) que en principio el niño tiene el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez" (ver también lo expresado sobre este punto por la Dra. Maria del Carmen Díaz Sierra en " El Derecho del Niño a ser escuchado en el marco del

principio rector del interés superior del menor" en Rev. Uruguay de Derecho de Familia N° 15 págs. 187 a 194).-

II) Establecido cual ha de ser el criterio inicial para la dilucidación de ésta litis corresponde analizar si en la especie se han verificado "motivos graves" que ameriten el traspaso de la tenencia de de su madre a su padre. Y en éste punto éste proveyente arriba a conclusiones similares a las del Ministerio Público entendiendo que no existen razones de peso que justifiquen un alteración en la situación actual de tenencia y visitas de la menor y ello, aún admitiéndose que el accionante ha acreditado estar en perfectas condiciones de ejercer dicha responsabilidad.

En efecto el principal argumento esgrimido por el progenitor, consiste en la afirmación de que no se altere la estabilidad de la menor.

De la prueba diligenciada en autos y analizada de acuerdo a las reglas de la sana crítica (Art.140 del Código General del Proceso), emerge lo siguiente.

De la pericia psicológica realizada por la Psicóloga Ana de la Peña fluye que la menor K, fue producto de un embarazo adolescente, no planificado, pero aceptado en principio mayoritariamente por la madre. La familia de ambos adolescentes son lo que se han encargado de la menor. Dentro del informe psicológico se destaca "las figuras femeninas las gráfica con menos sostenes que las masculinas, y ambas con elementos de mucha agresividad. Aparecen celos hacia una hermana menor, muy pegado a la madre y a su vez la figura materna embarazada y cuando elige una mujer en el juego representando a la madre, ésta también está embarazada.-

Concluye la perito que se trata de una niña que esta rodeada de afecto y cuidada por ambas familias. Dadas las distancias de ambos domicilios no es posible pensar de una forma de habitación compartida y que lo mas adecuado para K al momento.

No obstante, todo lo positivo que ha recibido, hay aspectos que debe trabajar en un proceso psicoterapeutico que aparece en lo proyectivo, agresividad, falta de sostén, necesidades de dar, necesidad de agradar, que posiblemente tenga que ver de la separación de su padre a una temprana edad, habiendo sido ésta la figura mas cercana, aunque el padre y los abuelos estuvieron siempre presentes". (fs.131-132).-

Asimismo, de las pericias psiquiátricas realizadas por el ITF surge lo siguiente, en lo concerniente a MIC se concluye que no presenta ningún trastorno que contraindique el buen desempeño de su rol paterno.

Con respecto a la IM se concluye que no presenta ninguna contraindicación para no hacerse cargo de su hija, sugiere la perito que la pericia de la niña sea la que determine la decisión ya que ambos padres están en condiciones de desarrollar su rol paterno (fs.210).

La pericia realizada por el I.T.F. a la menor de autos de 7 años de edad, se concluye “que K se siente afectada por la situación de autos, la que le genera angustia por momentos. Se vive vulnerable ante la situación familiar, sintiendo que debe elegir por una de los progenitores, haciendo de acuerdo a los afectos que se ponen en juego.

Percibe las dificultades de la comunicación entre su padres, viviendolos en una guerra permanente, lo que le genera inseguridad en ocasiones.

Trae una imagen paterna muy valorada, que siempre puede contar.

La imagen materna la trae como muy importante, compañera, con quien disfruta compartir, sintiendo que puede contar con ella.

Respecto a la situación planteada de la tenencia, manifiesta desde una posición muy clara, su deseo de permanecer como está y continuar viendo a su madre.

Por lo expuesto sería recomendable: 1) se mantenga la situación de K tal como está en la actualidad en relación a la tenencia y las visitas con su madre. 2) Se mantenga a la misma al margen de la problemática de sus padres y 3) Realicen tratamiento psicoterapeutico a los efectos de ayudarla en lo que está viviendo” (fs.213-214).-

De las declaraciones testimoniales vertidas en obrados fluye:

La testigo ER manifestó que: “Que la niña tiene buena relación con la madre, la conoce a la madre de la misma y tiene un cuarto que comparte con su hermana.” (fs.80 vto)

Los demas testigos de la parte actora: G y V manifestaron que la niña tiene una buena relación con su madre teniendo en la casa de ésta última juguetes, ropa y un cuarto que comparte con su hermano, cuando la madre trabaja queda al cuidado de su abuela materna (fs. 81-81 vto)

Los testigos correspondientes a la parte demandada expresaron lo siguiente:

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

La testigo MC expresó que: “que cuando el padre trabaja la niña queda al cuidado de su abuela paterna, con juguetes, ropa su espacio para jugar, lo necesario para el desarrollo de la niña para jugar, sabe que la niña tiene contacto con su madre, siempre tuvo un buen vínculo, la niña tiene un buen trato con su padre y sus abuelos paternos, sabiendo exactamente cual es su casa, sabe que la niña está atendida por un psicólogo, la lleva la abuela paterna o el padre. Cuando la niña vuelve de la casa de la madre, lo hace sin problema, nunca sintió que lloraba por quedarse con su madre. La niña nunca le manifestó de querer irse a vivir con la madre y el padre nunca le puso trabas para que la madre vea a su hija” (fs.81 vto-82)

La testigo P manifestó que: “la relación con el padre y la hija es buena, él siempre está pendiente de su hija, ha concurrido a la casa del demandado, ella tiene un cuarto para ella solo, no le falta nada. La menor concurre a un psicólogo, lo sabe porque la abuela paterna la saca antes del jardín para llevarla al mismo.- La menor de autos vive con el padre y los abuelos paternos desde el año 2006, no sabe el motivo, ya que siempre ha visto a la niña con el padre” (fs.82-82 vto).

Por último la testigo G, expresó que: “el vínculo de la madre y su hija es correcto, la actora es cariñosa con su hija, muchas veces la actora con la menor y su otro hijo van almorzar a la casa de la testigo. Nunca escuchó a la menor manifestar con quien quiere vivir, en la casa de la madre la niña comparte el dormitorio con su hermanito, es muy grande y muy bien decorado. La situación de la actora es muy esforzada, la menor de autos está muy bien con la familia paterna, no puede precisar si la madre puede tener a su hija viviendo consigo”. (fs.128-128 vta).

III) Ahora bien, habiéndose optado por mantener la tenencia a cargo del padre, la pregunta sería (por qué no otorgar la tenencia en forma compartida a ambos progenitores como se refería la eventual posibilidad la psicóloga De la Peña) máxime cuando, como se ha dicho, se ha probado en autos, que por suerte K, el padre se encuentra apto para hacerse cargo de su tenencia. Y a juicio de ésta sentenciante, las razones para acceder a ello radica en que para que pueda prosperar una tenencia compartida sobre los hijos es menester que se den ciertas condiciones que no se verifican en el caso concreto de autos. Específicamente, se requiere que la relación entre

las personas que habrán de ejercer esa tenencia se desarrolle en términos de armonía, de colaboración decidida, de mutuo respeto y tolerancia, de diálogo abierto, condiciones todas éstas que no se dan en la especie por lo cual resulta evidente que una tenencia compartida no aparece como una solución que mejore la situación o que beneficie el interés de la menor.

En tal sentido, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º turno en sentencia del 30 de agosto de 1989 sostuvo una opinión similar para oponerse al otorgamiento de la guarda jurídica y material compartida afirmando que: "La Sala estima inconveniente el régimen de tenencia compartida, por cuanto la educación y formación de la personalidad de la menor requieren unidad de criterio en la dirección, que se desvirtúa cuando los niños pasan continuamente de mano en mano (Borda, Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia T. I pág. 360 y jurisprudencia allí citada) o cuando las divergencias que determinaran la ruptura del vínculo conyugal, proyectado temporalmente, impiden la formación del clima de armonía, equilibrio y mesura en cuyo entorno se deben aportar las decisiones que afecten el futuro del menor" (La Justicia Uruguay Tomo CI de julio-agosto de 1990 caso 11.468). Todo ello, sin perjuicio de que, como lo entiende la Sra. Fiscal interviniente "es muy conveniente que la madre continúe teniendo una participación activa y no de simple vigilancia en el desarrollo y crecimiento emocional y personal de la menor, el que encuentra en directa relación con el vínculo afectivo estable que se ha venido gestando entre madre e hija".

Atento, a lo argumentado a los precedentes, corresponde que la menor continúe viviendo con su padre, desestimándose la demanda impetrada.-

IV) La jurisprudencia nacional ha sido conteste en sostener que el interés del menor se contempla siempre en todo aquello que se promueva, impulse, fomenta, a las personas que no han alcanzado la edad señalada por la ley para adquirir su plena capacidad. Como sinónimo de interés se incluyen los conceptos de "protección" y "garantía", por lo que el campo del tema se va ampliando correspondiendo lo que dice relación a la tutela, custodia, amparo, defensa, ayuda, seguridad, auxilio, cobijo, etc.... para el menor (Dra. Ivonne Carrión Ramos, "El interés del menor en la jurisprudencia" en Revista Uruguay de Derecho de Familia T.4 pág. 154). Y resulta particularmente acertado señalar que "al

hablar del interés del menor, se debe tener en cuenta, primordialmente que con él estamos apuntando al futuro, ya que el secreto del mismo radica en predecir, en base a los hechos, cual va a ser la solución mas adecuada para el futuro del niño, con el único fin de protegerlo y lograr un desarrollo físico, psíquico, moral y material; procurar una estabilidad que resulte apta para la formación equilibrada de su personalidad" (sent. del T.A. Flia. 2º Turno Sentencia TA FAMILIA No. 4/997-2 del 19/2/97 y L.J.U. Tomo CIX de setiembre- octubre de 1994 caso 12.622).

En el caso a estudio, la Resolución a adoptarse debe serlo el función de las resultancias del proceso y de los principios rectores en la materia, fundamentalmente, en interés bien entendido del niño (Convención sobre los derechos del Niño, Art. 3 y Art. 350.2 del Código General del Proceso).

Resulta trascendental la clave para resolver la pugna de los intereses en conflicto teniendo presente las condiciones adecuadas y favorables relacionadas al desarrollo integral de la menor y sobre todo el interés representado aquí por la estabilidad que la niña K continúe viviendo con su padre con un amplio régimen de visitas a favor de su madre con la que tiene una excelente relación.

V) Cabe destacar, que en el caso estudio se entiende que el trámite seguido ha sido el correcto.

Como señala la jurisprudencia: "se entiende que en el objeto del proceso de tenencia se haya constituido por la constatación de la situación fáctica que se invoca, y toda resolución que se adopte en el mismo puede ser siempre revisada o en otro proceso de igual índole.

VI) El Ministerio Público dictaminó en forma anticipada a fs. 218 en forma desfavorable a la pretensión incoada.-

VII) La conducta procesal de las partes ha sido correcta por lo que no existe mérito para la imposición de sanciones causídicas de ninguna especie (Art.56.1 del Código General del Proceso y 688 del Código Civil).

FALLO: DE CONFORMIDAD FISCAL DESESTIMASE LA DEMANDA, SIN ESPECIAL SANCION PROCESAL.-

HONORARIOS FICTOS: TRES BASES DE PRESTACIONES Y
CONTRIBUCIONES
EJECUTORIADA, REPONGSE LA VICESIMA, EXPIDASE TESTIMONIO Y
ARCHIVESE.

Capítulo VI:
Pensión alimenticia
(alimentos).-

Al igual que en los casos anteriores, el juez competente para entender en un proceso de alimentos es el del domicilio del menor. Aquí es el artículo 63 del CNA el que hace una remisión expresa a los artículos 346, 347 nral. 2, 349 y 350 del CGP, por lo tanto, las reclamaciones que versan obre alimentos (o pensiones alimenticias), discurrirán por la estructura extraordinaria¹⁰².

Según establece el CNA en su artículo 45, por alimentos, se hace mención omnicomprendiva de la asistencia material de los menores. A su vez, el deber de asistencia familiar está constituido por los deberes y obligaciones a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos, cuya finalidad es la protección material y moral de los miembros de la misma.

Claramente se intenta dar un significativo amplificador al término alimentos. Y, concomitantemente, el CNA no deja pasar la oportunidad para otorgar un concepto legal de alimentos. Así es que en su artículo 46 establece: “los alimentos están constituidos por las prestaciones monetarias o en especie que sean bastantes para satisfacer, según las circunstancias particulares de cada caso, las necesidades relativas al sustento, habitación, vestimenta, salud y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, educación, cultura y recreación. También se consideran alimentos los gastos de atención de la madre durante el embarazo, desde la concepción hasta la etapa del post parto. Las prestaciones deberán ser proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y a las necesidades de los beneficiarios”.

El alcance amplificador queda claro y manifiesto. Pero queda claro además que la prestación alimentaria debe responder a una ecuación que dice relación con “las

¹⁰² Resultan aplicables los artículos 2, 3, 7, 8, 9, 11, 12, 14, y 16 del CNA. Cabe dejar consignado desde ya que, los procesos de tenencia, guarda, visitas y pensión alimenticia, son acumulables ya que todos ellos siguen la estructura procesal extraordinaria, y contarán con identidad de los sujetos procesales. En cambio, la ratificación de tenencia, no resulta acumulable, pues sigue la estructura del proceso voluntario.

posibilidades económicas de los obligados y las necesidades de los beneficiarios”; ésta será la forma de fijar las pensiones alimenticias, y no otra. Salvo que haya un acuerdo de partes, o que el obligado a servir las, proponga -sometiéndose a- una prestación más gravosa.

En tal sentido, el efecto amplificador se refuerza en el artículo 58, al otorgarse un concepto legal de ingreso, sueldo o haber, entendiéndose por tal: “todo ingreso de cualquier naturaleza, periódico o no, que se origine en la relación laboral, arrendamiento de obras o de servicios o derive de la seguridad social. No se computarán por ingresos, a los efectos de la pensión alimenticia, lo que perciba el obligado a la prestación por concepto de viáticos sujetos a rendición de cuentas. Cuando los viáticos no estén sujetos a rendición de cuentas se computarán a efectos de la pensión alimenticia en un 35% (treinta y cinco por ciento). Quedan asimilados ..., los ingresos provenientes de retiros periódicos por concepto de utilidades, beneficios o ganancias, cobro de intereses o dividendos. En general, todo lo que perciba el deudor de alimentos por su trabajo o su capital”.

La importancia de la pensión alimenticia queda signada por el artículo 52 del CNA, al caracterizarla como intransmisible, irrenunciable, inembargable, incompensable e imprescriptible¹⁰³.

El artículo 47 establecerá que “las prestaciones alimentarias serán servidas en dinero o en especie, o de ambas formas, en atención a las circunstancias de cada caso. Todas las prestaciones se servirán en forma periódica y anticipada. El obligado a prestar alimentos podrá exigir de la persona que administre la pensión alimenticia, rendición de cuentas sobre los gastos efectuados para los beneficiarios. El Juez apreciará si corresponde dar trámite a la solicitud de rendición de cuentas”.

¹⁰³ Pese a ello, según el artículo 53, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse, y el derecho a demandarlas, podrá transmitirse por causa de muerte. Y según el artículo 54, los alimentos futuros pueden transarse, teniendo efecto después de ser aprobada judicialmente la transacción.

Por su parte, el artículo 48 establece que los alimentos se deben desde la interposición de la demanda.

Tratándose de aumento o reducción de la prestación, la misma surtirá efecto desde la interposición de la demanda, salvo que el Juez, apreciando las circunstancias del caso, disponga que se aplique desde que la sentencia quede ejecutoriada.

Los alimentos convenidos extrajudicialmente, se deben desde la fecha pactada.

Incoada la acción de alimentos, el juez al proveer sobre la demanda, y atendidas las circunstancias invocadas, fijará alimentos provisionales. Aquí corresponde hacer mención al extremo que, para ciertos colegas, no es posible una diferencia entre el quantum alimentario provisional y el definitivo. Adviértase que no se hace de recibo una práctica que se detecta en el foro cuando algunos colegas requieren una pensión alimenticia provisional del 20% y una definitiva del 25-30%. Adviértase que siendo la misma necesidad, parecería lógico que se verifique una identidad entre el quantum alimentario solicitado como provisorio y el que se solicita como definitivo.

El artículo 50 del CNA establece que los beneficiarios -acreedores- de la obligación alimentaria (pensión alimenticia) son los menores de edad, así como los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno que no dispongan -en el último caso- de medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación.

Mientras tanto, el artículo 51 del mismo cuerpo normativo, establece que los obligados -deudores- de la obligación alimentaria (pensión alimenticia) son los padres o los adoptantes (obligados principales). Y para el caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario, se prestarán subsidiariamente (obligados subsidiarios o secundarios) de acuerdo al siguiente orden: 1º) los ascendientes más próximos, con preferencia los del progenitor obligado; 2º) el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario; 3º) el concubino o la concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja, que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho; y 4º) los hermanos legítimos o naturales, con preferencia los de doble vínculo sobre los de vínculo simple.

En el primer y cuarto caso, si concurrieren varias personas en el mismo orden, la obligación será divisible y proporcional a la posibilidad de cada obligado.

Como toda obligación, cuenta con un tope, el que está establecido por el artículo 59 del CNA: “podrá retenerse mensualmente hasta un 50% (cincuenta por ciento) de los ingresos cuando así lo justifique el número de hijos y las necesidades de los mismos. La resolución del Juez deberá ser fundada y será apelable sin efecto suspensivo”.

A su vez, como toda obligación, cuenta con un punto final. En el caso de los alimentos, la obligación de servirlos se mantiene mientras no se solicite judicialmente su cese. Y este cese sigue también una estructura extraordinaria, puede solicitarse judicialmente: 1º) cuando el beneficiario o cumple los 21 años, o habiendo cumplido los 18 años es autosuficiente¹⁰⁴; 2º) cuando el deudor se halla en imposibilidad de servirlos; 3º) cuando fallece el alimentante, sin perjuicio de la asignación forzosa que grava la masa de la herencia; y 4º) cuando fallece el alimentario, en cuyo caso la obligación se extiende a los gastos funerarios, siempre que no puedan cubrirse de otra manera.

Y estando ante una obligación de naturaleza alimentaria, el CNA no retacea en generar cortapisas que permitan su cabal cumplimiento. Así, según los artículos 57, 60, 61 y 62, cuando el obligado judicialmente a servir alimentos, habiendo sido intimado judicialmente, omitiera prestarlos sin causa justificada, el juez de familia dará cuenta de inmediato al juez letrado en lo penal que corresponda, a los efectos previstos por el artículo 279A del Código Penal. El juez letrado en lo penal deberá comunicar al juez de familia las resultancias de las actuaciones llevadas a cabo por dicha sede.

En el caso de prestar el alimentante servicios retribuidos por particulares o empresas, éstas tendrán la obligación de informar a la Sede que así lo solicite todo lo relativo a los ingresos de aquél dentro del plazo de quince días de recibido el oficio por

¹⁰⁴ Cuando se trate de un beneficiario que cumpla veintiún años de edad, bastará que el alimentante se presente ante el Juez Letrado de Familia que intervino en la fijación de alimentos solicitando el cese de la pensión, agregando la partida de nacimiento del beneficiario, y sustanciándose con traslado a la contraparte por el plazo perentorio de veinte días. Transcurrido el plazo sin que se evacue el traslado, se decretará el cese de la pensión alimenticia, notificando a la otra parte. Si se dedujere oposición se tramitará por el procedimiento establecido en los arts. 346 y 347 CGP -estructura extraordinaria-.

el que se le reclama. El incumplimiento de esta obligación hará pasibles a los particulares o empresas a la condena en astreintes¹⁰⁵. La obligación de informar existe aún cuando el alimentante no integre los cuadros funcionales o planilla de trabajo, pero tuviese con la empresa o particular cualquier relación patrimonial o beneficio económico¹⁰⁶. Cuando el alimentante prestase servicios retribuidos por particulares o empresas y se negare a cumplir la obligación de alimentos, se ordenará a aquéllos que efectúen la retención correspondiente a los sueldos o haberes respectivos. Para hacer efectiva la contribución señalada por el Juez, bastará la orden librada por oficio al habilitado en la oficina en que preste servicios el alimentante, y la empresa o el patrón responderán personal, solidaria e ilimitadamente del pago, si injustificadamente no cumplieran la orden recibida.

El empleador o empresario que intencionalmente ocultare, total o parcialmente los ingresos, sueldos o haberes del obligado, será considerado incurso en el delito de estafa. En el mismo delito incurrirá todo aquel que obstaculizare o impidiere la correcta prestación de la obligación alimentaria dispuesta judicialmente, o simulare créditos contra el obligado, o de cualquier manera colaborare intencional y fraudulentamente, en la reducción del patrimonio efectivo del alimentante. El juez de familia dará cuenta de inmediato al juez letrado en lo penal que corresponda.

Iniciado el juicio de alimentos, el demandado no podrá ausentarse del país sin dejar garantías suficientes, siempre que así lo solicitare el actor.

Como todo proceso de familia, estamos ante asuntos sobre los que recaen sentencias *rebus sic stantibus*. Por ello mismo, son siempre revisables y modificables. En tal sentido, el artículo 55 del CNA establece que “los alimentos podrán ser objeto de aumento o de reducción, si se modifica la situación económica del deudor o las necesidades del acreedor. Se tramitarán por el procedimiento establecido en los artículos 346 y 347 del CGP”. Ergo, se trata también de procesos extraordinarios, que deben

¹⁰⁵ Honestidad obliga a señalar que en la práctica forense, el mecanismo legal de las astreintes no es utilizado normalmente.

¹⁰⁶ Claramente se hace referencia a las situaciones de externalización laboral.

tramitarse por pieza separada y no dentro del mismo expediente de pensión alimenticia, aunque siga la misma estructura procesal.

Un dato nada desdeñable, radica en la cantidad de accionamientos alimentarios. Sólo en Montevideo, en el año 2006, se presentaron unas 2.590 reclamaciones de pensiones alimenticias; en el año 2007 fueron 3.728 los procesos accionados; y en el año 2008 fueron 3.700 las demandas presentadas. El aumento de las reclamaciones es claro, en esta materia.

Cabe consignar que, los procesos de cese de pensión alimenticia, tramitan mediante estructura extraordinaria. Salvo cuando el cese de pensión refiere a que el beneficiario de la prestación haya cumplido los 21 años de edad; en este caso, la estructura procesal a seguirse resulta sui generis, pues parecería un monitorio, pero sin decreto inicial.

Veamos un ejemplo de solicitud de pensión alimentaria.

PENSIÓN ALIMENTICIA

SEÑOR JUEZ LETRADO DE FAMILIA DE 4º TURNO.-

MARIELA R.M., con cédula de identidad 1:108.363-2, con domicilio real en _____, constituyendo domicilio en _____, y electrónico en 1222333@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, en mi calidad de madre legítima en ejercicio de la patria potestad y en nombre y representación de mis menores hijos *Nicolás Gastón y Diego Joaquín M.R.*, al Señor Juez se presenta y dice:

Que viene en la representación invocada a iniciar DEMANDA DE ALIMENTOS para sus menores hijos contra el Sr. GABRIEL M.T., domiciliado en _____, en mérito a las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho:

HECHOS

LEGITIMACIÓN:

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

1.- Con fecha 22/III/1985, la compareciente contrajo matrimonio con el demandado, tal y como emerge del testimonio de partida de matrimonio que adjunta (Doc. A).

2.- De dicha unión nacieron sus dos menores hijos: Nicolás Gastón y Diego Joaquín, el 31/X/1987 y el 29/VII/1994 respectivamente, como surge de los testimonios de partidas de nacimiento que adjuntan (Docs B y C).

ANTECEDENTES:

3.- Hace varios meses que los progenitores se encuentran separados en atención a que el Sr. Gabriel M.T., en modo unilateral, decidió abandonar el hogar conyugal trasladando su domicilio al que se denuncia en el exordio.

4.- Desde que se produjo dicha separación, la actora no ha recibido pensión alimenticia estable de parte del demandado.

5.- Este extremo es de singular y preponderante importancia ante una realidad de absoluta insuficiencia de los recursos de la compareciente para hacer frente a los gastos del hogar.

6.- Enfrentada al hecho consumado de la separación, y atento a la discrecionalidad absoluta con que se ha comportado el demandado en lo atinente a los alimentos para con sus hijos, es que la compareciente se ve forzada a solicitar el debido y regular aporte de su padre a los efectos que puedan mantener el mismo nivel de vida que tenían previo a la separación.

CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DEL PADRE:

7.- Respecto del monto que se solicitará tanto por concepto de pensión alimenticia provisoria como de definitiva, y de acuerdo a la normativa y la doctrina de mayor recibo, el mismo deberá estar determinado por los ingresos del Sr. M.T. y por las necesidades de nuestros hijos.

8.- En este sentido es del caso destacar que el Sr. M.T. reviste como Jefe de Área en el Departamento de Procesamiento de Datos del Banco de Galicia y Buenos Aires con domicilio en _____ (Doc. D).

9.- Dado que la gestión de los negocios bancarios tiene grandes particularidades, y no obstante lo afirmado en el numeral anterior, resulta plausible que el demandado

desarrolle materialmente sus tareas en la empresa _____ S.A., domiciliada en _____, empresa vinculada al Banco de Galicia y Buenos Aires.

10.- Sus ingresos por esa actividad, ascienden según sus dichos a más de \$ 85.000 mensuales, careciendo la actora de información fidedigna alguna al respecto.

11.- El demandado cobra además, y en forma exclusiva, los alquileres devengados por el arriendo de una finca propiedad del matrimonio ubicada en _____, cuya fianza corresponde a Contaduría General de la Nación (Doc. E).

12.- El Sr. M.T. hace uso en forma exclusiva del automóvil marca Peugeot, sedán 4 puertas, modelo 306 diesel, que fuera adquirido por el matrimonio en el año 1998, por un precio aproximado de dólares americanos veinte mil (US\$ 20.000^{oo}).

CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LA MADRE:

13.- Como se prueba mediante el recibo correspondiente, la actora percibe \$ 3.365^{oo} como funcionaria no docente del Consejo de Educación Primaria. (Doc. F).

NECESIDADES DE LOS ACREEDORES ALIMENTARIOS:

14.- Se trata de dos muchachos (un prepuber y un adolescente), con todas las necesidades inherentes a su edad y condición, a saber:

14.A.- Alimentos “strictu sensu”: si bien se adjuntan a modo de indicio diversos recibos y boletas de compra de alimentos e insumos de higiene y limpieza para los menores lo cierto es que se trata de un hecho notorio el incremento y gran consumo que de comestibles, etc. realizan dos jóvenes en esta etapa de su crecimiento (Docs. G a L que representan el consumo promedio de unos 10 días).

14.B.- Así mismo al tener una edad signada por una actividad social intensa y una jornada extensa, son una gravitante preponderante en los consumos de energía eléctrica, teléfono, agua potable, etc. (Docs. M a O).

14.B.- Similar incidencia en el presupuesto familiar tienen servicios usufructuados en mayor o menor medida por los menores, como son por ejemplo: a) servicio celular que le permite al mayor cuando realiza salidas estar en contacto permanente con su hogar, b) suscripción a televisión por abonados, c) veterinaria, servicios y alimentos para la mascota de los muchachos (Docs. P a T).

14.C.- Educación: Los menores concurren a una serie de actividades extracurriculares como ser: clases de inglés, deportes, cuyo costo surge de los documentos que se acompañan (Docs. U y V), además de que Nicolás asiste eventualmente a clases particulares de matemáticas, química y física en la academia “EXZ” ubicada en _____.

14.D.- Habitación: Resulta ocioso mencionar, que aún siendo de propiedad del matrimonio la finca en que se domicilian los menores, genera un sinnúmero de gastos de difícil estimación, con más los generados por padrón lindero, que dominialmente en idéntica situación, fue adquirido y es utilizado para servicio del inmueble antes referido. Se adjuntan a modo de indicios recaudos de tributos, contribución inmobiliaria y seguro por ambos padrones. (Docs. W a D[^]).

14.E.- Vestimenta: A la exigua duración de las prendas de vestir fruto del crecimiento constante y uso extremo que de ellas hacen los adolescentes, hay que adicionarle criterios de elección de marcas y tipos de ropa, signados por el nivel de vida que el padre les dió durante todo el período de vida anterior a la separación (Docs.E[^] a H[^]).

14.F.- Salud: Por el momento se encuentran satisfechas las necesidades de cobertura médica de los acreedores alimentarios mediante beneficios laborales derivados del empleo del Sr. M.T. y que no le generan a éste erogación o gasto alguno, no obstante lo cual frecuentemente los medicamentos deben ser adquiridos en farmacias (Docs. I[^] a J[^]).

DE LAS CAUSAS QUE MOTIVAN LA PROMOCIÓN DEL PRESENTE PROCESO:

15.- De todo lo que viene de decirse resulta claro que el hogar constituido en su momento por los Sres. M.T., R.M. y sus hijos, fue un núcleo familiar de posición económica holgada, donde los ingresos del Sr. M.T. como funcionario bancario resultaban fundamentales.

16.- Por su parte la Sra. R.M. durante su matrimonio nunca tuvo conocimiento directo y fehaciente de los ingresos de su marido, limitándose a administrar las sumas que éste le entregaba, y sus ingresos personales que eran y son volcados en su totalidad al hogar.

17.- Luego de producirse la separación, si bien el Sr. M.T. proveyó asistencia económica, ésta nunca fue ni una cifra regular, ni mucho menos se entregó en fecha

determinada, ubicando así en una situación “cuasi” mendicante a los acreedores alimentarios expuestos a la variabilidad de la voluntad del proveedor de alimentos.

18.- Alejado por propia voluntad de su hogar, el demandado optó por aportar cifras que si bien nunca fueron inferiores a \$ 10.000⁰⁰, se encontraban muy por debajo de satisfacer las necesidades de sus dos hijos, y de lo que él mismo pudo y puede aportar para ellos. En efecto, de estar a sus últimas afirmaciones el Sr. M.T. afectaría menos del 12% de sus ingresos en asistencia económica para sus hijos (Docs. K[^] a L[^], talones de recibos de pensión alimenticia que el demandado hace firmar a la compareciente mes a mes).

19.- Solamente el carácter abnegado y conciliador de la compareciente, aunado a la ignorancia en que sobre sus ingresos la tenía sumida el demandado, evitaron la dilucidación judicial de este conflicto con anterioridad.

20.- Sin embargo hoy se han sobrepasado todos límites tolerables en este sentido.

21.- En últimos contactos mantenidos entre las partes, el demandado le ha manifestado a la compareciente entre otras cosas:

21.A.- que no sabe por cuánto tiempo más tendrá su trabajo, dado el hecho notorio de las dificultades económicas que atraviesa el Banco donde trabaja.

21.B.- que atento a eso, ahora no le importa que la compareciente conozca la cifra exacta de sus ingresos ya que no sabe por cuánto tiempo más se mantendrán.

21.C.- que existe la posibilidad de que continúe trabajando para esa u otra empresa en el mismo rubro, pero en ese caso reducirá sus aportes para sus hijos.

21.D.- que existe la posibilidad que no continúe trabajando y en ese caso tendrá que “ver” la compareciente cómo se arregla, mientras él se toma un tiempo indeterminado de descanso y reflexión.

22.- Va de suyo, pues, que el demandado ha llevado su arbitrariedad a un extremo intolerable, generando una incertidumbre absoluta sobre si en el futuro contribuirá, y de ser así con cuanto, para el sustento de sus hijos.

23.- Tal incertidumbre (impropia e innecesaria de parte de quien tiene un trabajo del tipo que se denuncia), es incompatible con los gastos regulares y constantes de los menores, impidiendo por un lado que la actora pueda determinar la necesidad de ajustes o

recortes, y por otro, enfrentándola a la profunda angustia de temer que en un futuro tenga que hacer frente, en solitario y con sus magrísimos ingresos, a los gastos de sus hijos.

24.- Por último es en virtud de estas peculiares determinantes, que junto con la pretensión principal, la actora se ve en la necesidad de solicitar una pensión provisional equivalente a un 35% de los ingresos mensuales del demandado. Acreditado como está en estos autos por la probanza documental cuál es el nivel de aporte actual del Sr. M.T. se debe solicitar además, que tal porcentaje no sea inferior a la suma de 56 UR mensuales, a los efectos de evitar retaliaciones de parte del Sr. M.T..

DERECHO

Funda el derecho en las siguientes normas: artículos 116, 121 y 122 del C.C. y en los arts. 117, 311, 317, 349.2 y 350.2 siguientes y concordantes del C.G.P.

PRUEBA

A los efectos de acreditar los extremos invocados, ofrece el diligenciamiento de los medios probatorios que a continuación se detallan:

DOCUMENTAL: Se agreguen los siguientes documentos:

- Testimonio de partida de matrimonio de la compareciente con el Sr. Gabriel M.T.
- Testimonios de partidas de nacimiento de los hijos del matrimonio
- Certificación sobre gastos de curso de inglés
- Recibo del club deportivo
- Recibo cementerio parque mascotas
- Recibo veterinaria
- Factura UTE por padrón lindero a la finca de Austria 1862 de propiedad del matrimonio
- Recibo club deportivo
- 3 recibos de tributos domiciliario y 1 de contribución inmobiliaria por el padrón 112522.

- 1 recibo de Tributo domiciliarios y 1 recibo Tasa saneamiento por padrón 112521
- Recibo de sueldo de la Sra. Mariela R.M.
- Recibo televisión por abonados (TVC)
- Recibo consumo agua potable
- Recibo servicio telefónico
- Recibo servicio de telefonía movil
- Recibo Impuesto de primaria
- Recibo poliza de seguros por la finca Austria 1862
- Factura UTE por finca Austria 1862
- 7 Facturas de compra alimentos, artículos limpieza, higiene personal, alimento para las mascotas y supergas.
- Talones de recibos expedidos por pensiones alimenticias estableciendo montos servidos en esas oportunidades
- 3 Facturas por compra de calzado y vestimenta
- 1 Recibo de cobro de alquiler expedido por “Administración RAG” respecto de la finca ubicada en Avda. Carlos Ma. Ramírez 1944, cobrado por el demandado.

POR OFICIOS:

1) Se oficie al Banco de Galicia y Buenos Aires en los domicilios denunciados en los numerales 8 y 9, a los efectos de que conjuntamente con la retención que establezca la sede en virtud de la medida provisional solicitada se informe: función, categoría laboral, remuneración, beneficios de tipo económico y/u otros, del demandado derivados de la relación laboral.

2) Se oficie a la “Administración y Venta de Propiedades _____” domiciliada en _____ a los efectos de que informe fecha de contrato, monto del arriendo e identidad de quien confirió la administración así como quien cobra los arriendos de la finca ubicada en _____ y si dicho arriendo cuenta con la fianza del Servicio Garantía de Alquileres de Contaduría General de la Nación.

INTIMACIÓN:

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Se intime al demandado la presentación de sus recibos de sueldo por el período de los últimos 12 meses, así como liquidación o copia de recibos expedidos con motivo del cobro de los arriendos de la finca ubicada en _____ por los últimos 12 meses.

PETITORIO

Por lo expuesto al Sr. Juez SOLICITA:

- I) Le tenga por presentada en la representación invocada, con los recaudos adjuntos, por denunciado el domicilio real, por constituido el domicilio procesal y electrónico, y por iniciada la presente acción
- II) Se fije una Pensión Alimenticia Provisoria a favor de sus menores hijos, equivalente a un 35% de los ingresos que por todo concepto perciba:
- a. de sus empleadores el Sr. M.T. oficiándose a los efectos de su retención, estableciéndose además que en virtud de todo lo expresado dicha suma no podrá en ningún caso ser inferior a 56 UR,
 - b. de Administración de Propiedades RAG por los arriendos del inmueble ubicado en Av. C. Ma. Ramírez 1944, oficiándose para su retención debiendo entregar dichas sumas a la compareciente para su administración, dentro de los primeros diez días de cada mes.
- III) Se confiera traslado de la demanda por el término legal.
- IV) Que en definitiva se fije una Pensión Alimenticia a favor de sus menores hijos, equivalente a un 35% de los ingresos que por todo concepto perciba Sr. M.T. (rentas, salarios, etc) oficiándose a los efectos de su retención, estableciéndose además que en virtud de todo lo expresado dicha suma no podrá en ningún caso ser inferior a 56 UR mensuales, debiéndose entregar dichas sumas a la compareciente para su administración, dentro de los primeros diez días de cada mes.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105, 106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$ _____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC),

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

VI.A). Posibilidad de incoar la responsabilidad extracontractual del obligado a servir pensiones alimenticias cuando ese incumplimiento descansa o se intenta justificar tras un ocultamiento patrimonial.-

Un extremo poco frecuente, pero que resulta viable, es la posibilidad de incoar la responsabilidad extracontractual del obligado a servir pensiones alimenticias cuando ese incumplimiento descansa o se intenta justificar tras un ocultamiento patrimonial.

En tal sentido, y en apretada síntesis, la Sentencia N° 132/2004 de la Suprema Corte de Justicia, establece que la sentencia no ha transitado el procedimiento dispuesto expresa y previamente por la sentencia de la Corte en tanto debió recomponer el patrimonio del obligado incorporando idealmente las propiedades que IOK enajenó después del 1/6/78, conformando de tal forma su caudal efectivo a fin de definir en sus verdaderos términos la ecuación alimentaria, para lo cual debió tener presente el preciso indicativo en el auto de procesamiento donde surge en forma detallada la cantidad de propiedades que IOK enajenó. El omitir efectuar dicha operación implica un grave incumplimiento respecto del mandato expreso de la sentencia cuya liquidación se procesó. De tal forma resulta imposible configurar el verdadero caudal efectivo, determinar si hubo o no ocultamiento, la entidad del mismo y su incidencia en la fijación del monto pensionario.

En cambio, si se hubiera procedido siguiendo fielmente la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, se habría constatado que de la lista de propiedades vendidas por IOK, contenidas en el auto de procesamiento, sólo dos son las enajenadas posteriormente al 1/VI/1978, pero al pasar a la incorporación de dichos bienes a la nómina de los reconocidos como de su propiedad por IOK, se habría advertido y comprobado que los referidos bienes ya habían sido admitidos como suyos en la

contestación de la demanda originaria de alimentos. Por lo tanto, de acuerdo a los parámetros y pautas de la sentencia de la Suprema Corte no ha habido ocultamiento y consecuentemente no ha habido daño, conclusión a la que coincidentemente arriba la sentencia del Tribunal de Familia, por lo que el apartamiento respecto de las pautas de la sentencia de la Corte invalida las conclusiones del pronunciamiento, pues vulnera la cosa juzgada derivada de la misma.

Retomando expresiones de la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia, descarta el ocultamiento o si efectivamente lo hubo, señala que el mismo resultó irrelevante y no incidió en la fijación de la pensión originaria, pronunciamiento que además de haber sido dictado por un Tribunal específicamente competente en la materia alimentaria, tiene los efectos de la cosa juzgada respecto de la cuestión planteada en cuanto define el problema del ocultamiento, que había sido planteado como razón para el aumento pensionario solicitado, por lo que desatender las conclusiones de la sentencia del tribunal respecto del ocultamiento patrimonial implica también vulnerar la cosa juzgada derivada de dicha sentencia.

No obstante surgir del libelo introductorio que las accionantes inician juicio de reclamación por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual contra IOK y su hermana BOK , sin perjuicio del sustento de la responsabilidad y de las normas que la rigen, el asunto se encuentra vinculado íntimamente a las obligaciones pensionarias del demandado para con las mencionadas menores.

Así, relevan las circunstancias que dieron mérito al procesamiento de IOK y su hermana como autor y co-autor respectivamente de un delito de estafa perpetrado contra las menores hijas de IOK y su madre, poniendo de manifiesto que el demandado no cumplió con sus obligaciones y al haber iniciado juicio de pensión alimenticia se introdujeron elementos falsos, sosteniendo IOK que no poseía ingresos y que éstos eran mínimos, así como ocultando los ingresos y su patrimonio. Especificando respecto al daño causado que consiste según la actora, en la resistencia de IOK a pagar una pensión que permitiera a sus hijas mantener el nivel de vida que tenían antes de la separación.

La sentencia de primer grado condena a IOK y BOK a abonar solidariamente por concepto de los daños morales reclamados la cantidad de \$ 100.000, reajustables desde

el día de la demanda y hasta el efectivo pago y en segunda instancia se confirma, fijándose el monto en \$ 150.000, pronunciamiento que, en función de la casación de la Corte anula parcialmente la dictada en autos y se condena a indemnizar el daño material por el lapso que media entre la fijación inicial de la pensión y la demanda de aumento de la misma y en cuanto condena al pago de intereses no pedidos y se deriva todo al art. 505 del C.P.C.

Sentencia cuyo fundamento reposa en que durante el período enunciado las menores recibieron ingresos por debajo de los que en verdad les hubiera correspondido si se tienen en cuenta los bienes propiedad del demandado que fueron ocultados en perjuicio del legítimo derecho alimentario que poseían. Período en el cual se produjo el daño establecido por el ocultamiento de los bienes.

El pronunciamiento de segundo grado dictado en el proceso liquidatorio precisa, siguiendo en ello el razonamiento adoptado por la Corte en casación que: "... el acotamiento temporal del accertamento del quantum debeatur por el daño material sufrido, esto es, desde el 1/6/78 hasta el 10/4/87, indica a las claras que, como sostiene la demandada, existe una necesaria vinculación entre este proceso reparatorio y el juicio de alimentos, que impide que por la vía de la actuación de la pretensión reparatoria, se resarzan las actoras de daños cuya cuantía resulta superior al porcentaje de aumento pensionario dispuesto en el proceso revisivo...". Lo que conduce a que la Sala tenga necesariamente en cuenta el patrimonio inmobiliario que se mantenía oculto al momento de iniciarse el proceso alimentario original, retomando el concepto de la Corte que hace referencia a la ecuación necesidades de las beneficiarias y caudal del obligado, como pautas de estimación del quantum debeatur, evaluando que si por esta vía se superara el aumento de pensión decretado en sede competente (30%) teniendo en cuenta el caudal inmobiliario real del obligado, se estaría disponiendo un improcedente incremento pensionario y vulnerando la cosa juzgada recaída en el proceso de alimentos; lo que la lleva a corregir los errores numéricos padecidos en la sentencia de primera instancia y establecer el monto en la suma de U\$S 30.000.

Si se analizan las pautas establecidas por la Corte en la S. N° 344/1995, surge que las mismas son típicamente alimentarias (art. 122 del C.C.) en tanto ordena tener en

cuenta "los perjuicios que pudo causar el ocultamiento", "las necesidades de las menores beneficiarias" y "el caudal efectivo del obligado", considerándose como período por el cual corresponde acotar la pretensión reparatoria la fecha de ocultamiento de los bienes de IOK en junio de 1978 hasta la solicitud de aumento de pensión, abril de 1987, efectuándose la mención a los bienes objeto de ocultación como indicador del patrimonio del demandado, no estableciéndose una determinada equivalencia entre dicho patrimonio y el quantum de la indemnización a liquidar sino que se explicita que la misma debe determinarse atendiendo también a las demás pautas indicadas.

Resultan manifiestamente infundadas las críticas de las recurrentes relativas a la supuesta retroactividad asignada al fallo de segunda instancia dictado en el proceso alimentario en tanto el Tribunal toma el aumento allí fijado -retroactivo a la fecha de la demanda- como medida del perjuicio y lo aplica al período a reparar, y a que se toman en cuenta normas o conceptos propios de la materia de familia en tanto la liquidación fija las pautas del fallo de la Suprema Corte de Justicia que refiere a aspectos típicamente alimentarios en tanto -como se señalara ut supra- la pretensión reparatoria sustentada en autos tiene su causa petendi en el incumplimiento -en virtud de maniobras fraudulentas- de la obligación alimentaria del Dr. IOK.

Cabe precisar asimismo, en concordancia con lo establecido por el Sr. Fiscal de Corte, que la presunta incompetencia por razón de materia y ausencia de jurisdicción puesta de manifiesto por las accionantes carece de todo sustento jurídico en tanto la circunstancia de que el Tribunal tome en consideración lo decidido en Sede de familia como ilustrativo a los efectos de que no se dicten fallos contradictorios sobre un mismo asunto no genera un efecto o incidencia respecto de la competencia del órgano, máxime cuando ello ya fue decidido y confirmado a f. 75 por parte del Tribunal actuante.

Por lo que cabe concluir que la decisión adoptada no afecta la cosa juzgada alcanzada en el proceso de conocimiento en tanto en la determinación del "an debeatur", no obstante diferirse para el proceso liquidatorio, contiene pautas de determinación, las que fueron tomadas en cuenta y aplicadas por parte del órgano de segundo grado de mérito.

Como se sostuviera en S. N° 101/1999: "... la Sala Civil se atuvo a derecho al tomar en cuenta, como correspondía, lo establecido en la respectiva sentencia cuyo mandato debe liquidarse...". Precisando que en ello se encuentra interesado un aspecto procesal de suma importancia: "... la liquidación de la sentencia debe ser hecha conforme lo indicara la sentencia ejecutoriada que impuso tal determinación".

Se comparte lo expresado por el Sr. Fiscal de Corte cuando señala que en tanto el presente proceso persigue como finalidad la fijación del monto líquido adeudado, cuya determinación tiene (necesariamente) como base la prueba del perjuicio ocasionado por el ocultamiento de bienes que se efectuara por el obligado con la finalidad de servir una pensión alimentaria menor, dice relación con el daño que su conducta ilícita originó en las promotoras y como tal fue entendido por el colegiado de segundo grado que, no obstante haber tomado como pautas lo establecido en los autos que por pensión alimenticia se tramitaran en la Sede de Familia, no afectó lo decidido en su oportunidad respecto de las sumas que, por concepto de alimentos, debieron servirse.

A contrario de lo postulado por los recurrentes, si no se respetara lo expresado por el Tribunal de Familia al decretar el aumento tomando en cuenta el ocultamiento, lo que haría es precisamente violentarse los principios enunciados, llegando al absurdo de dictar sentencias contradictorias con cifras disímiles para un mismo caso, aunque el período sea diferente. Resulta asimismo carente de sustento la impugnación respecto de la consideración del 30% decretado por el Tribunal de Familia de la pensión a ese momento como cifra representativa de la dimensión económica del ocultamiento patrimonial en tanto efectivamente lo constituye y debe ser tomada de base en tanto se resuelven los mismos hechos, esto es la indemnización reclamada por la disminución en el monto pensionario desde el momento de fijación originaria de la pensión hasta que se tuvo conocimiento del ocultamiento, y en consecuencia se promoviera la demanda de aumento.

Se insiste. Resultaría contradictorio que el Tribunal de Familia estableciera una cifra basada en los hechos que se han aclarado respecto al ocultamiento de los bienes, y

que el Tribunal Civil, basado en los mismos hechos y en las mismas aclaraciones, luego de descubierto y aclarado el ocultamiento, concluya en una cifra diferente.

Lo que determina que no pueda imputársele al pronunciamiento de segunda instancia el vicio de haber fallado violentando la cosa juzgada en tanto la Sala, conforme a la reseña practicada ut supra, actuó en consonancia a lo resuelto en el proceso de conocimiento.

VI.B). Un ejemplo de sentencia (112/2012) del TAF sobre pensión alimenticia.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: “SRA. F.L.M.M. C/ SR. M.R.A. - PENSION ALIMENTICIA”- N° de Expediente 2-3741/2009, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada contra la Sentencia interlocutoria No. 2230/010 de fs. 219/ vto. dictada el 13 de mayo de 2010 y la Sentencia J.L.Familia No. 65/011-17 definitiva de fs. 304/313 dictada el día 30 de junio de 2011 por la Sra. Jueza Letrada de Familia de 17° Turno, Dra. Mirian Musi Chiarelli.

RESULTANDO:

1) Que la interlocutoria precitada resolvió desestimar como hecho nuevo el invocado por la parte demandada, concediéndose la apelación con efecto diferido.

En tanto la sentencia definitiva fijó la pensión alimenticia que el SR. M.R.A. deberá servir a sus hijos M.A. y S.J., el equivalente al 25% de todos los ingresos que percibe, montos que serán entregados a la SRA. F.L.M.M., en carácter de administradora, porcentaje que en ningún caso podrá ser inferior a \$ 27.125 mensuales reajustables por IPC anualmente. Y de haberse generado diferencias, deberán ser abonadas en 12 cuotas mensuales, iguales y consecutivas junto a la mensualidad, oficiándose.

2) El representante letrado de la parte demandada a fs. 314/321 vto. funda el recurso de apelación interpuesto contra la providencia No. 2230/010 y manifiesta en síntesis: que

entiende que el mismo confunde hecho nuevo alegado con la prueba solicitada sobre el mismo, ya que la SRA. F.L.M.M. percibe otros ingresos, independientemente de lo recibido por concepto de pensión alimenticia provisoria para su administración y de lo que eventualmente perciba por concepto de arrendamiento del inmueble ganancial. El hecho nuevo, que tiene influencia sobre el objeto del debate alegado fue la percepción por parte de la actora de otros ingresos. Resulta impensable sostener que el hecho nuevo alegado debió haber sido esgrimido en la contestación de la demanda, cuando su acaecimiento fue posterior a dicha fecha y basta tan solo ver las fechas de los depósitos. El oficio solicitado al BROU y a la ORT, solo intenta acreditar el hecho nuevo, los otros ingresos de la contraria, que de acuerdo a la información obtenida datan de fines de 2009, en depósitos en una cuenta bancaria propia de la contraparte. Agrega que, no se requiere acreditar que el hecho nuevo haya sido recientemente conocido, así lo entiende la Doctrina y Jurisprudencia mayoritaria. La Sede no tomó en consideración que la SRA. F.L.M.M. no se opuso a la agregación de hecho nuevo denunciado, que la recurrida viola los Arts. 24, 25 y 350 del C.G.P. y que choca contra todo principio de razonabilidad.

Interpone recurso de apelación contra la Sentencia Definitiva No. 65, le agravia que la misma es contradictoria en sí misma, por un lado expresa que la obligación alimentaria de sus progenitores es solidaria respecto de ambos y acto seguido, hace soportar sobre el actor el abono de casi la totalidad del monto pensionario.

Entiende, que la misma no toma en consideración, que la actora percibe la suma de U\$S 24.800 por arrendamiento del inmueble de origen ganancial, y que los otros ingresos que percibe, declarados por ella a fs. 191 y siguientes, de modo que los ingresos que percibe la actora no son tomados en cuenta. Sostiene que, el Tribunal de Alzada debe revocar la sentencia e imponer como monto pensionario la suma de \$U 15.625 habida cuenta que la actora detenta capacidad contributiva y está obligada a prestar alimentos a los menores de autos al igual que el demandado.

Además, le agravia que la sentencia no toma en cuenta a la hora de fijar el quantum pensionario los ingresos del demandado. El fallo admite que los ingresos han disminuido, y en la actualidad percibe un salario mensual de \$U 40.000 pero sin

embargo aumenta- en relación al monto pensionario provisional- el quantum del mismo en un 5% de los ingresos.

Asimismo, le agravia que no se toma en cuenta la falta de colaboración de la actora y el ocultamiento de sus ingresos. Desde el inicio la misma no ha colaborado con la Sede. Se llamó al más absoluto silencio en cuanto al precio de pago de arrendamiento del inmueble ganancial, lo que salió a la luz porque el demandado lo puso de manifiesto. Del mismo percibe la suma de \$U 24.800 y percibe ingresos de \$U 30.000 en forma mensual.

También le agravia que el quantum mínimo fijado por la sentencia en recurso viola lo preceptuado por el Art. 59 del C.N.A., porque el mismo supera el 50% de los ingresos que percibe el demandado, ya que dicho porcentaje representaría \$U 20.000, pero en autos se fija un mínimo de U\$ 27.125.

Por último, la sentencia es pasible de caer en ultrapetita, porque la misma yerra bajo dos puntos de vista: primero, la solicitud de la actora no hace referencia a porcentaje alguno sino que solicita el quantum pensionario en una suma fija e invariable, lo que ha sido desatendido en la sentencia y en segundo lugar, puede ocurrir que el día de mañana los ingresos del demandado sean tales que el 25% fijado en autos supere el monto solicitado por la actora en su demanda, produciéndose en consecuencia una condena mayor a lo solicitado por la accionante. Solicita se revoque el fallo conforme a lo expuesto en la contestación de la demanda.

3) Sustanciado el recurso de apelación el representante letrado de la parte actora evacua el traslado en los términos que da cuenta la actuación de fs.329/338 manifestando en resumen: en cuanto al recurso de apelación en subsidio interpuesto contra la interlocutoria No. 2230/010, estima que no es un hecho nuevo que la SRA. F.L.M.M. tenga depósitos en su cuenta bancaria ya que los mismos se dieron a razón de que el demandado no depositó durante varios meses y la actora tuvo que recurrir a la ayuda de familiares para cubrir sus gastos. Agrega que, la información se consiguió de forma ilegítima, violando el secreto bancario. Afirma que, el hecho nuevo debe ser desestimado por no cumplir con los requisitos de nuestra normativa y en su defecto, se

deberá desestimar en virtud de que el mismo es una prueba conseguida a través de medios ilegales.

Entiende que la Sra. Juez aplica correctamente el Art. 51 del C.N.A., en cuanto fija una pensión alimenticia proporcional a los ingresos de cada progenitor. Y que lo que percibe la actora por arrendamientos no debe ser considerado al momento de fijar el quantum ya que a duras penas se han solventado los gastos del inmueble, considerando que no se ha alquilado y los elevadísimos gastos comunes que tiene el mismo.

Agrega que, la sentencia toma en cuenta los ingresos del SR. M.R.A., el cual ha cambiado 4 veces de trabajo desde que se inició el proceso. A su entender, no es un agravio que se le fije una pensión mayor si posee menores ingresos, ya que el porcentaje debe cubrir las necesidades de sus hijos y mientras la retención, el monto o porcentaje no viole las normas vigentes, el Juez, basándose en el principio *rebus sic stantibus*, podrá modificarlo en relación a la necesidad de los beneficiarios de la pensión alimenticia y a la capacidad contributiva del demandado. Afirma, que no ha existido falta de colaboración de la actora y que la misma no ha ocultado información. Los dineros, cuya información de depósito consiguió de forma ilegítima el SR. M.R.A., fueron depositados por los padres de la actora para ayudarla a cubrir los rubros básicos ante el no pago de reiterados meses por SR. M.R.A., tal como surge de los escritos del demandado. Quien ha ocultado información es el demandado quien nunca brindó las liquidaciones de impuestos ni recibos de sueldo de sus pases por Argentina y Chile, también ocultó y movió las inversiones que tenía en Uruguay y en el extranjero. También ocultó ingresos el demandado al poner su dinero en cuentas a nombre de terceros, ya que de la información solicitada en la pensión, nunca surgió dinero alguno a su nombre, incluso cuando existen recibos de sueldos e información del Club Nacional de Fútbol por más de U\$S 15.000. El monto pensionario fijado como mínimo fue propuesto por el demandado y hay que tener presente que no se excede el 50%, ya que el SR. M.R.A. considera solo su supuesto sueldo para decir que se viola el máximo legal del Art. 59 del C.N.A., sin tomar en cuenta sus ingresos por rentas de capital, por lo que la cifra apenas llegaría al 10 o 20% de sus ingresos. Señala que la sentencia no es pasible de caer en ultrapetita, ya que la misma no fija un monto mayor al solicitado

solamente dispone una forma distinta en la que se debe abonar la pensión, de forma porcentual. Entiende que, debe considerarse no sólo los hechos que declara SR. M.R.A. sino también los premios que se le abonan y los dividendos, intereses o rentas de los capitales que posee y que ha escondido a su esposa. Queda claro que existen cuentas en el extranjero, ya que de lo contrario no se puede entender de donde vinieron los casi U\$S 250.000 a finales del año 2008 o a donde fueron los euros girados de la cuenta del Banco Santander. Teniendo presente los antecedentes de SR. M.R.A. para pagar y para calcular los ingresos sobre los que debe pagar el porcentaje, es imprescindible que la Sede, al momento de dictar resolución, lo haga en base a un monto de dinero, ya que la suerte de los beneficiarios alimentarios puede verse vulnerada por las maniobras del obligado, quien maneja la documentación en su poder para pagar lo mínimo posible si se le fijan porcentajes.

Solicita se desestime el recurso de apelación interpuesto por las razones esgrimidas, se confirme la recurrida en todos sus términos y se condene en costas y costos al demandado en virtud de la actitud maliciosa del mismo.

4) Por auto No. 5017/011 de fecha 6 de septiembre de 2011 se concede la apelación para ante esta Sala, disponiéndose la elevación de los autos con las formalidades de estilo.

5) El expediente es recibido por el tribunal el día 8 de noviembre de 2011 y por Decreto No. 876/011 de fecha 9 de noviembre de 2011, se dispone el pase en vista al Ministerio Público y posterior a estudio sucesivo de los Sres. Ministros. Cumplido lo anterior, se opta por dictar decisión anticipada en virtud de lo dispuesto por el Art. 200.1 C.G.P.

CONSIDERANDO:

I.- El Tribunal, con el voto unánime de sus integrantes habrá de confirmar las sentencias de Primera Instancia, por lo que se expondrá.

II.- En autos la actora en representación de sus hijos menores promovió juicio pensión alimenticia definitiva por U\$S 5.600 o su equivalente en pesos al tipo de cambio del día 16.2.09 de \$130.770 reajustables cuatrimestralmente según el IPC si fuera en pesos. Por su parte el demandado solicitó que se fijara la pensión solicitada en U\$S 933,00 o su equivalente en moneda nacional en \$ 21.925,50

En el transcurso del proceso el demandado invocó como hechos nuevos supuestos ingresos que la demandada que habrían ocultado, solicitando oficios a diferentes instituciones (bancarias y educativas) (fs. 189/193).

Como surge del resultando primero los hechos nuevos no fueron admitidos, en tanto se fijó la pensión alimenticia a favor de los menores en el 25% de los ingresos del demandado, todo ello ocasionó oportunamente (fs. 225/228 vta y 314 /321 vta.) agravios a dicha parte según surge del resultando 2º de la presente sentencia.

III.- A juicio de esta Sala no son de recibos los agravios respecto de la interlocutoria impugnada, por cuanto los parámetros para fijar la pensión alimenticia están dado por el Art. 46 in fine del C.N.A. son las posibilidades del deudor alimentario y las necesidades de los acreedores alimentarios, salta a la vista que en dichos parámetros no se encuentran las posibilidades del progenitor conviviente, ello no quiere decir que si estas existen no se tenga en cuenta al momento de fijar la pensión alimenticia, - en el caso de los denunciados no resultan relevantes dentro de la situación general- pero no debe perderse de vista que aún cuando los ingresos de progenitor conviviente fueran superior a los del progenitor no conviviente, ello no faculta a eximir de su obligación al deudor alimentario (téngase presente lo que disponía el Art. 211 del C. del Niño cuyo texto no fue repetido en el CNA tal vez por parecer obvio, lo que decididamente parece que no lo es para algunos deudores).

Finalmente, el conocimiento reciente de un hecho debe acreditarse, lo cual no se hizo en autos.

En función de ello, se confirmará la interlocutoria recurrida.

IV.- En cuanto a los agravios respecto de la sentencia definitiva a juicio de la unanimidad de los integrantes de este Tribunal son de franco rechazo, por las fundamentos que se expondrán.

A criterio de la Sala es el demandado quien no ha colaborado con la averiguación de la verdad, ocultando ingresos, siendo que era la persona que se encontraba en mejor posición para brindar la información, entendiéndose de aplicación para el caso lo expresado por su homólogo de 2º Turno en Sentencia T.A.Familia No. 177/999-2 en cuanto se expresa: "... el proceso debe entenderse dirigido a asegurar la efectividad del

derecho, la justicia y la paz social al dirimir el conflicto intersubjetivo sometido a la decisión judicial, empresa que debe calificarse como de relevante interés público, para cuyo logro deben colaborar todos sus protagonistas, aportando su concurso para que la solución se consolide con estricto ajuste a la verdad material."

"Es decir, que el proceso debe convertirse en la actividad armónica de los litigantes y el juez en la búsqueda de la verdad como medio de obtener la paz jurídica por la justicia de la decisión"

"Por lo cual, y fundamentalmente considerando los especiales intereses en juego, corresponde a cada uno de los participantes desarrollar su conducta procesal en observancia de los principios de colaboración para lograr la efectiva determinación de sus capacidades de contribución, y el de disponibilidad de los medios probatorios necesarios a tales fines (Van Rompaey, en L.J.U. T.CXI, págs. 447/454;.)"

Obviamente, en el juicio de alimentos quien está en mejor condición de aportar elementos probatorios sobre la capacidad contributiva del obligado, es el propio demandado.

En el presente proceso el demandado no ha cumplido con el deber de colaboración que le debe no solo a la contraparte sino a los Tribunales de Justicia, por lo que, tal actitud, autoriza a fallar en base a las presunciones y a las reglas de la experiencia (Art. 141 CGP), lo que lleva a valorar la prueba en su conjunto conforme las reglas de la sana crítica (Art. 140 CGP).

En efecto, el demandado es un jugador de fútbol profesional -reconocido internacionalmente-, en base de ello no es creíble que teniendo un contrato vigente en el Uruguay, acceda a ser transferido para otro equipo, percibiendo ingresos menores; tampoco se ha dicho en forma cierta cuanto ha obtenido por los pases realizados (solo en el transcurso de este proceso ha habido cuatro); ni cuanto ha efectivamente percibido no solo por los premios que se acuerdan entre la institución y el jugador y/o la institución y el plantel, sino también todos aquellos beneficios que deben tenerse como integrantes del salario como lo es por ejemplo el inmueble que le paga la institución para vivir.

También, y si estuviéramos ha el nivel de vida que pretende de sus hijos (con reducción de gastos) y en forma coherente, dado los ingresos percibidos debería haber ahorrado dinero y colocado el mismo para su mejor inversión, cosa que no se admitió.

Obsérvese, que el demandado obtuvo y obtiene ingresos superiores al de un dependiente medio, pero por una parte manifiesta y exige ser limitado en los gastos y por otro lado no se hace saber el resultado de tal conducta -ahorros-

En base de lo que viene de exponerse, como lo que se expuso en el anterior considerando es que resultan como se ha dicho los agravios del demandado.

En primer lugar, se fijan los alimentos en un porcentaje de los ingresos que percibe el demandado, (25%) -tal cifra no puede ser agravante porque no iría por encima de lo percibido, a continuación se establece que dicho porcentaje no puede ser inferior a \$27.125 mensuales reajustables por IPC anualmente, tal decisión guarda estricta relación -en el mejor de los casos- para la responsabilidad que debe tener el progenitor, responsabilidad que implica que no pueden recibir menos sus hijos por decisiones personales del demandado que se tomen en perjuicio de sus hijos, -en el peor de los casos- limita las consecuencia del ocultamiento de ingresos.

Tampoco es de recibo que no se tomaron en cuenta los ingresos de la madre, -sin perjuicio de reiterar que dicho extremo no esta previsto en el Art. 46 in fine- porque debe tenerse presente: primero que el aporte del progenitor conviviente no solo se relaciona con el dinero que pueda aportar, sino con muchos otros actos no valuables en dinero como son: la contención espiritual; el cuidado físico y espiritual; la enseñanza de valores del día a día; los traslados a médicos, eventos, etc.

En segundo lugar, el porcentaje fijado tiene relación con cuál de los cónyuges determinó el status de vida de los niños, y no puede haber lugar a dudas que lo fue el demandado (la actora en el periodo que el demandado trabajó en el exterior, no lo hizo -hecho no controvertido-), ese nivel de vida pautado por el padre es alto; (colegio Bilingüe; asistencia médica no mutua;; vivienda que oportunamente ocuparon en diferentes países), es así que por ejemplo, el concurrir a un colegio como el que concurren los beneficiarios implica además del gasto de matricula, cuota, uniformes, materiales, el pago de un entorno: campamentos, cumpleaños, viajes del grupo, reuniones en casa de

amigos; vestimenta adecuada al grupo socio - económico que se integran etc. que superan ampliamente los gastos de entornos de otros colegios -aún privados-; también y de acuerdo a dicho status las vacaciones de estos chicos puede diferenciarse a la de un “niño medio”.

El fallo no se encuentra en violación con el Art. 59 del CNA, porque de autos no surge cuales son realmente los ingresos del demandado -solo durante el proceso el demandado fue jugador del Club Nacional de Football de Uruguay, Arsenal de Sarandí de Argentina: Unión Española de Chile; River Plate de Uruguay y actualmente nuevamente el Club Nacional de Football de Uruguay, y no se han acreditado los ingresos percibidos por pases; salario mensual, premios, beneficios adicionales (casa, auto, etc.), simplemente trata de evitar el perjuicio que pretende el demandado a sus hijos.

Finalmente, en realidad no existe agravio respecto de la eventual sentencia “extra petita”, primero como se ha dicho, realmente no se saben los ingresos que por todo concepto recibe el demandado; pero además, la fijación en porcentaje lo que determina es una manera de determinarse la pensión y el agravio parece que es a futuro (porque obviamente es infinitamente menor a lo solicitado por la actora -alrededor de 130.000\$- en su demanda), ya que se pretende disminuir el porcentaje por si el demandado ganase más, indudablemente el demandado para la probabilidad planteada tiene las acciones correspondientes.

En consecuencia, y conforme todo lo expresado entendiendo que la pensión fijada en la impugnada reúne las características de proporcional (Art. 46 in fine CNA) y razonable (140 CGP) para las evidentes necesidades biológicas, culturales y sociales de los beneficiarios, como se anunciara se confirmará la sentencia impugnada

V.- No se impondrán sanciones procesales en la presente instancia.

Por los fundamentos expuestos y atento lo dispuesto por los Arts. 248 a 261 del CGP el Tribunal

FALLA: CONFIRMASE LAS SENTENCIAS IMPUGNADAS, SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL EN LA INSTANCIA.

OPORTUNAMENTE, DEVUELVASE A LA SEDE DE PROCEDENCIA.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

VI.C). El registro de deudores alimentarios.-

El registro de deudores alimentarios fue creado por la ley 17.957, la que luego fuera modificada por la ley 18.244.

Es la ley 17.957, en su artículo 2, la que establece el concepto legal, en los siguientes términos: se consideran deudores alimentarios, a efectos de su inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones, a aquellas personas que reúnan acumulativamente las siguientes condiciones: A) que estén obligadas a servir una pensión alimenticia cuyos beneficiarios sean niños o niñas o adolescentes, menores de veintiún años, o mayores de veintiún años si se trata de personas discapacitadas, habiendo nacido la obligación por sentencia ejecutoriada o convenio homologado judicialmente; B) que adeuden más de tres cuotas alimenticias, total o parcialmente, ya sea que se trate de alimentos provisorios o definitivos; C) que previamente se le haya intimado judicialmente los adeudos y que el obligado no haya probado fehacientemente que carece momentáneamente de recursos para afrontar las obligaciones alimenticias (una vez que sea intimado, si el obligado se encontrase imposibilitado de cumplir, la tramitación de la oposición se realizará por la vía incidental), D) no será procedente la inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones, cuando de oficio o a petición de parte se acredite que existe una acción de rebaja o de exoneración de la pensión alimenticia no abonada por el obligado, iniciada con anterioridad a la petición de inscripción y esté pendiente de resolución definitiva.

Verificados en juicio los extremos antedichos, el juez¹⁰⁷, a pedido de parte, ordenará la inscripción del obligado en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones¹⁰⁸, librando el oficio correspondiente, el que deberá contener: A) nombres y apellidos y domicilio del obligado; B) Número del documento de identidad del obligado (no

¹⁰⁷ Cuando el oficio fuera librado por un Juzgado Letrado del interior de la República, el mismo deberá ser remitido directamente por la Sede al Registro Nacional de Actos Personales, el que deberá acusar recibo de su inscripción.

¹⁰⁸ Inscripción registral del oficio que -por imperio del artículo 3 de la ley 17.957-, está exenta (exonerada) del pago de tasas o tributos.

obstante, si de las actuaciones judiciales no surgiera éste o el actor lo desconociere, el Juzgado hará constar este hecho y ordenará la inscripción); C) monto y cantidad de cuotas de pensiones incumplidas; D) nombres y apellidos y domicilio de los beneficiarios.

La inscripción tendrá una duración quinquenal, transcurrido el cual, se dará de baja de oficio (automáticamente) la inscripción, salvo que la parte solicitara la reinscripción y así lo ordenara el magistrado actuante, si comprobare que se continúan configurando los extremos del artículo 2 (17.5957:7 incisos 1 y 2).

A su vez, cuando se acredite el pago de la deuda alimentaria, o a pedido de quien hubiera requerido la inscripción, el Juez dispondrá de inmediato la baja del Registro (17.957:7 in fine).

Fue el artículo 1 de la ley 18.244 el que creó la obligación al Registro Nacional de Actos Personales, en el sentido que toda vez (que por mandato judicial) sea inscripto en ella un deudor alimentario moroso, lo comunicará de oficio al Banco Central del Uruguay y a la Auditoría Interna de la Nación (para que ellos, a su vez, en un plazo no superior a los 5 días, comuniquen a las instituciones por ellos reguladas o controladas -incluidas las cooperativas de ahorro y crédito, cualquiera sea su naturaleza o modalidad operativa-, en cuanto corresponda)¹⁰⁹, a todos los Ministerios, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales (quienes no podrán contratar con un deudor alimentario moroso, en compras cuyo monto supere el límite máximo de la licitación abreviada).

La inhabilitación regirá hasta tanto no pierda su calidad de tal, lo que deberá ser comunicado a dichos organismos por el referido Registro, también de oficio, así como a las instituciones mencionadas.

Y a su vez, la ley establece expresamente que la prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas, en caso que sus directores o administradores figuren inscriptos como deudores alimentarios morosos (18.244:3 in fine).

¹⁰⁹ Recibida dicha comunicación, las referidas instituciones no podrán otorgar o renovar créditos, abrir cuentas bancarias, ni emitir o renovar tarjetas de crédito a favor de las personas cuya calidad de deudores alimentarios morosos les hubiere sido comunicada

En apretada síntesis, diremos que el progenitor que deba por lo menos tres cuotas alimenticias, ya sea que se trate de alimentos provisorios o definitivos, a un beneficiario menor de 21 años (o un mayor de edad discapacitado), será considerado "deudor alimentario" y tendrá varias limitaciones legales.

Quienes sean inscriptos en el Registro de Deudores Alimentarios (Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones) no podrán obtener o renovar créditos o tarjetas de crédito, abrir cuentas bancarias o ser proveedores del Estado o de personas públicas no estatales. Por lo tanto, cuando el "deudor alimentario" realice algún trámite económico y se encuentre registrado, al gestión no podrá continuar. Claro está que, con anterioridad, previamente, debe haberse intimado -judicialmente- los adeudos y no haber probado que, por el momento, carecen de recursos para afrontar sus obligaciones¹¹⁰.

Veamos un ejemplo de escrito de este tipo de accionamiento.

**Solicita se libre oficio para inscripción en
Registro de deudores alimentarios**

SR. JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA DE 16°
TURNO.-

MARTHA O.B., compareciendo en autos caratulados **“O.B., Martha Nahir C/ L.S.,
Fernando – Intimación de pago” IUE 67-555/2012**, al Sr. Juez digo:

Que vengo a solicitar se disponga la inscripción del deudor alimentario Sr. Fernando L.S. en el Registro Nacional de Actos Personales, sección Interdicciones en mérito a las siguientes consideraciones de hecho y de derecho que paso a exponer:

D) HECHOS:

1. Por auto 4581 de fecha 3 de diciembre de 2012, dictado en el expediente “O.B. Martha C/ L.S. Fernando – Divorcio por causal riñas y disputas-” ficha D/3322/2001 tramitados ante esta Sede, se dispuso que el padre de mi menor hijo Sr. Fernando L.S.,

¹¹⁰ La disposición aclara, además, que no será procedente la inscripción en el registro cuando exista una acción de rebaja, exoneración o cese de la PA.

debía servir una pensión alimenticia de dos mil pesos uruguayos, reajustables anualmente conforme al IPC, suma ésta que debía ser pagada del 15 al 25 de cada mes.

2. Debido al incumplimiento del deudor alimentario se solicitó a la Sede se procediera a intimar el pago de las pensiones alimenticias atrasadas. Con fecha 31 de octubre de 2007 se practicó, en el domicilio sito en _____, la intimación al Sr. Fernando L.S. de la suma adeudada por concepto de pensiones alimenticias atrasadas.

3. A la fecha el demandado adeuda pensiones alimenticias según el siguiente detalle:

- de marzo a diciembre de 2003, las que ascienden a \$ 25.200
- de enero a diciembre de 2004, las que ascienden a \$ 33.264
- de enero a diciembre de 2005, las que ascienden a \$ 35.592
- de enero a diciembre de 2006, las que ascienden a \$37.368
- de enero a diciembre de 2007 las que ascienden a \$ 39.612
- de enero a diciembre de 2008 las que ascienden a \$ 40.612
- de enero a diciembre de 2009 las que ascienden a \$ 42.612
- de enero a diciembre de 2010 las que ascienden a \$ 46.612
- de enero a diciembre de 2011 las que ascienden a \$ 49.612
- de enero a julio de 2012 las que ascienden a \$ 20.765

La suma adeudada por concepto de pensiones alimenticias atrasadas alcanza el total de \$ 371.249⁰⁰ (pesos uruguayos trescientos setenta y un mil doscientos cuarenta y nueve con cero centésimos).

4. Con posterioridad a la intimación, el Sr. L.S. no ha comparecido a realizar manifestación alguna, y continúa el demandado incumpliendo con el deber de asistencia y manutención que le corresponden en su carácter de padre.

5. Se configuran en el caso, los presupuestos reclamados por el art. 2 numerales a, b, c y d de la ley 17.957 a efectos de habilitar la inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales sección Interdicciones del deudor alimentario: Sr. Fernando L.S. con cédula de identidad 1.333.888-7.

II) DERECHO

Fundo mi derecho en lo dispuesto por la ley 17.957 y demás disposiciones concordantes y complementarias.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

III) PETITORIO:

Por lo expuesto al Sr. Juez PIDO:

1-Se me tenga por presentada y por promovido el presente accionamiento.

2-Se sirva la Sede librar oficio al Registro Nacional de Actos Personales sección Interdicciones a los efectos que se disponga la inscripción del demandado **Fernando L.S.**, con cédula de identidad 1.333.888-7 con domicilio en _____, en el Registro de Deudores Alimentarios, en mérito a la deuda por pensiones alimenticias impagas que mantiene respecto a su menor hijo Roberto Nicolás L.O. con domicilio en _____.

IV) OTROSÍ DIGO:

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105,106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$ _____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

VI.D). La pensión alimenticia subsidiaria.-

En el foro, solemos hacer referencia y escucharemos hablar de las pensiones alimentarias principales y subsidiarias. Ello responde al hecho que se verifican obligados principales y subsidiarios en la prestación de la pensión alimentaria.

Como ya manifestáramos, el artículo 51 del CNA, establece que los obligados -deudores- de la obligación alimentaria son los padres o los adoptantes (obligados principales). Y para el caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario, se prestarán subsidiariamente (obligados subsidiarios o secundarios) de acuerdo al siguiente orden: 1º) los ascendientes más próximos, con preferencia los del progenitor

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

obligado; 2º) el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario; 3º) el concubino o la concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja, que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho; y 4º) los hermanos legítimos o naturales, con preferencia los de doble vínculo sobre los de vínculo simple.

En el primer y cuarto caso, si concurrieren varias personas en el mismo orden, la obligación será divisible y proporcional a la posibilidad de cada obligado.

A su vez, se hace conveniente recordar que según los artículos 52 y 53 del CNA, la obligación alimentaria resulta intransmisible, irrenunciable, inembargable, incompensable, e imprescriptible. Y que a su vez, el derecho a reclamarlas se transmite por causa de muerte.

VI.D.1). Un ejemplo del escrito solicitando una PA subsidiaria.-

PENSIÓN ALIMENTICIA SUBSIDIARIA.

SR. JUEZ LETRADO DE FAMILIA DE 6º TURNO.-

María de los Ángeles AS, con cédula de identidad 2.819.851-7, con domicilio real en _____, constituyendo domicilio procesal en _____ y electrónico en 1222333@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez DIGO:

Que vengo a promover Juicio de Pensión Alimenticia en beneficio de mis menores hijos Jorge Matías y Gustavo Nicolás contra su abuela Blanca AG, en su carácter de ascendiente natural de los menores, con domicilio en _____, en virtud de las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho.

HECHOS

1) La demandada es ascendiente natural de mis menores hijos, vínculo que acredito con testimonio de partidas que adjunto (letra A, B y C).

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

- 2) El 11 de agosto de 2006 presento ante el homólogo de 9º Turno la demanda de pensión alimenticia contra Jorge Gustavo G.Z., padre de los menores (documentación que adjunto letra D) hijo natural de la demandada.
- 3) Con fecha 15 de agosto de 2006 se decretó el cumplimiento del auto N° 3397 donde se comunica que se ha decretado como pensión alimenticia provisoria el 20% de todos los ingresos líquidos que percibe el Sr. Jorge Gustavo G.Z. a favor de sus menores hijos Jorge Matías y Gustavo Nicolás (letra E).
- 4) Hasta el momento el padre no ha servido la misma, no sabiéndose nada sobre su paradero ni trabajo actual, lo que hace imposible el requerimiento de sus hijos, los que necesitan de los alimentos a diario.
- 5) Los menores se encuentran bajo mi cuidado exclusivo sin que hasta el momento haya recibido por parte del progenitor colaboración en dinero o en especie para el desarrollo de los mismos, por lo que decido hacer uso de la posibilidad de la pensión subsidiaria para mis menores hijos.
- 6) Por mi parte me desempeño como empleada doméstica en casa de familia percibiendo ingresos mensuales de \$ 7.000^{oo}, no siendo dichos ingresos suficientes para cubrir las necesidades de mis hijos ya que los mismos por estar en etapa de estudios requieren de la vestimenta adecuada, libros, locomoción, etc., lo que con mis ínfimos ingresos mensuales no veo que esté cumpliendo adecuadamente con ellos, por lo que me preocupa a diario el futuro de ambos, se acompaña recibo de sueldo (letra F).
- 7) En mérito a ello conviene al interés de los menores la promoción de la presente acción, solicitando una pensión mensual provisoria y definitiva equivalente al 30% del salario mensual que percibe la demandada, aclarando que no se demanda al abuelo paterno por no ser padre reconociente del progenitor de mis hijos.

PRUEBA

- 1) Testimonio de las partidas de nacimiento (letras A, B y C).
- 2) Demanda de la pensión alimenticia iniciada contra el padre (letra D).
- 3) Oficio 808/2006 (letra E).
- 4) Recibo de sueldo de la madre (letra F).
- 5) Oficio a ANTEL solicitándose informe de sueldo de la demandada.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

DERECHO

Fundo mi derecho en los artículos 45 y ss. del Código de la Niñez y la Adolescencia, arts. 346 y 349 CGP y demás concordantes que sirvan al derecho de mis menores hijos.

PETITORIO

Por lo expuesto al Sr. Juez PIDO:

- 1) Me tenga por presentada, con documentos adjuntos, por denunciado el domicilio real y constituido el procesal y electrónico.
- 2) Sin mas trámite se fije una pensión alimenticia provisoria y definitiva a servir por la demandada en la suma equivalente al 30% de sus ingresos mensuales, oficiándose a ANTEL para su retención y entrega a la actora CI 2.819.851-7 mediante depósito en ABITAB.
- 3) Fecho, se de traslado de la demanda y se convoque a audiencia única agregándose la prueba documental ofrecida.
- 4) En definitiva, se condene a la Sra. Blanca A.G. en carácter de ascendiente natural, a servir a sus menores nietos por incumplimiento y ausencia de su padre, a una pensión alimenticia equivalente al 30% de sus ingresos mensuales oficiándose a ANTEL para su retención y pago a la compareciente mediante depósito en cualquier agencia ABITAB.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105,106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$_____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

VI.D.2). Un ejemplo de sentencia (295/2012) del TAF sobre PA subsidiaria.-

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

VISTO:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos: "Sr. MA c/ Sr. JMF-Pensión alimenticia subsidiaria" (Fa. 477-234/2009) venidos a conocimiento de la Sala en virtud del recurso de apelación y adhesión al mismo, planteados por la parte demandada y la parte actora, respectivamente, contra la Sentencia JL RIVERA No. 53/011-6 de 10 de junio de 2011, dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Rivera de 6°. Turno, Dra. Adriana Morosini Pérez:

RESULTANDOS:

1) La impugnada desestimo la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el demandado; condeno al mencionado a servir alimentos a sus nietas AM y AT, en el equivalente a 25% de sus ingresos líquidos (nominales menos descuentos legales) lo que será retenido de la pasividad que percibe en B.P.S.; amparo la reconvención y fijo un régimen de visitas amplio entre el demandado y sus nietas; sin especial condena procesal (fs. 85/92).

2) La representante del demandado se agravia porque:

- no se ha probado la imposibilidad de ambos padres de servir alimentos, la obligación de su patrocinado es subsidiaria y no solidaria:

- el monto es excesivo, prácticamente igual al que se aplica para el obligado principal y no se ha relevado los magros ingresos que percibe.

La detracción que sufrirá su pasividad, impedirá cubrir necesidades mínimas del abuelo y su esposa.

No se acredita en autos: las necesidades de las acreedoras; y el aporte que debe realizar la madre, obligada principal (es persona joven, trabaja y vive en pareja).

Su patrocinado tiene gastos (contribuye en el pago de insumos en casa del hijo donde reside, debe abonar ticket de consulta y medicamentos, etc.).

Pide la revocación de la sentencia y la fijación de los alimentos en 12,5% de sus ingresos.

3) El actor evacua el traslado y expresa que se probó el incumplimiento alimenticio del hijo del demandado, padre de las beneficiarias. La ley prioriza al ascendiente del incumplidor.

En el caso, el compareciente es abuelo materno de las beneficiarias y solventa sus necesidades. Con ello cubriría el aporte materno, en caso de no existir.

No hay norma que imponga que el aporte del obligado subsidiario tiene que ser menor al aporte del obligado principal.

Agrega que tiene similares problemas de salud que el demandado, a pesar de lo cual, afronta los gastos de sus nietas.

Adhiere al recurso de apelación, porque no se ha establecido en la sentencia, que la vigencia de los alimentos es desde la interposición de la demanda, como establece la ley. A tales efectos, postula se fije una cuota adicional de 2% sobre los ingresos líquidos del demandado, hasta el pago total de la retroactividad.

4) La representante del demandado contesta agravio de la contraria y expresa que lo pretendido no surge de la demanda.

Si el adicional pedido se hubiera dispuesto en la impugnada, se habría incurrido en ultra-petita.

5) En providencia No. 3029/2011 de fs. 102, se concedió la alzada.

Recibidos los autos en esta Sala, se dispuso el pasaje a estudio, previa vista del Ministerio Público.

La Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Civil de 6°. Turno dictamino a fs. 118, que podría abatirse el porcentaje fijado, teniendo en cuenta que se trata de obligado subsidiario con ingreso modesto; y disponer el pago de la retroactividad.

Cumplido el estudio, se acordó sentencia, la que se dicta en forma anticipada.

CONSIDERANDOS:

La Sala, por unanimidad, revocara parcialmente la impugnada.

I) El demandado entiende que-al no acreditarse la imposibilidad de ambos padres de mantener a sus hijos-no puede reclamarse alimentos al compareciente que es obligado subsidiario.

Si bien el legislador expresa que los obligados principales son los padres (Art.51 Código de la Niñez y la Adolescencia), luego establece quienes son responsables ante imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario, mencionando el orden de los obligados en subsidio. El numeral 1º. de la norma citada incluye a los ascendientes, pero prioriza entre ellos, a los del padre o madre que no aporta.

En el caso, el actor es abuelo materno de las beneficiarias, tenedor de las mencionadas y contribuye a su manutención. El aporte o no de la obligada principal (madre) no elimina la responsabilidad del demandado, ante el incumplimiento alimentario del obligado principal constatado en el acordonado. La obligación que se impone, sustituye el aporte paterno inexistente.

II) Respecto al monto, se comparte con el actor que no existe norma que establezca que el aporte del obligado en subsidio debe ser menor del aporte que correspondería al obligado principal.

Las razones esgrimidas en los agravios (persona de la tercera edad que ya aporto alimentos para sus hijos) son creación jurisprudencial con fundamento en la lógica y la justicia.

El "quantum" debe determinarse en forma proporcional, a las necesidades de las beneficiarias-en el sentido amplio que establece el Art. 46 inc.1º. Código de la Niñez y la Adolescencia.-y a las posibilidades económicas del obligado.

En el caso, las acreedoras son dos adolescentes (17 y 15 años de edad) sin necesidades especiales. La prueba del extremo es "in re ipsa". Perciben el beneficio de asignaciones familiares, según recaudo de fs. 63.

El demandado es pasivo y la jubilación que percibe ascendía a junio de 2009, a la suma de \$ 6.890 líquidos. Tiene descuentos voluntarios. Es el único ingreso.

Acredito la existencia de carga familiar: una hija de 15 años de edad (fotocopia de acta de nacimiento glosada a fs. 10).

Atento a ello, se amparara el agravio, aunque no en la medida pretendida.

III) El agravio del actor tiene fundamento en el Art. 48 del Código de la Niñez y la Adolescencia; por lo que corresponde aceptarlo.

En virtud de ello, se ha generado deuda de alimentos desde el 22/10/2009 (nota de cargo de la demanda a fs. 7).

La modestia de los ingresos del alimentante, determina que la retroactividad sea abonada en cuota adicional de 2% mensual, conjuntamente con la pensión.

IV) La solución a la que se arriba, determina la no aplicación de sanciones procesales en la presente instancia.

De acuerdo a las normas legales citadas y Arts. 139, 140, 198, 200, 253, 257, 261, 344.2 y 347 del Código General del Proceso, el Tribunal,

FALLA: Revocase parcialmente la impugnada y en su merito, se fija el aporte alimenticio de cargo del demandado en 17% de sus ingresos líquidos.

La retroactividad desde la interposición de la demanda, será abonada en cuota adicional de 2% mensual, conjuntamente con la pensión y hasta su cancelación.

Sin sanción procesal en el grado.

Oportunamente, devuelvase.

VI.E). Veamos ahora, un ejemplo de sentencia (155/2012) del TAF sobre reducción de PA.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: “SR. R.L.A. C/ SRA. D.L.R.S. Y OTRO - REBAJA DE PENSION ALIMENTICIA ” N° de Expediente 223- 726/2010, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia J.L.Colonia No. 139/011-2 definitiva de fs. 287 a 294 dictada el día 21 de septiembre de 2011 por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Colonia de 2º turno, Dr. Raphael Torres Leal.

RESULTANDO:

1) Que por dicha sentencia se dispone la reducción de la pensión alimenticia servida por SR. R.L.A. a sus hijas J.R. y A.R., fijándose la misma en el 17,5 % de todos los ingresos

líquidos del actor, para cada una de las beneficiarias, más el pago del Colegio y las cuotas mutuales, desde la interposición de la demanda.

2) Que contra aquella sentencia, SRA. D.L.R.S y J.R.D.L.R. interponen a fs. 295/299 vto. recurso de apelación, las que, al expresar agravios, en síntesis manifestaron: que se consideran agraviadas por no haberse establecido en la sentencia que el porcentaje del 35% fijado no puede ser inferior a U\$S 2.000 mensuales, al no poder establecer con precisión y certeza cuales son los verdaderos ingresos líquidos del SR. R.L.A.

Asimismo, se agravian, porque el fallo refiere a “hechos nuevos” que justifican o legitiman la promoción de la demanda, pero que a juicio de las comparecientes no resultan por si solos necesariamente probatorios o demostrativos de una situación económica peor que aquella que tenía el demandado al momento de acordar voluntariamente la pensión que pretende reducir. Acreditada la modificación de la realidad económica del obligado, podrá entenderse que queda habilitada la acción para la modificación del objeto económico de la prestación alimenticia, pero, que este solo hecho no alcanza ni exonera al obligado de probar que la nueva situación es peor que la que tenía cuando se fijo el monto de la pensión que sirve, si lo que pretende es la reducción de la misma. Y este segundo requisito, causa misma de la reducción pretendida en estos obrados nunca resultó probado. Señala, que de la prueba de autos no ha podido ser demostrada que la situación económica del SR. R.L.A. ha empeorado en la actualidad con respecto a la que tenía cuando trabajaba en la ONU, de tal manera que se justifique una drástica reducción de las pensiones que sirve. Destaca, que el SR. R.L.A. solo ha confundido, sin permitir, ni colaborar en poder establecer, en algún momento, cuales han sido sus verdaderos ingresos líquidos. En un principio, incorporó a fs. 152 del expediente acordonado una declaración jurada, en la que manifiesta percibir U\$S 6.025, pero de los documentos agregados a fs. 232 del acordonado y 149 de éstos, surge que en épocas anteriores y posteriores a la referida declaración, percibió, por si y por los familiares a cargo, ingresos muy superiores a los declarados, los que podríamos ubicar en el entorno de U\$S 13.992 líquidos mensuales.

Advierte, que las Naciones Unidas, tarde y en forma incompleta, en respuesta a la tercera solicitud que se le formulara por vía diplomática, desmiente tajantemente que el

SR. R.L.A. y a su versión, dejando al descubierto la malicia temeraria del actor al comunicarle al Tribunal a fs. 279, advirtiéndole que se le había solicitado su ex funcionario para que este cumpliera sin necesidad de su intervención, ya que se le envía a sus funcionarios mensualmente por correo electrónico, una declaración detallada de sus ganancias y sus deducciones. Y en la misma nota, las Naciones Unidas, deja al descubierto la magnitud de su malicia, la dimensión de su mentira, cuando expresa que el SR. R.L.A. que ha presentado a la Corte toda la documentación requerida a Naciones Unidas. Agrega, un eslabón más a la cadena fraudulenta conducente a disminuir el monto pensionario, mediante el achicamiento del patrimonio gravado y es lo que logrará el SR. R.L.A., por haber vendido el Hotel del Estudiante, arrendado a la Intendencia Municipal, y siendo el que reportaba mayores ingresos líquidos según la certificación de ingresos incorporada. Por lo que afecta directamente el monto representativo del 35% fijado como pensión. El apartamento de la calle Ferrer Serra de la ciudad de Montevideo, se encuentra desocupado según la comunicación de fs. 182, y es uno de los denunciados que le producía alguna renta. Existen otros bienes que el SR. R.L.A. se ha olvidado denunciar como de su propiedad que le generan ingresos (Hotel Altos de San Pedro arrendado). Concluyen, que no se ha probado que el cese laboral del actor hay incidido negativamente en su condición económica, al contrario, entienden, que en el mismo periodo de tiempo ha logrado consolidar su patrimonio, reduciendo liquidez que transformó en activos fijos, en inmuebles de significativo valor, sin considerar otros bienes muebles de lo que es titular y entienden que debe fijarse un monto mínimo que garantice los ingresos de las beneficiarias e impida la manipulación voluntaria del monto de la prestación que se sirve por parte del obligado. Solicita prueba y que se revoque la recurrida únicamente en cuanto a que no estableció, conjuntamente con el 35% fijado que se consiente, un mínimo de U\$S 2000 mensuales como pensión a servir para ambas beneficiarias, para que el caso de que aquel resulte inferior al mínimo indicado.

3) Sustanciado el recurso de apelación la parte actora contesta en los términos que da cuenta la actuación de fs. 316 a 321 manifestando en resumen: lo que el recurso intenta no es expresar agravios respecto a la sentencia, sino refrendar, su posición original en el

proceso. Se agravia la contraria, en cuanto a que la sentencia no fijó un límite inferior de U\$S 2000 mensuales, valor, que correspondía a una realidad y tiempos distintos al presente, surgió en un convenio homologado, y por imposibilidad de su cumplimiento su defasaje con la realidad, dio fundamento a esta acción de rebaja.

Señala, que por exclusiva culpa de la Sra. De La Roche, pese a reiteradas advertencias extrajudiciales y judiciales, que su pertinencia en denunciar la presunta falta de cumplimiento del SR. R.L.A. con obligaciones familiares ante las Naciones Unidas, equivaldría a su despido, consiguió su fin, que lo cesaron de su cargo de donde provenían sus ingresos. Advierte, que si se dubita documentación original, proveniente de fuente internacional, debe hacérselo con algún tipo de prueba y por los mecanismos procesales adecuados. Nada de esto se ha hecho en autos y en consecuencia, esa información debe ser considerada fidedigna. Destaca, las actitudes impropia, dilatorias, difamantes y mendaces, de la contraparte, como por ejemplo, que tuvo que mudarse a una posada (de la cual era dueña, por lo que no pagaba un peso) y que desconocía la existencia de su separación judicial de bienes y espontáneamente agrega un certificado notarial acreditante de la referida situación.

El segundo agravio, verdadero galimatías en su formulación, parece inclinarse no a agraviarse de la sentencia, sino a la conducta procesal de esa parte. Agrega, que no por mucho repetir que los ingresos del SR. R.L.A. sean inciertos, estos lo son. Muy por el contrario, afirma, que se ha probado en autos que por culpa de su ex esposa perdió el trabajo en las Naciones Unidas. La Sede fue plenamente consciente que falló el 35% de algo, no de nada ni de algo incierto. Que habrá de aplicarse la sentencia sobre todos los ingresos líquidos, periódicos que el actor de la rebaja percibe y que no son menores y se han probado en autos. Considera, que es antojadizo, carente de todo asidero, pretender un mínimo fijo y mucho menos aceptar que el mismo tenga como fundamento “evitar injustas evasiones” de las que no hay ni atisbo de prueba en esta causa. Afirma, que desde un primer momento se puso disposición de la Sede y de la contraria toda la documentación proveniente de las Naciones Unidas y envió a la misma todas las explicaciones que durante el curso de este proceso fueron requeridas. La venta se realizó de común acuerdo y la actora cobró el 50% del precio de venta del Hogar del

Estudiante, como surge de la prueba documental aportada por ella misma. La contraria ha hecho abuso en primera instancia de un medio de prueba; intimidatorio primero y coacciona después, reiterados oficios a las Naciones Unidas, explica la situación. Y opina, que la prueba solicitada en segunda instancia es inconducente. Concluye, que la sentencia es ajustada a derecho y a la costumbre en esta materia, la fijación porcentual sobre los ingresos es en sí una herramienta de flexibilidad que permite en el tiempo adecuar la prestación a la variación de la situación, sin necesidad de recurrir por el quantum, cada vez, al Juzgado, en términos de proceso de conocimiento. La Sra. Roche nunca trabajó, se ha quedado con todo lo mueble, propio o ajeno, con la mitad de las cosas adquiridas con los ingresos del compareciente, que tenían carácter ganancial y sus hijas perciben además beneficios claros en materia de salud y educación que también forman parte del débito pensionario. Solicita se confirme la sentencia apelada en todos sus términos, rechazándose el recurso interpuesto por la contraria, con expresa condena en costas y costos.

4) Franqueada la alzada con efecto suspensivo, y recibidos los autos, por Decreto No. 981/011 del 14 de diciembre de 2011 se dispuso el pase en vista fiscal y posterior estudio sucesivo de los Sres. Ministros.

Finalizado el mismo el Tribunal acordó dictar decisión anticipada (Art. 200.1 CGP).

CONSIDERANDO:

I.- El Tribunal, con el voto unánime de sus integrantes habrá de confirmar la sentencia de Primera Instancia, por lo que se dirá.

II.- En autos compareció la parte actora solicitando la reducción de la pensión que sirve a sus hijas conforme el convenio que oportunamente celebraran los progenitores de las beneficiarias, argumentando para ello la pérdida de su empleo en las Naciones Unidas -lo que atribuyó a las actitudes de la madre de las beneficiarias-

En primera instancia se falló conforme surge del resultando primero de la presente sentencia, lo que provocó desestimando la demanda incoada en autos lo que produjo los agravios de la parte demandada conforme lo resulta del resultando segundo de la presente sentencia.

III.- La Sala parte de la base que los convenios son transacciones realizadas entre las partes (Arts. 2147 y 2155 del C. Civil), es decir, son negocios jurídicos (familiares) y en consecuencia, están informados por los siguientes principios: "Principio de Legalidad" lo cual se puede resumir en la idea de que las convenciones celebradas conforme a Derecho conforman una regla a la cual deben someterse los sujetos pactantes como la ley misma; "Principio de Igualdad de las Atribuciones Jurídicas de las Partes", que tiene como colorario la imposibilidad de dejar la validez o la ejecución (cumplimiento) de los pactos al arbitrio de una sola de las partes estipulantes, y la imposibilidad relativa (por oposición absoluta) de desistir unilateralmente o de hacer cesar unilateralmente el pacto respectivo, y finalmente el "Principio de Ejecución de Buena Fe" de los términos del pacto, los cuales encuentran consagración normativa directa o indirecta en el propio sistema jurídico uruguayo a través de artículos claves del C. Civil (Arts. 1253, el Art. 1291, o Art. 1294) (Conf. Caumont, Arturo R.U.D.F. N° 4 pág.122 y s.s.)

Sin perjuicio de ello, como lo sostiene el autor que venimos de citar, así como también las Dras. Mabel Rivero (R.U.D.F. N° 6, pág. 91) y Varela de Motta; (Obligación familiar de Alimentos; pág. 97) y en forma unánime por la jurisprudencia anterior al CNA, en posición que hoy es derecho positivo al ser recogido por el Art. 55 del CNA, el pago de la prestación de carácter alimentario en atención a la naturaleza continuada de la misma, está sujeta a las condiciones "rebus sic stantibus", por lo que es posible requerir su modificación cuando varían los extremos de hecho que se tuvieron en cuenta "ab-intio" para la determinación del monto pensionario.

IV.- En la demanda introductoria de la instancia se ha alegado como hecho modificativo la pérdida del empleo que tenía el actor en las Naciones Unidas, agregando que dicha pérdida se debió a la conducta de la Sra. De la Roche ante el organismo internacional.

Sin lugar a dudas es incontrovertido la pérdida de dicho ingreso por parte del deudor alimentario, no surgiendo si dicha pérdida se debe a la actitud de la madre de las beneficiarias, actitud que la Sra. De la Roche admite y continua manteniendo -por ejemplo en el pedido de prueba que realiza en esta instancia-.

Ahora bien, la pérdida de dicho empleo, implica la pérdida de un ingreso, estable, determinado, y que se percibía mensualmente, resultando que los ingresos del actor

actualmente -y no controvertido por la parte demandada- son los que pueda obtener por rentas de sus inmuebles, los cuales no son ni líquidos (hay que descontarle los gastos de tributos; administración; mantenimiento) ni estables, ni determinados, por cuanto la obtención en sí de los frutos, como su monto no siempre depende de la voluntad del titular del bien, ya que también incide la economía de la sociedad en un momento y lugar determinado.

Es por tal fundamento, que no se entiende de recibo fijar un monto mínimo, como se solicita en el agravio en estudio, más cuando dicha suma era la que surgía del convenio realizado cuando el actor tenía ingresos estables, que ahora no posee.

Se estima que la forma en que se determina la pensión alimenticia en la recurrida, es la más adecuada a las evidentes incidencias que tendrá el actor en la recepción de sus ingresos, teniendo presente la procedencia de los mismos.

Ante la duda sobre la ocultación en los ingresos del actor -que fue alegado como pérdida del empleo con ingresos fijos por el actor- las actoras siempre tienen acciones civiles y penales para la protección de sus derechos.

En definitiva, el fallo se adecua a los parámetros de proporcionalidad y racionalidad exigidos por los Arts. 46 inciso final y 140 del Código General del Proceso y en función de ello como se anunciara se confirmará la misma.

V.- No corresponde hacer lugar a la prueba solicitada en esta instancia, la misma resulta totalmente impertinente respecto del objeto del proceso, por cuanto la misma se refiere a los aportes previsionales que realizara el actor y su empleador oportunamente y no se ajusta -además- a los requisitos 253.2 del CGP.

VI.- No se impondrán condenas en gastos causídicos en la instancia.

Por los fundamentos expuestos y atento lo dispuesto por los Arts. 248 a 261 del CGP, el Tribunal

FALLA: CONFIRMASE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.

OPORTUNAMENTE, DEVUELVA A LA SEDE DE PROCEDENCIA.

VI.F). Veamos ahora, un ejemplo de sentencia (51/2012) del TAF sobre aumento de PA.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos: 'SRA. R.M.C. c/ SR. F.Z.H.W.- Aumento de pensión alimenticia' (Fa. 179-1161/2008) venidos a conocimiento de la Sala en virtud del recurso de apelación deducido por la parte demandada contra la Sentencia J.L.Ciudad de la Costa No. 160/010-2 de 27 de octubre de 2010, dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Ciudad de la Costa de 2º. Turno, Dra. Graciela Pérez Irazoqui:

RESULTANDO:

1) La impugnada amparo parcialmente la demanda e incremento el servicio alimenticio que el demandado sirve a sus hijas Florencia y Mariana, a la suma de \$ 12.000 mensuales reajustables semestralmente según I.P.C. (fs. 168/177).

2) El representante del recurrente se agravia de la errónea apreciación de la prueba.

No se ha valorado que, además de la suma de \$ 6.000 mensuales que sirve, el padre de las beneficiarias contribuye económicamente con las mismas de diversas formas (servicios públicos de la vivienda que ocupan, servicio medico antes y ahora a través de Fondo Nacional de Salud, instituto privado de educación abonado antes de 2008, así como vestimenta, calzado, útiles, juguetes, medicamentos). Al respecto se agregaron recaudos con la contestación.

A ello se agrega los periodos de tiempo que las hijas conviven con su patrocinado en un régimen de tenencia compartida, según declaración de testigo que menciona (dos meses de vacaciones con el padre, fiestas tradicionales, merienda y cena durante los días de colegio, fines de semana)

No se ha probado que perciba suma mayor a la que surge del certificado contable: \$ 19.500 mensuales. Sin embargo, se decidió duplicar el aporte alimenticio.

La suma fijada representa un alto porcentaje de sus ingresos, que no avala la jurisprudencia.

La actora no acredita nuevas necesidades o actividades de las beneficiarias.

Esta obligada a aportar a la manutención de las hijas, porque tiene ingresos derivados de empresas a su nombre y utiliza tarjetas de crédito. Tiene el uso y goce del automóvil ganancial, así como de ciclomotor adquirido recientemente: ambos con gastos de patente y seguro.

La contraria retiro la casi totalidad del depósito bancario común, lo que ha dado mérito a reclamo judicial.

Pide la revocación de la sentencia y la desestimación de la demanda.

3) La representante de la actora evacua el traslado y postula la confirmación.

Menciona los gastos de educación, así como anexos a ellos que asume (uniformes, libros, útiles, paseos). El servicio de salud deriva del Fondo Nacional de Salud al que aporta su representada.

Niega la existencia de tenencia compartida.

Los gastos que acredita el contrario, tienen fecha anterior a la fijación de alimentos provisorios en proceso de violencia doméstica.

Los ingresos del demandado son mayores a los que declara, según resultancias del acordonado que menciona.

Su representada cesó en su actividad remunerada (cierre de comercio) y reinició actividad en enero de 2010 percibiendo \$ 6.395 mensuales líquidos. El aporte alimenticio de su parte es modesto.

4) En providencia No. 354/2011 de fs. 189 se concedió la alzada.

Recibidos los autos en esta Sala, se dispuso el pasaje a estudio, previa vista del Ministerio Público.

La Sra. Fiscal Letrado Nacional en lo Civil de 14°. Turno dictamino a fs. 201, que correspondía confirmar la recurrida, dada la edad de las beneficiarias y sus necesidades educativas, culturales y de recreación; así como las posibilidades del obligado alimentario.

Cumplido el estudio, se dispuso medida de reordenamiento procesal (traslado a la Sra. Defensora de las beneficiarias) y vencido el plazo, se acordó sentencia, la que se dicta en forma anticipada.

CONSIDERANDO:

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

La Sala, por unanimidad, revocara parcialmente la impugnada.

I) Debe destacarse-liminarmente-que el servicio alimenticio fijado en Fa. 179-23/2007 en proceso de Violencia Domestica, tenía carácter provisorio de acuerdo al Art.10 de la Ley No. 17.514. Por tanto, las presentes actuaciones implican la determinación del aporte alimenticio definitivo.

Atento a ello y teniendo en cuenta el agravio ("tantum devollutum quantum appellatum") según el Art. 257 del C.G.P., se reexaminaran los extremos de la ecuación económica necesidades de las beneficiarias-posibilidades del alimentante (Art. 46 inc.3º. C.N.A.), siendo irrelevante al efecto, eventuales modificaciones de uno u otro extremo referidos.

Asimismo, se descarta la tenencia compartida invocada por el recurrente, ante la inexistencia de prueba suficiente que la sustente. Los dichos de la testigo Arias (fs. 84/93) no coinciden con las manifestaciones de la testigo Ferreyra (fs. 119/123).

La proximidad de la vivienda que ocupan las beneficiarias y el comercio con casa-habitación que ocupa el demandado (corresponden a una única edificación) así como el permanente contacto paterno-filial, no conllevan necesariamente al extremo en examen.

II) En cuanto al merito de la cuestión.

Las beneficiarias tienen actualmente 14 y 12 años de edad.

Aunque la prueba de las amplias necesidades que contempla el Art. 46 del C.N.A. es "in re ipsa", esta acreditado en autos que la actora asume los gastos de educación en instituto privado (fs. 3 y vto.), material educativo (fs. 5 vto.) y vestimenta (fs. 7 vto./8). Los gastos referentes a vehículo automotor a fs.9/13, no serán relevados atento a lo expresado por la testigo Ferreyra, madrina de una de las beneficiarias de autos a fs. 123 ("...Actualmente las menores van a veces a la escuela caminando pues queda a una cuadra de la casa...").

El gasto de consulta psicológica de fs. 13 vto./14 vto., es corroborado por la testigo Arias a fs. 91.

Las beneficiarias residen gratuitamente en el ex hogar conyugal y los servicios públicos son abonados por el demandado (contador común según expresiones de fs. 23 de la demanda).

No se invocaron necesidades especiales que determinen gastos mayores a los normales. Se estima que las posibilidades económicas del demandado son mayores de las surgen del certificado contable de fs. 58.

Dicho documento no puede considerarse prueba pericial, ya que quien lo realiza no fue designado por el tribunal ni de oficio ni a petición de parte de común acuerdo (Art. 178 C.G.P.). No siendo el firmante un encargado judicial o de la Justicia (TARIGO, Lecciones de Derecho Procesal Civil t. II p. 102), sino profesional designado o contratado por el demandado, su labor sin los controles propios de una pericia le resta valor convictivo. Si bien el autor citado entiende que el origen extrajudicial de esta prueba no conlleva por si solo, a descartarla o negarle crédito (ob. cit. p. citada) la doctrina mayoritaria requiere que ese dictamen fuera del proceso, para adquirir valor probatorio, debe ser necesariamente ratificado con las formalidades legales del testimonio judicial en el curso del proceso. Una vez cumplida esta formalidad, indispensable para que la prueba exista y pueda ser controvertida, tendrá el valor de la prueba testimonial (Cfm.DEVIS ECHANDIA, "Teoría General de la Prueba Judicial" p. 356: LANDONI, "La prueba pericial" en Rev. Judicatura No. 33 año 1992 p. 66: VESCOVI y colaboradores en "C.G.P. comentado..." t. V ps. 329/332: KLETT-CARDINAL, "El informe del asesor técnico de parte: su naturaleza jurídica y valoración" en IX Jornadas de Derecho Procesal, Rivera 1997, ps. 210/217).

Se advierte que en informe social al demandado, de fecha febrero 2010 (fs. 40 del acordado Fa. 179-92/2009) este estimo sus ingresos en \$ 40.000 mensuales.

De la relación de gastos que se invoca en la contestación, se constata que en el año 2007 (fs. 45, 46/49, 52) ascendió a la suma de \$ 7.900 mensual, a la que se agrego la suma de \$ 6.000 que el alimentante aportaba en efectivo según decreto No. 6200/2007 dictado en proceso de Violencia Domestica (citado a fs. 22 vto. apartado 1.4 in fine) que reconoce el demandado a fs. 59 vto. (numerales 2º. in fine y 3º.).

Ante ello: teniendo en cuenta ciertos rubros que el demandado aporta en especie, en virtud de la ubicación de la vivienda que ocupan las beneficiarias y el giro del comercio que explota (supermercado); y aplicando al caso, los principios propios de la materia

(proporcionalidad según Art. 46 inc.3°. C.N.A. y razonabilidad según Art. 140 C.G.P.) se abatirá el aporte alimenticio a \$ 10.000 mensuales.

III) No emerge de autos, merito suficiente para imponer sanciones procesales en la presente instancia.

De acuerdo a las normas legales citadas y Arts. 198, 200, 253, 257, 261, 344.2 y 347 inc.1°. C.G.P., el Tribunal,

FALLA: Revocase parcialmente la impugnada y en su merito, se fija el aporte alimenticio a servir por el demandado a sus dos hijas, en \$ 10.000 mensuales.

VI.G). La ejecución de alimentos.-

La ejecución de alimentos sigue las reglas generales de la ejecución de sentencia, por lo que no nos detendremos mayormente en este punto. Bástenos con dejar plasmado un ejemplo de lo que sería el acto de proposición solicitando la ejecución de la sentencia de alimentos, y otro de ejecución provisional de una sentencia que condena a servir una pensión alimentaria.

VI.G.1). Veamos un ejemplo de escrito forense sobre ejecución de alimentos.-

EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

SR. JUEZ LETRADO DE FAMILIA DE 11° TURNO.

Dr. XX, en ejercicio de la representación establecida en el artículo 44 del CGP, que me fuera otorgada precedentemente por la Sra. **Rufina M.R.**, en autos caratulados “M.R. Rufina c/ T.F. Carlos - Intimación de pago” IUE 2-16474/2004, al Sr. Juez Digo:

Que vengo a promover la EJECUCIÓN FORZADA DE LA SENTENCIA número 177/2003 contra **Carlos T.F.**, CI 1.222.999-3, domiciliado en _____, en mérito a los siguientes hechos y consideraciones de derecho que paso a exponer:

HECHOS

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

1- Por sentencia n° 177 del 20 de diciembre de 2003 se condenó al Sr. Carlos T.F. a abonar por concepto de pensión alimenticia a sus menores nietos: Jonathan y Emanuel, el equivalente a medio salario mínimo nacional. La misma constituye título de ejecución forzada, “sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada” según el art. 377 nral. 1 del CGP.

2- Ante el incumplimiento del Sr. T.F. se procedió a la intimación de pago de pensiones alimenticias atrasadas el 23 de mayo de 2004, que en ese momento ascendían a la suma de \$14.563 (correspondiente a los meses de mayo de 2002 a mayo de 2004).

3- La situación permanece incambiada por lo que el crédito exigible asciende a la suma de \$ 487.987 más los que se devenguen hasta su cumplimiento, por lo cual TENIENDO SUMA LIQUIDA Y EXIGIBLE, procede ordenar el embargo genérico del demandado a efectos de cubrir la suma reclamada, debido al desconocimiento de la existencia de bienes concreto.

4- Conforme a lo expuesto ut supra, mi representada se encuentra en condiciones de iniciar el presente juicio de ejecución forzada de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada contra el Sr Carlos T.F.

DERECHO

Fundo el derecho que asiste a mi representada en los artículos 371 a 396 del CGP.

PETITORIO

En virtud de lo expuesto al Sr Juez Pido:

1- Me tenga por acreditada la representación invocada y por promovido el proceso de ejecución de sentencia.

2- Sin previa noticia de la contraparte se ordene la traba de embargo genérico.

3- Fecho, se notifique al ejecutado a los efectos previstos en el art. 379 del CGP.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105,106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$ _____, estimándose provisoriamente los honorarios

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

OTROSI PIDO. Se tenga presente que me reservo la facultad de sustitución del embargo trabado.

VI.G.2). Veamos un ejemplo de escrito forense sobre ejecución provisional de sentencia de pensión alimenticia.-

EJECUCION PROVISIONAL DE SENTENCIA.

SRA. JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA DE 14º TURNO.

Nilda S.E., en autos caratulados “S.E., Nilda c/ D.D., Santos Jesús - pensión alimenticia” IUE 2-001324/2012, a la Sra. Juez digo:

Que vengo a solicitar la ejecución provisional de la sentencia N° 889/2012, en mérito a las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho:

I. HECHOS.

1. Con fecha 24 de agosto del corriente año, la sentencia N° 889/2012 estableció en su fallo “Haciendo lugar parcialmente a la demanda y en su mérito condenando al demandado a servir a la actora una pensión alimenticia del 10% de los ingresos del demandado, desde la fecha de la demanda oficiándose para la retención. Fijándose un porcentaje adicional del 5% para cubrir las pensiones devengadas y no pagadas que se descontará conjuntamente con la pensión alimenticia hasta la cancelación del atraso...”, según surge de copia de sentencia 889/2012, que se adjunta.
2. Con fecha 14 de septiembre, el demandado presenta recurso de apelación, solicitando la revocación de la mencionada sentencia, habiendo sido notificada el día 1º de noviembre.

3. La Sede funda su fallo en lo siguiente : “la pretensión deducida encuentra su fundamento en las previsiones del art. 183 del Código Civil, por cuanto dice en relación con la pensión alimenticia a que tiene derecho la esposa divorciada, como es el caso de autos. La disposición establece que el marido queda siempre en la obligación de contribuir con la congrua y decente sustentación de la mujer no culpable de la separación, teniendo en cuenta las posibilidades económicas del obligado y las necesidades de la reclamante, de manera que ésta conserve en lo posible la posición que tenía durante el matrimonio...” (sentencia N° 889/2012, Considerando II, fs 150).

Referente a esto, surge de autos:

3.1 Posibilidades económicas del Obligado:

3.1.1. De la prueba documental adjuntada en el expediente, se establece que el demandado presentó Recibo del Servicio de Retiros y Pensiones de las Fuerzas Armadas, denunciando en su Contestación de Demanda, lo que asegura recibe por su trabajo como Empresa Unipersonal en el Servicio de Material de Armamento, no adjuntando ninguna clase de documento que lo certifique.

3.1.2. Surge de autos que en vano se intentó, mediante Oficio 12/20013 de esa Sede, oficiar a dicho Servicio para que se sirviera comunicar al Juzgado la real remuneración que percibe el Sr. D.D. por su trabajo en la Sección de Cromados, lo que debido a la demora y a la angustiosa situación económica de la Sra. S.E. a posteriori se solicitó el desistimiento de dicha actuación y prosecución del Proceso.

3.1.3. De la testimonial ofrecida se probó ampliamente que la situación laboral del Sr D.D., no ha sido como lo afirmara en su contestación de demanda “menoscabada y empeorada luego del divorcio”, dado que el mismo no sólo percibe una jubilación del Servicio de Retiros y Pensiones de las Fuerzas Armadas, sino que además percibe una remuneración en razón de haber obtenido un nuevo contrato en el Servicio de Material y armamento, de donde se jubilara y fuera recontratado como Empresa Unipersonal.

3.1.4. El testigo H.Q., manifiesta al respecto ... “a él lo contrataron del Ejército, tiene una Empresa además es retirado militar, es una mini empresa..”, así mismo el Testigo W.N. expresa ... “él es retirado militar y hace unos trabajos en el Cuartel..”.

3.2. Necesidades de la Reclamante:

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

3.2.1. En su fallo la Magistrada estableció: “... si bien la actora tiene resuelta su situación de vivienda con bien quedado luego de la partición conyugal, también el demandado se encuentra en igual situación. Es indudable que si bien la actora es persona independiente que trabajó durante el matrimonio no es menos cierto que los ingresos de ambas partes son desiguales, lo que permite inferir que el nivel de vida de la actora hoy y sin aporte del esposo ha disminuido”.

3.2.2 En autos ha quedado demostrado que la dicente, no ha mantenido el status social que gozaba durante el matrimonio, cuestión que ha sido ampliamente acreditada por los diversos testimonios vertidos en audiencia, el testigo N.S. afirmaba: “tengo entendido que tenía un buen nivel de vida. Actualmente está pasando dificultades económicas..”, ... “al no estar el Sr D.D. se han resentido algunos servicios...”, así como también lo hace la testigo G.S. que exponen “en cuanto a cubrir todas las cuentas como el Impuesto de Primaria, ella no lo puede cubrir”.

3.2.3. La situación laboral de la actora es difícil, dada por las circunstancias ya sea de sus problemas de salud a lo que se le suma la edad de la compareciente, edad que como es sabido en nuestra sociedad se torna dificultosa para aspirar a un nuevo empleo así como también para obtener un jubilación digna.

3.2.4. Respecto de lo dicho ut supra, son varios testimonios que coinciden en que ...”actualmente sé que trabaja en un edificio tres veces por semana y cuando la llama una propietaria de un apartamento de ese edificio también hace limpiezas..” ...”La Sra no tiene otro oficio”.. (G.S.), “...hubo un momento que tuvo buenos ingresos, después fue perdiendo trabajos y actualmente percibe muy poco...” (N.S.).

3.2.5. Así también ha quedado demostrado en autos, que la Sra S.E. (actora) ya no es una persona activa sin enfermedades , extremo que ha sido probado fehacientemente con la agregación de la historia clínica de la compareciente, así como por los siguientes testimonios: “.. la Sra sé que tiene y tuvo siempre problemas de columna, se trató siempre en el Hospital Militar, sé que tomaba medicación..” (Sra. M.G.), “... con el divorcio han sido resentidos los tratamientos médicos...” (Sr N.S.).

4. Debido a que el proceso fue promovido en el año 2012 y considerando la delicada situación de la Sra. S.E., es que se solicita la ejecución provisional de la sentencia, ya

que al momento a la misma le resulta casi imposible mantenerse con sus magros ingresos, teniendo en cuenta el tiempo de espera de la resolución del Tribunal de Alzada.

5. Como surge de autos la situación de la compareciente es apremiante, por lo que el tiempo de demora en resolverse el Recurso de Apelación impetrado, causaría un perjuicio adicional, ya sea por no ver satisfecha la pretensión, lo que ocasionaría efectos perjudiciales en cuanto a la efectividad de los derechos sustanciales que las normas jurídicas consagran y cuya aplicación se persigue, sea éste el caso previsto en la sentencia que se pretende revocar.

6. En consecuencia, conviene al interés de la dicente se ejecute provisoriamente la sentencia 88p/2012, oficiándose para la retención.

II. CONTRACAUTELA.

7. Atento a la especialidad de la pretensión deducida en autos, se entiende que resulta de aplicación lo previsto por el art. 313.5 del Código General del Proceso, que otorga a los Tribunales la potestad excepcional de eximir de contracautela a la peticionante cuando existan motivos fundados para ello.

8. Conforme a lo anteriormente expresado, y teniendo en especial consideración la situación económica de la compareciente es que se solicita a la Sede se exima de la referida prestación de cautela.

III. DERECHO.

Funda su derecho en lo establecido por los arts. 260 y 313.5 del CGP.

IV. PETITORIO.

Por lo expuesto a la Sra. Juez pide:

1. Le tenga por presentada la ejecución provisional de sentencia, formándose pieza separada a tales efectos.

2. Se exima de la prestación de contracautela.

3. En definitiva, se ejecute provisoriamente la sentencia 889/2012, oficiándose al Servicio de Pensiones y Retiros de las Fuerzas Armadas y al Servicio de Material y Armamento, reteniéndose al demandado por concepto de pensión alimenticia un 10% de sus

ingresos y por concepto de adeudos de pensiones atrasadas un 5 % más, hasta cancelar lo adeudado, entregándose dicha suma a la Sra. Nilda S.E., con cédula de identidad 1.741.055-9.

VI.H). La averiguación de patrimonio.-

La averiguación de patrimonio, se circunscribe en la órbita del tema de los deudores alimentarios morosos. Su regulación legal quedada dada por las leyes 17.957 y 18.244.

Así, se consideran deudores alimentarios, a efectos de su inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones, a aquellas personas que reúnan acumulativamente las siguientes condiciones: A) Que estén obligadas a servir una pensión alimenticia cuyos beneficiarios sean niños o niñas o adolescentes, menores de veintiún años, o mayores de veintiún años si se trata de personas discapacitadas, habiendo nacido la obligación por sentencia ejecutoriada o convenio homologado judicialmente. B) Que adeuden más de tres cuotas alimenticias, total o parcialmente, ya sea que se trate de alimentos provisorios o definitivos. C) Que previamente se le haya intimado judicialmente los adeudos y que el obligado no haya probado fehacientemente que carece momentáneamente de recursos para afrontar las obligaciones alimenticias¹¹¹. D) No será procedente la inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones, cuando de oficio o a petición de parte se acredite que existe una acción de rebaja o de exoneración de la pensión alimenticia no abonada por el obligado, iniciada con anterioridad a la petición de inscripción y esté pendiente de resolución definitiva.

Verificados los extremos previstos en el artículo 2 que acabamos de revisar, el Juez, a pedido de parte, ordenará la inscripción del obligado en el Registro Nacional de Actos

¹¹¹ Una vez que sea intimado, si el obligado se encontrase imposibilitado de cumplir, la tramitación de la oposición se realizará por la vía incidental.

Personales, Sección Interdicciones, librando el oficio correspondiente^{112 113 114}, el que deberá contener: A) Nombres y apellidos y domicilio del obligado. B) Número del documento de identidad del obligado. No obstante, si de las actuaciones judiciales no surgiera éste o el actor lo desconociere, el Juzgado hará constar este hecho y ordenará la inscripción. C) Monto y cantidad de cuotas de pensiones incumplidas. D) Nombres y apellidos y domicilio de los beneficiarios.

Recibida dicha comunicación, las referidas instituciones no podrán otorgar o renovar créditos, abrir cuentas bancarias, ni emitir o renovar tarjetas de crédito a favor de las personas cuya calidad de deudores alimentarios morosos les hubiere sido comunicada. La transgresión de esta prohibición será sancionada por el Banco Central del Uruguay, en su caso, con una multa que no podrá exceder de veinte unidades reajustables, cuyo máximo se duplicará toda vez que la institución incumplidora reincida en el no acatamiento.

Idéntica comunicación será cursada, en la misma forma y dentro de igual término, a todos los Ministerios, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales, los cuales no podrán contratar con un deudor alimentario moroso, en compras cuyo monto supere el límite máximo de la licitación abreviada. La inhabilitación regirá hasta tanto no pierda su calidad de tal, lo que deberá ser comunicado a dichos organismos por el referido Registro, también de oficio, así como a las demás instituciones. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas, en caso que sus directores o administradores figuren inscriptos como deudores alimentarios morosos.

¹¹² La Sección Interdicciones del Registro Nacional de Actos Personales, toda vez que por mandato judicial sea inscripto en ella un deudor alimentario moroso, lo comunicará de oficio al Banco Central del Uruguay y a la Auditoría Interna de la Nación, para que ellos, a su vez, comuniquen a las instituciones por ellos reguladas o controladas, en cuanto corresponda. La identificación del deudor será realizada mediante el documento de identidad o de la manera alternativa que determine la reglamentación.

¹¹³ Cuando el oficio fuera librado por un Juzgado Letrado del interior de la República, el mismo deberá ser remitido directamente por la Sede al Registro Nacional de Actos Personales, el que deberá acusar recibo de su inscripción.

¹¹⁴ La inscripción del oficio correspondiente estará exenta del pago de tasas o tributos.

Una vez recibida la comunicación del Registro Nacional de Actos Personales, la Auditoría Interna de la Nación, comunicará la información sobre deudores alimentarios morosos, a las cooperativas de ahorro y crédito, cualquiera sea su naturaleza o modalidad operativa y el Banco Central del Uruguay a las demás instituciones por él reguladas o controladas. Dicha comunicación deberá realizarse en un plazo máximo de cinco días corridos. Las cooperativas de ahorro y crédito, cualquiera sea su naturaleza o modalidad operativa estarán sometidas a las mismas restricciones y sanciones previstas para las instituciones de intermediación financiera. En este caso las sanciones correspondientes serán aplicadas por la Auditoría Interna de la Nación.

VI.I). Cuantificación y modalidades de la PA.-

Toda pensión alimenticia debe ser cuantificada. Esto es, la condena a servir una pensión alimenticia debe traducirse en un monto económico.

Ese quantum, está topeado por el artículo 59 del CNA, en un 50% de los ingresos del obligado a servir la prestación alimentaria. Y a su vez, dentro de ese tope máximo, la pensión alimenticia puede ser un monto fijo reajutable, puede ser una cierta cantidad de BPC (bases de prestaciones y contribuciones), UR (unidades reajustables), UI (unidades indexadas), porcentajes salariales, o en especie. También puede ser mixta.

Generalmente, en la práctica del foro, la cuantificación se fija en base a ciertos parámetros. Así, si se trata de fijar una pensión alimenticia a favor de un hijo, la condena será de entre el 20% y el 25% de todos los ingresos (menos los descuentos legales) del obligado a servir la pensión alimenticia. Si se trata de fijar una pensión alimenticia a favor de dos o más hijos, la condena será de entre el 30% y el 35% de todos los ingresos (menos los descuentos legales) del obligado a servir la pensión alimenticia. Claro está que estos valores pueden variar algo, según sean las necesidades de los menores, las posibilidades de los obligados a servir las pensiones alimentarias, así como el estilo y nivel de vida al que esos menores estaban acostumbrados.

Un caso especial es cuando el demandado u obligado a servir una pensión alimenticia no trabaja, lo hace “en negro”, trabaja de forma irregular (changas, temporadas, zafras, etc.), o cualquier otra situación que impida que se le pueda realizar el descuento o retención del dinero¹¹⁵. En estos casos, la prestación alimenticia se fijará generalmente en BPC (1, 1,5 ó 2). En tales casos, el juez deberá analizar exhaustivamente su estilo de vida, y en base a eso determinar la pensión alimenticia. En éste y todos los casos, la misma puede ser determinada en pesos, dólares, así como también se puede transferir en "especie", es decir, con el otorgamiento de una vivienda, el pago del colegio, cobertura médica, comida y/o vestimenta (artículos 45 y 46 del CNA).

VI.J). El cese o reducción de la pensión alimenticia (menor o adulto).-

Respecto del cese¹¹⁶ o reducción de la pensión alimenticia, ya nos hemos referido ut supra, con lo que nos alcanzará con dejar sentada una breve mención y dejar planteados los ejemplos correspondientes.

Como ya manifestáramos, como toda obligación, la alimentaria cuenta con un punto final. La obligación de servir alimentos se mantiene mientras no se solicite judicialmente su cese. Y este cese sigue una estructura procesal extraordinaria.

¹¹⁵ Esta situación no es desconocida en el foro. Muy por el contrario, el moneda corriente. Incluso, se detectan casos en que ante la reclamación de pensión alimenticia, el obligado a servirlas, renuncia a su trabajo, comienza a trabajar en negro, o encubre o disimula sus ingresos. En estos casos, de comprobarse -judicialmente-, se estaría ante un delito de estafa, y de ser así, la ley estipula que el progenitor no puede irse del país sin dejar garantías económicas suficientes al menor, y los jueces tienen la potestad de pedir (si lo solicita la contraparte -actora-) el cierre de fronteras para asegurar el cumplimiento de la norma. Un extremo poco frecuente, como ya se vio, pero que resulta viable, es la posibilidad de incoar la responsabilidad extracontractual del obligado a servir pensiones alimenticias cuando ese incumplimiento descansa o se intenta justificar tras un ocultamiento patrimonial.

¹¹⁶ Según el artículo 56 del CNA, la extinción de la obligación alimentaria deberá ser decretada judicialmente; ergo, no opera ipso iure ni automáticamente por el hecho que el beneficiario de la pensión alimenticia cumpla mayoría de edad (18) o los 21 años. Otras causales para la solicitud judicial del cese de la pensión alimentaria son: 1). que el deudor se halla en imposibilidad de servirlos; 2) cuando fallece el alimentante, sin perjuicio de la asignación forzosa que grava la masa de la herencia; y 3). cuando fallece el alimentario, en cuyo caso la obligación se extiende a los gastos funerarios, siempre que no puedan cubrirse de otra manera.

Corresponderá la solicitud de cese de pensión alimenticia (art. 56 del CNA):

- 1º) cuando el beneficiario o cumple los 21 años, o habiendo cumplido los 18 años es autosuficiente¹¹⁷;
- 2º) cuando el deudor se halla en imposibilidad de servirlos;
- 3º) cuando fallece el alimentante, sin perjuicio de la asignación forzosa que grava la masa de la herencia; y
- 4º) cuando fallece el alimentario, en cuyo caso la obligación se extiende a los gastos funerarios, siempre que no puedan cubrirse de otra manera.

Cabe consignar que, los procesos de cese de pensión alimenticia, tramitan mediante estructura extraordinaria. Salvo cuando el cese de pensión refiere a que el beneficiario de la prestación haya cumplido los 21 años de edad; en este caso, la estructura procesal a seguirse resulta sui generis, pues parecería un monitorio, pero sin decreto inicial.

Por otro lado, además del cese, puede solicitarse la reducción de la pensión alimenticia. En tal sentido, el artículo 55 del CNA establece que “los alimentos podrán ser objeto de aumento o de reducción, si se modifica la situación económica del deudor o las necesidades del acreedor. Se tramitarán por el procedimiento establecido en los artículos 346 y 347 del CGP”. Ergo, se trata también de procesos extraordinarios, que deben tramitarse por pieza separada y no dentro del mismo expediente de pensión alimenticia, aunque siga la misma estructura procesal. En todo caso, queda claro, por obviedad, que no basta con argüir una modificación en la situación del alimentante, ni en las necesidades del alimentado, extremos que siempre habrá que probar.

¹¹⁷ Cuando se trate de un beneficiario que cumpla veintiún años de edad, bastará que el alimentante se presente ante el Juez Letrado de Familia que intervino en la fijación de alimentos solicitando el cese de la pensión, agregando la partida de nacimiento del beneficiario, y sustanciándose con traslado a la contraparte por el plazo perentorio de veinte días. Transcurrido el plazo sin que se evacue el traslado, se decretará el cese de la pensión alimenticia, notificando a la otra parte. Si se dedujere oposición se tramitará por el procedimiento establecido en los arts. 346 y 347 CGP -estructura extraordinaria-.

Debe recordarse que el beneficio alimentario puede estar fijado respecto de varios beneficiarios (dos o tres hijos por ejemplo). En estos casos, el cese que se solicitare respecto de uno de los beneficiarios, no implica necesariamente una reducción en cuanto al quantum de la prestación alimenticia. Esto dependerá de la ecuación inicial respecto a recursos del alimentante y necesidades del alimentado. Puede ocurrir que ante la absoluta insuficiencia de los recursos del obligado para satisfacer las necesidades de los alimentados, una vez decretado el cese respecto del hijo mayor de 21 años, el obligado siga sirviendo la misma pensión alimenticia, pero ahora, a favor de uno de sus hijos, y no de sus dos hijos. Entonces, el cese pensionario respecto de uno de los beneficiarios, no redundará en una disminución de la cuantía de la prestación.

VI.J.1). Ejemplo de escrito forense de solicitud de cese de PA.-

Solicitud de desarchivo y
de exoneración de prestación
alimenticia.

Sr. Juez Letrado de Familia de 5° Turno.

Liber M.D. con cédula de identidad 1:481.713-8, con domicilio real en _____ y constituyendo domicilio en _____ y electrónico en 3222111@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, compareciendo en autos que por Reducción de Pensión Alimenticia promoví ante dicha sede contra la Sra. Mercedes A.F IUE 2-098342/2008, archivado, al Sr. Juez digo:

Que vengo a solicitar el cese de la pensión alimenticia que fruto del auto 335/2009 sirvo a mis hijas, mediante retención del 20 % de todas mis entradas líquidas en virtud de las siguientes circunstancias de hecho y fundamentos de derecho.

HECHOS

I) Con fecha 18/III/2009 la sede decretó una reducción de la pensión alimenticia que me correspondía servir a mis menores hijas: Iris Estela y Lilian Elisa M.D.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

II) Como se prueba con los testimonios de partidas que se adjuntan, ambas a la fecha han llegado a la mayoría de edad.

III) Corresponde por tanto cesen en su totalidad la retenciones que como forma de satisfacer sus necesidades alimentarias oportunamente dispusiera la Sede, dada la extinción de la obligación que las sustenta.

PRUEBA

I) Testimonio de partida de nacimiento de Lilián Elisa M.D.

II) Testimonio de partida de nacimiento de Iris Estela M.D.

DERECHO

Fundo mi derecho en los artículos 123 siguientes y concordantes del C. Civil y 55 CNA.

PETITORIO

Por lo expuesto al Sr. Juez pido:

I) Me tenga por presentado con testimonio de partidas y por constituido el nuevo domicilio procesal y electrónico.

II) Decrete en definitiva el cese de la obligación alimentaria respecto de mis hijas Iris y Lilián, oficiándose.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105, 106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$ _____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

VI.J.2). Ejemplo de sentencia (64/2013) del TAF sobre cese de PA.-

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

VISTO:

Para Sentencia Definitiva de Segunda Instancia, en estos autos caratulados “Sr. JGLM C/ Sra. MLL - CESE DE PENSION ALIMENTICIA” IUE 286-737/2011.

RESULTANDOS:

I) Que por Sentencia en forma de interlocutoria Sentencia JL MALDONADO No. 25450/011-8i del 3/6/2011 dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Maldonado de 8° Turno, Dra. Adriana M. Cittadino de Perez, a cuya relación de antecedentes la Sala se remite, en lo dispositivo rechazó la demanda manteniendo la obligación del actor de continuar sirviendo pensión alimenticia a su hija (mayor de 21 años de edad) hasta que la misma complete sus estudios de Bachillerato; sin especial condenación (fs.19 a 20 vto.).

II) Que compareció el actor interponiendo recurso de apelación agraviándose en lo sustancial pues:

- la beneficiaria cuenta con más de 22 años de edad; la misma es una persona sana, nunca abandonó sus estudios por incumplimiento de mi parte en el apoyo de la pensión alimenticia e ingresó a trabajar en diciembre de 2006, formando su propia familia, solicitando por ello y en lo principal se decrete el cese de la pensión alimenticia que sirve desde que la demandada cumplió 21 años de edad (fs.22 a 25) -

III) Sustanciado el recurso, la contraparte evacuó el traslado conferido abogando por el mantenimiento de la impugnada según desarrollos que expresó en escrito de fs. 27 a 29.

IV) La a-quo franqueó la alzada para ante este Tribunal sin efecto suspensivo y en pieza testimoniada (fs. 30 a 36); recibidos, previa subsanación de aspecto formal se confirió vista al Ministerio Público y se dispuso el pasaje de la causa a estudio (fs. 38 a 50); a solicitud del Ministerio Público se requirió la agregación de expediente y fecho éste se expidió en favor de revocar la impugnada (fs. 51,53,58,59); efectivizado el estudio el Tribunal acordó dictar la presente en forma anticipada (fs. 59 vto. a 60).

CONSIDERANDOS:

I) El Tribunal habrá de revocar la apelada con las precisiones que se dirá y por lo subsiguiente.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Por de pronto porque, habiéndose verificado la causal legal esgrimida por el actor para cesar la prestación alimenticia que sirve en favor de su hija, corresponde tutelar la pretensión instaurada al tenor de lo previsto en el Artículo 56 num.1 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

En el caso concreto, la beneficiaria es mayor de 21 años de edad, no militando a su respecto dolencia física o mental que obste bastarse a sí misma, de dónde, la extensión temporal del servicio fuera del límite normativo antes indicado carece de sostén. (arg. Art.antes cit.; 45,46,50 Código de la Niñez y la Adolescencia; 116,118,121 inc. 2 Código Civil).

II) Con dicho marco de referencia, la decisión atacada refiriendo como fundamentos del dispositivo lo invocado por la opositora (vg. incumplimiento en el pago de la pensión alimenticia, que obliga a la acreedora a dejar sus estudios para trabajar perjudicándola en el proceso educativo que cursaba; v.fs. 12 a 13,19 vto. a 20 vto.) pues dichas cuestiones son diversas y propias de considerar en otros procesos pertinentes y no en el presente juicio cuyo objeto y finalidad concreto no lo abarca ni es posible dirimirlo ante la ausencia e impropiedad de un fenómeno de acumulación (arg. Arts. 117,120,130,132,136,198 Código General del Proceso).

También es errónea la forma dada a la Sentencia de Primera Instancia, tratándose de pretensión principal cuya dilucidación corresponde por Sentencia Definitiva y de igual modo apelación con efecto suspensivo.

III) Finalmente y en cuanto refiere al cese que se propugna, los efectos rigen desde la demanda por su carácter o naturaleza declarativa cuya vigencia opera desde dicha data en que el obligado puso de manifiesto la causal pertinente (arg. Arts. 48 Código de la Niñez y la Adolescencia).

IV) Por lo desarrollado, normas citadas, Arts. 56, 261 del Código General del Proceso, no meritando la conducta procesal de las partes especial imposición en lo causídico, el Tribunal:

FALLA:

Revocando la apelada.

Disponiendo el cese de la pensión alimenticia que el actor sirve en favor de su hija desde la demanda instaurada.

Sin especial sanción procesal.

Oportunamente, devuélvase a la Sede de origen.

VI.K). Ejemplo de escrito judicial sobre reducción de PA.-

Reducción de pensión alimenticia.

Sr. Juez Letrado de Familia de 18° Turno.-

Darwin W.N., titular de la cédula de identidad 1.878.090-3 con domicilio real en _____ y constituyendo domicilio en _____ y electrónico en 3222111@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez digo:

Que vengo a promover reducción de pensión alimenticia, contra Adriana H.A., con domicilio en _____, en mérito a las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho:

HECHOS.

- 1) Por sentencia n° 15 del 3 de marzo del 2007, como surge de autos caratulados “H.A., Adriana c/ W.N., Darwin - Pensión Alimenticia” IUE 2-0003069/2006, al haberme allanado a la demanda promovida, acepté otorgar un 30% de mis ingresos por concepto de pensión alimenticia para mis dos menores hijos.
- 2) Una vez fijada la correspondiente obligación alimentaria en los autos mencionados, he cumplido regularmente con la misma, e incluso cuando me encontraba amparado por el Seguro de Desempleo, he convenido con la Sra. H.A. un porcentaje mensual determinado por concepto de pensión alimenticia, como forma de no sustraerme al cumplimiento de lo dispuesto judicialmente.
- 3) Con respecto a mi hijo Nicolás, como se desprende del correspondiente testimonio de partida de nacimiento (letra A), aún se encuentra en plena vigencia mi obligación, por lo que corresponde que sea reducido el que en su momento me obligué a servir por

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

concepto de pensión alimenticia para mis dos menores hijos, a un 15 % ya que en la actualidad uno solo de ellos es menor de edad. Cabe señalar que en la actualidad me está siendo retenido un 30 % del total de mis ingresos por mis dos “hijos menores”.

4) Por lo expuesto, es que conviene a mi interés el inicio de las presentes actuaciones.

PRUEBA.

A efectos de probar los extremos invocados se ofrecen los siguientes medios de prueba :

Prueba documental:

- Testimonio de partida de nacimiento individualizado con letra “A”.
- Recibos expedidos , señalados con letras “B”, ”C”, ”D”, ”E”, ”F”, ”G”

DERECHO.

Se funda el derecho conforme lo dispuesto por los artículos 346,347,349 C.G.P, 122 C.Civil, artículos 16,45,46,47,48,50,55 Código de la Niñez y la Adolescencia.

PETITORIO.

Por lo expuesto, al Sr. Juez solicito:

- 1) Me tenga por presentado, por denunciado el domicilio real, por constituido el procesal y electrónico, y por promovida la presente acción.
- 2) Se de traslado a la demandada.
- 3) Se convoque a audiencia de precepto.
- 4) Que en definitiva, se decrete la reducción de pensión alimenticia respecto de mi menor hijo Nicolás, pasando a servir un 15 %, por concepto de tal, oficiándose a _____ el nuevo porcentaje a retener judicialmente.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105,106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$ _____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

VI.K.1). Ejemplo de sentencia (172/2009) del JLF sobre reducción de PA.-

VISTO:

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados "LB C/ MI. REDUCCIÓN DE PENSIÓN ALIMENTICIA" - Ficha IUE 46/7/2008, tramitados con intervención de la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Civil de 1º Turno.-

RESULTANDOS:

1) Que el día 5 de Febrero de 2008 compareció el Sr. LB, promoviendo juicio de reducción de pensión alimenticia, en base a las siguientes consideraciones.-

Expresa que por Sentencia Nº 57 del 11/05/2006 en los autos "MI C/ LB. Pensión Alimenticia". F. 2/29697, se decretó una pensión alimenticia equivalente a la suma de \$ 10.000 (pesos uruguayos diez mil) en efectivo a pagar a la madre de las menores en calidad de administradora dentro de los diez primeros días de cada mes, más el pago de las matrículas del colegio al que asistan las niñas, las cuotas de la sociedad médica, emergencia móvil, más los alimentos en especie correspondientes al almuerzo y cena diarios (de Lunes a Viernes), en cantidad y calidad suficientes para una adecuada alimentación.-

Desde la fecha en que quedó ejecutoriada la misma ha cumplido con ella y todos y cada uno de sus términos, lo que le ha dificultado al presente y en especial desde el mes de febrero, en base a que sus ingresos se han visto abatidos.-

Durante el proceso de alimentos el compareciente era co-titular de la explotación de las cantinas del Palacio Legislativo, del recinto Portuario y del centro de rehabilitación, tal como surgió de los informes solicitados a la Comisión Administrativa Del Palacio Legislativo, a la Administración Nacional de Puertos y al Centro Nacional de Rehabilitación.-

Con fecha 13 de Febrero de 2007, se procedió a la entrega la Cantina del Palacio Legislativo, por haber terminado el contrato de Concesión de la misma.-

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Asimismo, con fecha 26/06/2006, se dejó de prestar el servicio de comidas y cafetería para funcionarios de la Administración Nacional de Puertos, tal como surge de la documentación adjuntada.-

Por otra parte la madre de los menores ha reclamado judicialmente la suma de \$ 214.000, por concepto de diferencias de pensiones originadas durante el proceso alimentario, entre la provisoria fijada en el mes de Setiembre de 2004 y la definitiva ya nombrada, ello sin perjuicio de haber omitido en el período reclamado el pago de los rubros de gastos comunes y televisión por cable del apartamento donde viven los menores por todo el período.-

Respecto del padrón N° 9027, ubicado en el Departamento de Canelones a pesar de encontrarse arrendado, es propietario del 25 % del mismo y debe afrontar en igual proporción los gastos de contribución inmobiliaria e impuesto de Primaria, lo que asciende a la suma de \$ 2.686.-

Lo mismo respecto de inmueble sito en Av. Sarmiento 2662 apto. 1001, el que a pesar de encontrarse arrendado, no se trata de ingresos líquidos, ya que deben abonarse los mismos tributos mencionados.-

El compareciente ya no tiene la explotación de las tres Cantinas de las que era propietario al momento de dictarse la Sentencia.-

El compareciente comenzó la explotación de la cantina del Banco C, por la que retira mensualmente la suma aproximada de \$ 7.000 y \$ 6.000. La explotación la hace en forma personal, sin socios.-

Asimismo, y para aumentar sus ingresos, es Director de S S.A., que gira en el ramo de restaurante. Es Director de la S.A., siendo accionista conjuntamente con tres socios.-

Cuanta con los ingresos del alquiler que percibe por el apartamento que fuera el hogar Conyugal.-

Actualmente vive en la casa de su madre, a los efectos de no abonar más alquiler, gastos comunes, etc.

Con respecto, a la madre de los menores si bien la misma había quedado sin trabajo, al presente recibe ingresos de la explotación de una camioneta de transporte escolar, marca Volkswagen, Modelo Combi.-

El título del vehículo está nombre de la Sra. CR, desconociéndose si la demandada ha hecho el título y transferencia municipal.- Además desde hace aproximadamente un año vive en pareja en el mismo departamento que habitaba junto a sus menores hijas, lo que implica que determinados rubros, tales como luz, teléfono, alquiler sean afrontados en conjunto por ambos.-

En lo que se refiere a las necesidades de las menores, siguen concurriendo al mismo Colegio, abonando el compareciente en concepto de escolaridad la suma de \$ 12.000 mensuales como la sociedad médica E y el servicio S.-

Los gastos de salud y educación son afrontados por el compareciente. Además les abona al almuerzo y cena.

La niñas están con el mismo los días martes, jueves y viernes y un fin de semana cada quince días.

Las necesidades de las menores no han variado, pero si la capacidad económica del compareciente.-

Solicita solo la reducción de la cifra en efectivo.-

Ofrece prueba, y solicita que en definitiva se decrete la reducción de la pensión alimenticia que sirve el demandado a la suma de \$ 5.000, desde la fecha de presentación de la demanda.-

2) Por auto N° 397 del 18/02/2008, se confirió traslado de la demanda emplazándose por el término legal de treinta días, bajo apercibimiento (fs. 44).-

3) El día 14/06/2008 compareció MI evacuando el traslado de la demanda, en los siguientes términos.

Manifiesta, que el caudal del obligado no se ha visto abatido.

La concesión del Servicio de Cantina de la ANP, ya en oportunidad de apelar la Sentencia de Primera Instancia, en Mayo de 2006 el Sr. LB ya había anunciado la caducidad de la concesión, por lo que a dictarse la Sentencia de Segunda Instancia, se tuvo en cuenta dicho extremo.-

Se omite presentar un certificado por los ingresos que percibe.-

El actor no ha variado su nivel de vida.-

Sigue manteniendo la camioneta Toyota Hilix que adquirió en el 2005, sigue veraneando en Punta del Este y sigue en posesión de los bienes inmuebles. Sigue pagando las cuotas del apartamento que adquirió en Av. Brasil y Ellauri, y sigue concurriendo al Círculo de Tenis.-

A su vez la demandada, cuando se evacuó el traslado de la Apelación, en forma reciente se había empleado como administrativa en la Empresa P S.A. y percibía ingresos de \$ 4.470. Por lo tanto dichos ingresos fueron tenidos en cuenta por el Tribunal de Segunda Instancia.

No es cierto que la demandada sea propietaria de la camioneta que se individualiza, ya que el vehículo fue adquirido por su hermano, que posee una Empresa de transporte de escolares, y es manejada por la misma y su pareja, dado que su hermano debió ausentarse del país.-

En cuanto a las menores se encuentran en tratamiento psicológico, que abona la compareciente en su totalidad. El año pasado se mudó a una finca por la cual se paga un alquiler de \$ 10.000.-

Es falso que pague la totalidad de la comida de las niñas, paga el ticket de almuerzo en el Colegio, pero nunca entregó las bandejas para la cena. Asimismo, no pasa con las niñas tres veces a la semana y un fin de semana cada quince días.

Las lleva solo los Lunes y los miércoles y las retira los sábados de mañana reintegrándolas ese mismo día a las tres de la tarde.-

Ofrece prueba, y solicita que en definitiva se rechace la demanda, en todos sus términos con expresa condena en costos y costas.-

4) Por auto N° 3097 del 25/06/2009, se dispuso el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas y de la inspección ocular solicitada.-

Se convocó a las partes, al Ministerio Público y a los testigos propuestos para la audiencia del día que se realizó el día 20 de Febrero de 2009 (fs. 106- 106 vto.), a la cual comparecieron ambas partes, que se ratificaron de sus respectivos libelos, se intentó infructuosamente la conciliación, y se delimitó el objeto del proceso y de la prueba.

Se llevaron a cabo las audiencias donde se recibió la declaración de los testigos propuestos, prorrogándose la audiencia para la declaración de las partes (fs. 126-128).-

5) Habiendo alegado ambas partes de bien probado se dispuso el pase de los autos al Ministerio Público, quien se expidió a fs. 143, y por auto N° 5386 del 7/10/2009 (fs. 1771), se fijó audiencia a los efectos del dictado de Sentencia para el día de la fecha.

CONSIDERANDOS:

I) Que por sentencia N° 57 de fecha 11 de Mayo de 2006 dictada en los autos acordados de Pensión Alimenticia Fa. IUE 2/29697/2004, se condenó al Sr. LB a servir una pensión alimenticia en favor de sus menores hijas legítimas CB y MB una pensión alimenticia equivalente a la suma de \$ 10.0000 reajustables semestralmente de acuerdo al I.P.C., más el pago de las matrículas y cuotas del Colegio al que asistan sus hijas, las cuotas de la Sociedad Médica E u otra similar. La emergencia médica móvil más los alimentos en especie (comida), correspondientes al almuerzo y cena diarios (de Lunes a Viernes), sin especial condenación.-

La Sentencia de Primera Instancia fue confirmada por la Sentencia de Segunda Instancia No. 311 del 8 de noviembre de 2006.-

El actor en estos autos pretende que se reduzca el quantum de su obligación alimentaria, en base a lo siguiente.-

Solicita un abatimiento de la suma que sirve en efectivo a la suma de \$ 5.000, manteniéndose en su totalidad la pensión alimentaria en especie.-

El Artículo 347 del Código General del Proceso establece que "en aquellos procesos en que se sentencia "rebus sic Stantibus", como en el de alimentos y cuestiones relativas a menores, cuando se alegare el cambio de la situación ya resuelta, corresponderá, en sustitución de los recursos ordinarios, el proceso extraordinario posterior para decidir la cuestión definida conforme con las nuevas circunstancias que la configuran". No obstante, en ése nuevo proceso extraordinario revisivo igualmente resulta de aplicación el criterio de proporcionalidad para la fijación del monto pensionario, previsto por el Artículo 46 del Código Niñez y Adolescencia, esto es, el caudal o posibilidades económicas de quien da los alimentos y las necesidades de quien los recibe.

Como lo sostiene tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional "Para poder promover un pronunciamiento de revisión de pensión alimenticia se requiere un presupuesto insoslayable, esto es, que exista un pronunciamiento definitivo-sentencia o acuerdo homologado- sobre el objeto de la litis y la invocación de "hechos nuevos" que motiven la demanda revisiva" (Sent. N° 19 del 7/05/1990 y 127/94 del T.A.F. 1° en R.U.D. Procesal N° 3 año 1995 caso 556). Y en el mismo sentido el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno expresó que: "Las acciones de reducción de pensión alimenticia presuponen, para prosperar, que la parte reclamante, de conformidad con los principios generales en la materia (Artículos 139, 140 y concordantes del Código General del Proceso) acredite la reproducción de hechos supervinientes que modificaren la ecuación económica y/o situación contextual que los interesados tomaron en cuenta para la determinación del servicio que se pretende revisar, es decir y en lo concreto, aumento de las necesidades de los beneficiarios y/o consecuentes aumentos o reducciones de las posibilidades de los obligados (TUDF N° 7 p.88 y ss. RUDP 1977 3-4, 373, 375, etc.)" (R.U.D.P. 3, año 1995 caso 557 p.424).-

En la especie, el hecho nuevo fundamental invocada por el promotor consiste en que su situación económica ha variado, dado que sostiene que perdió la concesión de las cantinas que explotaba en el Palacio Legislativo, en la A.N.P. y del Centro de Rehabilitación, a raíz de ello debió pagar despidos, y que la madre de las menores le ha reclamado judicialmente la suma de \$ 214.400 por concepto de diferencia de pensiones.-

II) En cuanto a las beneficiarias CB nacida el día 25/10/1999 y MB nacida el día 23/08/2002 cuentan con 7 y 10 años cumplidos de edad, (partidas de fojas 3 y 4 de los acordonados F. IUE 2/29697/2004).-

Presentan las necesidades de propias de su edad cursando ciclo escolar, presentando las mismas necesidades propias de su edad.-

No obstante, al respecto, la sicóloga Raquel Hammmer expresó que "conoce al actor desde el año pasado por ser el padre de una de las chicas que atiende. Comenzaron en el mes de setiembre de 2007, primero fue con CB y luego MB comenzó a tener problemas, comenzando una terapia familiar citando a ambas partes. Sigue con el mismo abordaje

con las niñas y, la madre y el esposo de ésta. Lo que ella puede decir que la preocupación de las niñas es la parte económica estando ambas niñas afectadas por el presente juicio. El nivel de vida de ellas les preocupa. Ha hablado con el actor, manifestándole que estaba preocupado con la situación, decidiendo el no acudir a las entrevistas posteriores, puede ir al consultorio las veces que quiera" (fs. 169 vto- 170).- De la prueba testimonial y documental obrante en autos analizada de acuerdo a las reglas de la sana crítica (Artículo 140 del Código General del Proceso) se desprende lo siguiente.

En cuanto a los recursos o posibilidades económica de la madre Sra. MI, trabaja en una camioneta de transporte escolar junto a su pareja que es propiedad del hermano de la misma, quien se encuentra fuera del país, lo que se acredita con la documentación glosada a fs. 64-66.-

Cabe destacar que de la nueva relación de la demandada nació un hijo.-

Esta última, carece de bienes propios, vive con sus hijos y su pareja en una finca alquilada por la suma de \$ 10.000 (documento de fs. 53). A su vez paga el tratamiento psicológico de las menores, lo que surge de la declaración de la psicóloga, mencionada en los precedentes.-

Los Artículos 44 y 46 del Código Niñez y Adolescencia, consagran el deber de asistencia familiar y al concepto de alimentos.-

Se estima que reducir abruptamente la pensión alimenticia implicaría en los hechos dejar mayormente a cargo de la madre los referidos deberes y obligaciones por lo cual es dable señalar desde ya que la acción tal cual ha sido planteada no habrá de ser acogida.-

III) En lo que se refiere a la situación económica actual del obligado a servir alimentos, de la prueba producida en autos no surgen elementos nuevos que permiten sostener que la misma se haya visto afectada.

No ha existido una variación o un cambio relevante respecto a la situación preexistente.- De obrados, fluye que el actor ya no tiene la explotación de las Cantinas del que era concesionario a fecha de la Sentencia, es decir la del Palacio Legislativo y la de la Administración Nacional de Puertos.

A título de hecho nuevo se acreditó a través del documento de fs. 107, que el demandante cesó en la concesión del Centro Nacional de Rehabilitación el día 22 de Junio de 2008.-

Asimismo, emerge que se le concedió la explotación de la Cantina del Banco C, aunado a que es Director de S S.A. que gira en el ramo restaurante, que se encuentra en la calle Joaquín Suárez 3449 con el nombre de fantasía M.

Lo mencionado fue admitido por el accionante en la demanda promovida.

Cabe traer a colación, que el mismo esgrime ser Director de la Sociedad Anónima sin goce de sueldo, lo que no se ha probado en autos.

En lo que se refiere al apartamento de la calle Avenida Sarmiento, en oportunidad de realizarse la inspección ocular de la calle Av. Suárez 333, el actor manifestó que "lo vendió aproximadamente hace dos años en la suma de U\$S 70.000, no lo recuerda"(fs. 93).-

Lo expuesto se consolida con lo declarado por el actor de que "no presentó documentación de la venta cuando se le intimó, porque a él no le quedó ningún documento de dicha venta".

También expresó que la S S.A. se disolvió, no habiendo presentado documentación que lo acredite.-

Obsérvese, que denunció en la demanda presentada el día 6/02/2008 que percibía por concepto de alquiler del apartamento de la calle Sarmiento la suma de \$ 15.000, resultando contradictorio que posteriormente alegue que lo vendió aproximadamente hace dos años.-

El accionante tiene un nueva fuente de ingresos que proviene del la concesión del Servicio de Comedor de la Empresa GB el día 30 de Marzo de 2008, (fs. 122).-

Surge de infolios, que es propietario de una camioneta marca Toyota Hilux del año 2006, abonando al Banco A, por la que abona alrededor de \$ 20.000 de cuota, paga \$ 4.000 de patente y de seguro 10 cuotas de \$ 5.682 (declaración de la parte actora, fs. 127).-

En lo concerniente, a su patrimonio inmobiliario, aduce en su accionamiento que sigue poseyendo los mismos bienes inmuebles que antes, que no le generan renta y que debe de afrontar los gastos de los impuestos.

El testigo WB expresó que "el patrimonio sucesorio de la familia lo maneja la madre, ya que ellos no le reclaman nada" (fs. 108 vto.).-

IV) Atento a las argumentaciones vertidas en los precedentes, se desprende que la capacidad contributiva del actor no se ha modificado, y que si bien ha dejado de poseer la concesión de las cantinas en el Poder Legislativo, ANP y Centro de Rehabilitación fueron sustituidas por otras fuentes de ingresos.-

Se hace hincapié que de tal contexto, no fluye una alteración fáctica que amerita una reducción en la prestación alimentaria pretendida.

Así lo ha entendido también el Sr. Representante del Ministerio Público en su dictamen (143) expresando: "Si bien el actor ha dejado de poseer la concesión de las cantinas en los lugares que lo hacía, se ha probado que los ingresos han sido sustituidos por otros emprendimientos económicos. Surge de autos que el actor realiza otras actividades comerciales que le permitirán cumplir con la pensión alimenticia fijada" (fs. 143).-

En resumen, no se han acreditado la existencia de hechos nuevos, jurídicamente relevantes que signifiquen una modificación fáctica sustancial respecto a la que se tuvo en cuenta al momento de dictarse las Sentencias N° 57 de Primera Instancia de fecha 11 de Mayo de 2006, confirmada por la Sentencia de Segunda Instancia N° 311 del 8 de Noviembre de 2006.-

De acuerdo a los principios generales que rigen la carga de la prueba (Artículo 1573 del Código Civil, Artículo 139.1 del Código General del Proceso), incumbe a la parte actora la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión, y está a cargo de la demandada la prueba de los hechos impeditivos o extintivos de aquella.

De la plataforma fáctica probatoria allegada a la causa, fluye que no se halla probada en autos los requisitos para amparar la demanda instaurada.-

De obrados, no resulta probada la existencia de los requisitos esgrimidos para admitir un aumento de pensión alimenticia.-

Se desestimará de la demanda, considerándose que la parte actora no ha cumplido con el "onus probandi" que le alcanzaba, con la proyección de que en la presente hora decisoria el incumplimiento de la mentada carga se traduce en una regla de juicio a la que debe someterse la sentenciante.

V) La conducta procesal de las partes no amerita la imposición de sanciones adjetivas de ninguna especie (Artículo 56.1 del Código General del Proceso y 688 del Código Civil).-

Por lo expuesto y las normas legales citadas

FALLO:

DESESTIMASE LA DEMANDA IMPETRADA.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

HONORARIOS FICTOS: TRES BASES DE PRESTACIONES BÁSICAS PARA CADA PARTE.

CONSENTIDA O EJECUTORIADA, CÚMPLASE, REPÓNGASE LA VICÉSIMA, EXPÍDASE TESTIMONIO Y ARCHÍVESE.

Capítulo VII:
Rectificación de partidas.-

Las partidas, todas ellas, cuentan con un margen, ya sea a la derecha o a la izquierda del documento. Este margen debe su razón de ser a que el cuerpo (“original”) de la partida, no puede ser intervenido ni alterado en ningún caso y en ningún momento¹¹⁸. Entonces, ante un error u omisión, habrá que proceder a la corrección, enmienda, modificación o alteración del dato. Ello se realiza mediante la anotación al margen de la partida correspondiente, luego del proceso voluntario correspondiente.

Así, por ejemplo, cuando nos casamos, se genera la partida de matrimonio. Cuando nos divorcemos, ese cuerpo se mantendrá, agregándose la inscripción marginal del divorcio. Será en el margen, que se anotará que ese matrimonio ha dejado de ser por haberse divorciado.

Cuando una persona nace, se genera el certificado de nacido vivo, al que se le adjudica un número de cédula de identidad (al certificado de nacido vivo). La partida de nacimiento, se elabora con posterioridad y en función del certificado de nacido vivo.

Esto lleva a que pueda verificarse alguna inconsistencia entre el certificado de nacido vivo y la partida de nacimiento.

Un ejemplo sería el hijo reconocido por ambos progenitores, pero con el pasar del tiempo, el padre biológico -que no es el reconociente-, acciona la impugnación de paternidad para asumir la propia. En este caso, terminado el proceso correspondiente, será necesario modificar la partida de nacimiento original, lo que se efectivizará mediante la anotación marginal correspondiente.

Todas las intrincadas situaciones de relacionamiento familiar darán lugar a un sinnúmero de posibilidades de rectificación de partidas.

¹¹⁸ Claro está que esto no regirá por mucho tiempo más, lo que responde al hecho que se están implementando las partidas de estado civil electrónicas.

Siguiendo a los Drs. María del Carmen González Piano, Walter Howard, Karina Vidal y Carlo Bellin, el art. 39 del CCU contiene una definición de estado civil expresando que es «la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones». Sin embargo, existe amplio consenso en la doctrina uruguaya en el sentido de que la disposición confunde dicha figura con la capacidad. En verdad, el estado civil es el estado de familia en que se encuentra colocado un individuo y que en virtud de ciertos hechos o actos que ocurren en su vida, algunos de los cuales por completo ajenos a su voluntad, y por tener determinada condición familiar, lo hacen acreedor de ciertos derechos o deudor de ciertas obligaciones. Por ejemplo, la condición de padre, sea matrimonial (art. 213) o extramatrimonial (art. 227 del CCU) genera la obligación alimentaria recíproca (arts. 118, 277 y 279 del CCU) atribuye al hijo la calidad de heredero de primer orden y de legitimario en la sucesión del padre y la madre (arts. 885 y 1025). De forma que, si bien es posible concordar con el legislador en que del estado civil emergen ciertos derechos y obligaciones (tal cual se expresa en la definición que practica el aludido art. 39), es imprescindible vincular aquellos con la presencia de relaciones de familia, y no con otros rasgos que pueden envolver a las personas, como el sexo, la ciudadanía, la profesión, la edad o la salud física o mental. Por ende, el estado civil sólo se refiere al estado de familia, a los derechos y obligaciones emanados del matrimonio, los vínculos de consanguinidad o afinidad y la adopción¹¹⁹.

En apretada síntesis, y siguiendo a los mismos autores¹²⁰, puede establecerse que las fuentes del estado civil son: el matrimonio, la filiación, el parentesco por consanguinidad, y el parentesco por afinidad.

De conformidad al art. 78 del decreto-ley 1.430 las alteraciones, rectificaciones o adiciones, sea de la naturaleza que fueren, sólo pueden efectuarse en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y mediante una anotación al margen de la

¹¹⁹ María del Carmen GONZÁLEZ PIANO, Walter HOWARD, Karina VIDAL y Carlo BELLIN “*Manual de Derecho Civil*”; edición del Departamento de Publicaciones de la Unidad de Comunicaciones de la UDELAR (ISBN 978-9974-0-0774-1), pág. 121, 2011, Montevideo.

¹²⁰ AA.VV. “*Manual de Derecho Civil*”; ob. cit., págs. 121-124.

partida que se modifica. Esto significa que el texto de la partida que se rectifica se mantiene intangible en su texto, pero es posible visualizar que ha sido modificada por las constancias que se agregan al margen y que determinan en qué ha consistido la mutación. El art. 73 del aludido decreto-ley dispone que «hay lugar a la rectificación: 1°) por falsedad, cuando se alegue que el suceso registrado no tuvo lugar; 2°) por enmienda cuando se solicite variar algún nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental». A pesar de que el legislador ha incluido todas esas situaciones que se mencionan dentro de la rectificación de partidas (seguramente porque tienen en común que requieren de un proceso que va a culminar con una orden de anotar al margen de la partida lo proveído judicialmente), es indispensable distinguir entre la nulidad o impugnación de partidas, el cambio de nombre y la rectificación de partidas propiamente dicha¹²¹.

En efecto, la nulidad o impugnación de partidas tiene lugar cuando se alega que el acto inscripto no tuvo lugar (v. gr. se inscribió la defunción de quien aún se halla con vida). La vía procesal por la que tramita este procedimiento es el juicio ordinario y el efecto perseguido es dejar la partida sin efecto en virtud de su falsedad¹²².

En el caso del cambio de nombre, por el contrario, no se afirma que el suceso registrado no tuvo lugar -como en la impugnación-, ni que hay errores en la designación -como en la rectificación-, sino que considera que existen razones válidas y consistentes que justifican que aquel nombre que se le atribuyó debe ser variado (v. gr. porque se trata de un nombre ridículo)¹²³.

La rectificación, por el contrario, supone que una partida contiene inexactitudes, errores o incorrecciones en su texto. Su trámite es el instaurado por los arts. 72 a 78 del decreto-ley 1.430, y comprobados los errores en el acta, procede su modificación¹²⁴.

¹²¹ Ibidem, pág. 130.

¹²² Cfme. AA.VV. “*Manual de Derecho Civil*”; ob. cit., pág. 130.

¹²³ AA.VV. “*Manual de Derecho Civil*”; edición del Departamento de Publicaciones de la Unidad de Comunicaciones de la UDELAR (ISBN 978-9974-0-0774-1), pág. 130, 2011, Montevideo.

¹²⁴ AA.VV. “*Manual de Derecho Civil*”; ob. cit.

Las partidas pueden ser rectificadas cuando contienen algo más, algo menos o algo diferente de lo que deben contener. Para corroborar su procedencia, es menester tener presente si el hecho registrado fue correctamente traducido al soporte documental en el acto de inscripción (coincidencia entre realidad sustancial y realidad formal), esto es, si coincide la realidad a incorporar con la efectivamente incorporada al Registro de Estado Civil, tomando como punto de mira la situación que existía al momento en que el acta fue labrada. De modo que, cuando esa coincidencia no estuvo presente, es posible rectificar el soporte instrumental (o partida erróneamente labrada) para adecuarlo a la realidad existente al momento en que fue hecha la inscripción¹²⁵.

En otro orden, el decreto 64/977, del 1° de febrero de 1977, admite la RECTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE PARTIDAS.

La normativa referida permite que la Dirección General del Registro de Estado Civil pueda disponer -por resolución administrativa expresa, y previo estudio de los antecedentes de cada caso concreto-, la enmienda de los errores, omisiones o irregularidades de carácter administrativo que se constaten en las actas de estado civil, cuando ello no implique afectar el contenido intrínseco de la declaración contenida en el acta bajo la firma de los declarantes, testigos y Oficial autorizante. Como brota de los «Resultandos» del decreto mencionado, es posible emplear la prerrogativa que se brinda a la Dirección General del Registro de Estado Civil cuando es menester enmendar aspectos no esenciales del documento¹²⁶, como las anotaciones marginales practicadas con error y constancias indebidas asentadas al margen de las actas o anotaciones relativas a circunstancias de carácter meramente administrativo referidas a hechos posteriores a la suscripción del acta por los declarantes¹²⁷.

¹²⁵ Ibidem.; ob. cit.

¹²⁶ En caso que se necesitare rectificar aspectos esenciales de la partida, será necesario proceder judicialmente, según lo establecido en los artículo 72 y siguientes de la ley 1.430.

¹²⁷ AA.VV. “*Manual de Derecho Civil*”; edición del Departamento de Publicaciones de la Unidad de Comunicaciones de la UDELAR (ISBN 978-9974-0-0774-1), pág. 130, 2011, Montevideo.

Realizada la breve mención que antecede, huélganos dejar plasmado un ejemplo de escrito forense.

IX.A). Ejemplo de escrito judicial de rectificación de partida de nacimiento.-

Solicita rectificación de partidas de nacimiento.

Sr. Juez Letrado de Familia de 2° Turno.-

Alicia Z.M., con cédula de identidad 3:565.050-1, por sí y en representación de su menor hija Katherine Z.M., Nelson Z.M., con cédula de identidad 1:987.456-0, y Humberto Z.M. con cédula de identidad 1:981.407-3, todos con domicilio real en _____ y constituyendo domicilio a los efectos e la presente litis en _____, y electrónico en 3222111@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez decimos:

Que venimos a solicitar la rectificación de nuestras partidas de nacimiento en virtud de las siguientes circunstancias de hecho y fundamentos de derecho.

HECHOS

- I) Somos hijos legítimos de la Sra. Carmen S.M. y del Sr. Humberto Z.R. (excepto Katherine nieta de los antes mencionados).
- II) Nuestra madre (y/oo abuela) fue reconocida tácitamente por el Sr. Atanasildo S.O. como hija natural, tal y como fue declarado por la sentencia N° 95 de fecha 17/VIII/2008, en autos caratulados “Z.M., Alicia, Nelson, Humberto c/ Sucesores de S.O., Atansildo - Posesión Notoria de Estado Civil” IUE 2-93416/2008, radicados ante el Juzgado Letrado de Familia de 19° Turno.
- III) Que reconocido tal estado, el mismo es incompatible con las anotaciones marginales (que lucen las partidas identificadas con los n° 2, 3, 4) dispuestas por el Juzgado Letrado de Familia de 26° turno e incongruente con lo expresado en la partida de nacimiento de la menor Katherine.
- IV) Respecto de los primeros, eliminada la anotación marginal el contenido original de las partidas coincidiría en un todo con el real estado civil de los Sres. Alicia, Nelson y Humberto Z.S., hijos legítimos del Sr. Humberto Z.O. y de la Sra. Carmen S.M.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

V) Respecto de la partida de la menor Katherine Z.M., correspondería su rectificación en consonancia con la sentencia referida en el numeral II del cuerpo de este escrito. En este sentido donde dice: “comparece Alicia Hortencia Z.” debe decir “comparece Alicia Hortencia Z.S.”; donde dice “Es nieta por línea materna de Humberto Z.O. viudo y de Carmen Elena M., fallecida, orientales” debe decir “Es nieta por línea materna de Humberto Z.O. viudo y de Carmen Elena S.M., fallecida, orientales” y finalmente al margen donde dice “A los solos efectos identificatorios corresponde al inscripto como 1er. Apellido Z. y como 2º apellido M.” debe decir “A los solos efectos identificatorios corresponden al inscripto como 1er. Apellido Z. y como 2º apellido S.”.

VI) Por lo dicho conviene a nuestro interés se corrijan los errores referidos “ut supra”.

PRUEBA

Como prueba de lo dicho ofrecemos la siguiente:

Testimonios de partidas identificados con las letras A a E.

DERECHO

Fundamos nuestro derecho en lo dispuesto por los artículos 402 y ss del CGP y el artículo 69 de la ley 15.750.

PETITORIO

Por todo lo aquí expresado al Sr. Juez pedimos:

- I) Se nos tenga por presentados, por denunciado el domicilio real, por constituido el procesal y electrónico, a estos efectos.
- II) Se reciba la prueba ofrecida y una vez oído el Ministerio Público, se sirva ordenar la rectificación de las partidas de nacimiento de los Sres. Humberto Daniel, Alicia Hortencia, Nelson Fabian y Katherine Z.S., mediante cancelación de la nota marginal en los tres primeros casos y de rectificación en consonancia con lo expuesto en el numeral V en el cuarto caso.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105,106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$ _____, estimándose provisoriamente los honorarios

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

IX.B). Ejemplo de escrito judicial de rectificación de partida de defunción.-

Se solicita rectificación.

Sr. Juez Letrado de Familia de 26° Turno.

Dr. YY, en representación de Alicia, Katherine, Nelson y Fabián Z.M. (art. 44 CGP), en autos que por rectificación de partidas siguen ante esta sede IUE 2-076563/2010 al Sr. Juez digo:

Que en virtud de lo que se dirá vengo a solicitar la rectificación de la partida de defunción de la Sra. Carmen Elena S.M.

HECHOS

I) Como se probó en autos, con fecha 17/VIII/2008 el Juzgado Letrado de Familia de 19° Turno declaró que la Sra. Carmen Elena S.M. (madre de los actores) fue reconocida tácitamente como hija natural por el Sr. Atanasildo S.O..

II) Sobre tal base se promovió este proceso a los efectos de adecuar la documentación de los actores a esta modificación.

III) No se incluyó en tal solicitud la rectificación, ni de la partida de nacimiento ni de la partida de defunción de la causante, porque la sentencia 95/2008 referida ya lo disponía en estos términos: “se comunicará en la forma de estilo al Registro de Estado Civil a los efectos de las inscripciones marginales correspondientes”.

IV) Así se hizo respecto de la partida de nacimiento e igualmente así se dispuso respecto de la partida de defunción (decreto 1665/2009).

V) Sin embargo en un cambio de criterio el Juzgado Letrado de Familia de 19° Turno revocó tal resolución separando la partida de nacimiento de la de defunción e igualando

en tratamiento la partida de defunción de la causante a las de nacimiento de sus hijos y nietos.

VI) Más allá de las discrepancias con esta decisión (expresadas en la vía recursiva) existe la imperiosa y real necesidad de adecuar la documentación afectada por la sentencia arriba mencionada tal y como se concreta en este expediente judicial.

VII) Atento a que lo solicitado tiene identidad causal y probatoria con los hechos dirimidos en este proceso voluntario y al carácter esencialmente revisable de las providencias dictadas en el mismo es que se solicita en estos autos la rectificación de la partida de defunción de la Sra. Carmen Elena S.M..

VIII) Tal modificación de la partida de defunción N° de acta 77, de la oficina N° 6, de la Sra. S.M. fallecida el 23/I/1999, se concreta en la anotación marginal destinada a precisar que donde dice Carmen Elena M. o Carmen Elena M. de Z., debe decir Carmen Elena S.M. de Z.

PRUEBA

I) Testimonio de partida de defunción, la que se identifica con letra A.

DERECHO

Fundo el derecho en el art.405.1 y 406 del CGP.

PETITORIO

Por lo expuesto al Sr. Juez pido:

I) Me tenga por presentado con la representación invocada.

II) Disponga previo la tramitación que corresponda y considere, la Sede, la rectificación solicitada en los términos del numeral VIII del cuerpo de este escrito.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105,106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$ _____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Capítulo VIII:
Posesión notoria de estado civil.-

Según el artículo 39 del Código Civil, “el estado civil es la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones”. A su vez, pasando rápida revista a los subsiguientes artículos de ese mismo cuerpo normativo, pueden mencionarse los siguientes estados civiles: i). el de casados; ii). de padres; iii). el de hijos legítimos -hijos habidos dentro del matrimonio-; y iv). el de hijos naturales -hijos habidos fuera del matrimonio-.

La posesión notoria de estado civil, es un medio probatorio, pues al tenor del artículo 44 del CC, después de mencionar los documentos públicos que demuestran la constitución y/o posesión de un estado civil determinado, establece: “La falta de los referidos testimonios podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata y, en defecto de estas pruebas, por la posesión notoria de ese estado civil”.

Pero la literalidad del artículo no puede llevarnos al equívoco. No caben dudas de su calidad como medio probatorio residual, pero es más que eso, pues se trata del estado civil que una persona detenta y posee. Y tanto ello es así, que el artículo 47 del CC establece que “Para que la posesión notoria se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos, por lo menos”.

Entonces, la denominada “posesión notoria de estado civil” es una forma de probar (medio probatorio de) un estado civil. O si se prefiere, un estado civil determinado, puede probarse a través de su posesión notoria (siempre que esa posesión haya sido notoria, y haya tenido una continuidad temporal decenal -diez años-).

El artículo 45 del CC está destinado a la posesión notoria del estado civil de matrimonio, mientras el artículo 46 se aboca a la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo. Para tener noticias sobre el estado civil de hijo natural, tendremos que llegar a los artículos 227 y 233 del mismo Código.

Sin importar cuál sea el estado civil cuya posesión notoria desea probarse, queda claro que existe un orden de preferencia de los medios probatorios (artículos 40, 42, 44, 48, y 49 del CC).

Pero las dificultades no terminan aquí. Existen otras, que refieren a lo procesal. Es que, doctrinal y jurisprudencialmente se discute si la posesión notaria de estado civil debe seguirse por proceso de naturaleza voluntaria o por proceso de naturaleza contenciosa.

La discusión está planteada en los siguientes términos.

Para un sector de la doctrina, la acción de posesión notoria de estado civil, es un proceso voluntario, que en caso de oposición puede devenir contencioso. Se arguye que, como proceso de materia de familia que es, su naturaleza es voluntaria; salvo que se produzca oposición, caso en el que muta la naturaleza -por la contradicción- a contencioso. Acaecida la oposición, habiendo devenido contencioso, no quedan dudas que al pretenderse constituir un nuevo estado civil, apareja una consecuencia que afecta a terceros (por lo menos a quien se opone), por tanto, desde el punto de vista procesal, muta la naturaleza del proceso de voluntario a contencioso¹²⁸. La opción por la naturaleza voluntaria del proceso de posesión notoria de estado civil, puede simplificarse -llevándola a su mínima expresión-, de la siguiente

¹²⁸ Pero aquí, el problema deriva a una segunda cuestión: ¿qué estructura contenciosa aplicar? Adviértase que contamos con tres estructuras: ordinaria, extraordinaria y monitoria. Así, cabe recordar una regla básica procesal que establece: si no existe estructura procesal asignada expresamente por la norma, el proceso debe reconducirse por la estructura ordinaria.

Ello no sólo resulta lógico, sino además trae a colación la teoría de la canjeabilidad de las estructuras procesales.

La teoría de la canjeabilidad de las estructuras procesales supone poder canjear o cambiar cualquier estructura procesal por la que otorga mayores garantías, ergo, por la ordinaria del CGP. Mas nunca a la inversa.

Entonces, si tengo que accionar según una estructura extraordinaria, podría recurrir (canjearla) por una estructura ordinaria; pero no a la inversa.

Si tengo que accionar según una estructura monitoria, podría recurrir (canjearla) por una estructura ordinaria; mas no a la inversa, ni por una estructura extraordinaria.

El problema es, si por ejemplo, tengo un caso de estructura monitoria y quisiera aplicar la teoría de la canjeabilidad para aplicar una estructura extraordinaria, en vez de la ordinaria. Aquí resulta imposible; el canje o mutabilidad de la estructura es siempre por la ordinaria.

manera: si se trata de un proceso por el cual intento probar “mi” estado civil, sólo cabe la naturaleza voluntaria de ese proceso probatorio.

Empero, para el sector -mayoritario, casi unánime- de la jurisprudencia, la acción de posesión notoria de estado civil, es un proceso contencioso y no un proceso voluntario. Ello, por cuanto, al pretender constituir un nuevo estado civil, traerá aparejada una consecuencia que, pueda afectar a terceros, por tanto, desde el punto de vista procesal se debe tramitar la pretensión como un proceso contencioso y no voluntario.

En esta segunda línea argumental -jurisprudencialmente mayoritaria y casi unánime-, pueden citarse las posiciones del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1^{er} Turno, sentencia N° 40/2011 de fecha 23/02/2011; TAF de 1^{er} Turno, sentencia N° 218/2009 de fecha 17/06/2009; Suprema Corte de Justicia, sentencia N° 61/2008 de fecha 04/04/2008; TAF de 2° Turno, sentencia N° 183/2007 de fecha 01/08/2007; TAF de 1^{er} Turno, sentencia de fecha 05/12/2012; TAF de 2° Turno, sentencia N° 259/2009 de fecha 19/08/2009; TAF de 1^{er} Turno, sentencia N° 162/2007 de fecha 20/07/2007; y del TAF 1^{er} Turno, en sentencia N° 110/2013, cuyo texto es el que sigue.

Tribunal de Apelaciones de Familia de 1^{er} Turno.

Sentencia N° 110/2013

Montevideo, 21 de agosto de 2013

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: “Martinez, Norma y otro C/ Murgan Gerling, Juan – Posesión notoria de estado civil- N° de Expediente 0509-000775/2012, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia Definitiva N° 130 de fs. 45/48 dictada el día 11 de diciembre de 2012 por la Sra. Juez Letrado de Salto de Séptimo Turno, Dra. Silvia Vespa.

RESULTANDO:

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

1) Que por pronunciamiento judicial se declaró a María Luisa Martínez y Norma Beatriz Martínez hijas naturales del Sr. Juan Luis Murgan Gerling por la posesión notoria del estado civil de hijas naturales.

2) Que la parte demandada interpuso recurso de apelación a fs. 50/52, expresando en síntesis que: le agravia la sentencia en cuanto acogió la demanda de autos, declarando a María Luisa y Norma Beatriz Martínez hijas naturales del dicente, por la posesión notoria del estado civil de hijas naturales. Señala que, la resolución impugnada es improcedente por razones formales y de mérito.

Agrega que, la vía procesal adecuada para tramitar la posesión notoria de hijo natural es la del procedimiento contencioso. Expresa que, se trata de demostrar que en este tipo de proceso la existencia de reconocimiento tácito y no la paternidad biológica en sí. Para esto último, la ley establece los procesos de investigación de paternidad. Las actoras manifiestan ser hijas del dicente y de la Sra. Gladys María Martínez y haber sido criadas como tales hasta los 23 años aproximadamente, agregando que el compareciente y la madre de las actoras, vivieron en concubinato desde 1966 hasta 1981. Afirma que, dichos hechos no fueron probados y los testigos se limitaron a indicar que conocían la existencia de una relación afectiva entre el dicente y la madre de las actoras y que vivieron con la madre de Juan Murgan quien las trató como nietas. El reconocimiento de hijo natural, aún tácito, es intransferible y por lo tanto, no pueden atribuirse al dicente los actos de sus padres. Se debe probar el reconocimiento tácito, la voluntad inequívoca del compareciente de considerarlas y darle el trato de hijas, públicamente y durante un mínimo de 10 años. Ello no ha sido probado en autos. Aclara, que el compareciente es casado, y vive con su esposa con quien tiene tres hijos, desde marzo de 1974. Nunca estuvo separado de su esposa ni vivió en domicilios diferentes. Solicita se revoque el fallo impugnado y se desestime la demanda instaurada.

3) Sustanciado el recurso, a fs. 54/56 la parte actora contesta el traslado conferido, expresando en resumen que: surge de autos que el Sr. Murgan fue notificado con fecha 3 de agosto de 2012 y surge que, la oposición se presentó con fecha 27 de agosto de 2012, es decir que la misma ha sido opuesta en forma extemporánea, conforme al art. 402.2 del C.G.P. Señala que, no surge fundamento jurídico y/o procesal alguno que establezca

la posibilidad de tramitar estas actuaciones por la vía del procedimiento contencioso. Expresa que, siendo de vital importancia el asunto dilucidado en este proceso voluntario, es de suma relevancia no impedir la aplicación de ningún medio probatorio tendiente a la averiguación de la verdad, por lo que solicita que se mantenga la aplicación de la prueba de histocompatibilidad, tanto para el Sr. Murgan como para las actoras. Han quedado suficientemente probado los hechos narrados y que las actoras son hijas naturales del demandado, y que la posesión notoria de hijas naturales fue detentada por ellas, por un período mayor a los 10 años que exige la legislación. Surge de la prueba testimonial, que las comparecientes fueron tratadas por el demandado, por toda la familia paterna y por la zona de influencia de esta familia, como hijas del Sr. Juan Luís Murgan. Destaca que, no se probó que el demandado viviera con su esposa desde 1974, o que nunca estuvo separado y en cambio, sí fue probado que el mismo mantuvo una relación amorosa con la Sra. Gladys Martínez y que las actoras siendo niñas, le decían papá, que las crió dándoles el trato de hijas y reconociéndolas en ese sentido frente a su familia, y al círculo de amistades. Solicita se mantenga firme sentencia, con costas y costos a cargo de la parte demandada.

4) Por resolución N° 1245 de fecha 1° de abril de 2013 de la Sede actuante en primer grado se concedió la apelación para el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno, con las formalidades de estilo. Recibidos los autos por esta Sede por decreto N° DFA 0010- 000271/2013 de fecha 2 de mayo de 2013, se dispuso el pase en vista al Ministerio Público y posterior estudio de los Sres. Ministros por su orden. Finalizado el mismo el Tribunal acordó dictar decisión anticipada (art. 200.1 CGP).

CONSIDERANDO:

I) La Sentencia apelada, habrá de ser revocada al estimarse de recibo los agravios contra ella articulados por el recurrente y ello por las razones que se dirán a continuación.

II) Surge de autos que, las actoras promovieron la acción de posesión notoria de hijas naturales del Sr. Juan Luis Murgan Gerling, argumentando que ambas nacieron de las relaciones de su madre, la Sra. Gladys María Martínez con su padre, el Sr. Juan Luis Murgan Gerling, quienes desde el año 1966 a 1991 aproximadamente, vivieron en concubinato. Agregan que fueron criadas por sus padres desde su nacimiento hasta los

23 años de edad aproximadamente, recibiendo el trato de hija en forma constante y continua, proveyendo a su alimentación, vestimenta y educación, presentándolas a su familia legítima, ante colegas, amigos y parientes.

III) A juicio de la Sala, le asiste razón al recurrente. La acción para declarar la posesión de hijo natural, como acción de estado, es un proceso contencioso y no un proceso voluntario. EL art. 402 del CGP, refiere claramente que: "En todos los casos en que por así disponerlo la ley, se deba acudir ante la Jurisdicción para demostrar la existencia de hechos que han producido o pueden llegar a producir efectos jurídicos, sin causar perjuicio a terceros, se aplicarán las disposiciones del presente Título". La cuestión planteada, al pretender constituir un nuevo estado civil para las actoras (hijas naturales del demandado), ello traerá aparejada la consecuencia que, pueda afectar a terceros. De ahí entonces que, desde el punto de vista procesal, se deba tramitar la pretensión, como un proceso contencioso y no voluntario.

IV) Por otro lado, desde el punto de vista sustancial, también le asiste razón al recurrente, en el sentido que, no se probó el trato que implica el reconocimiento tácito de la paternidad. Véase que, el testigo de fs. 35, expresó: "...Juan no sé como las llamaba, nunca las quiso"; y a fs. 35 vta. declaró: "Juan no las presentaba como hijas, era una cosa como cortada, por ahí las chicas le decían papá. El alimento de las chiquilinas era proporcionado por el abuelo y la abuela". En realidad quien trató a las actoras como nietas, fue la madre del demandado y como sobrinas, uno de los declarantes, hermano del Sr. Juan Luis Murgan.

V) Es importante distinguir que se trata de diferentes acciones: una es la de investigación de paternidad, por la que se pretende determinar si una persona es hija de otra, y cuya acción ha caducado, según surge de los propios testimonios de partidas de nacimiento glosadas en autos, por aplicación del art. 198 num. 1 del CNA, que establece el plazo de hasta los veinticinco años para iniciar la acción, de la otra, acción instaurada en el inc. final del art. 233 del C. Civil, en el cual el objeto del proceso es el reconocimiento tácito (acto personalísimo), a diferencia del reconocimiento expreso, ante el Oficial del Registro Civil, testamento y/o escritura pública, que realiza una persona de su paternidad o maternidad por otra. En casos como el señalado, el

reconocimiento se hace conforme al art. 46 del C. Civil por remisión al art. 233 inc. final del C. Civil (por el trato, dándole educación, alimentos y presentándolo como tal a parientes y amigos). Ahora bien, nada de esto se ha probado en autos. Véase que quien mantuvo a las actoras fue la madre del demandado. El Sr. Juan Murgan, nunca se refirió a ellas como su hija, ni tampoco las presentó en calidad de tales (fama) a nadie. La fama a la que alude algún testigo de obrados como único elemento, resulta totalmente insuficiente para probar la acción instaurada.

VI) No existe mérito para formular especiales sanciones procesales en el grado (art. 261 del CGP).

Por los fundamentos expuestos y arts. 248 a 261, 337, 402 del CGP y arts. 233, inc. final, 44, 46, 47 y 48 del C. Civil, el Tribunal,

FALLA:

Revocase la sentencia apelada, sin especial sanción procesal, y oportunamente, devuélvase a la sede de procedencia.

VIII.A). Veamos un ejemplo de escrito forense de posesión notoria de estado civil.-

Demanda de posesión
notoria de estado civil.

Señor Juez Letrado de Familia de 17º Turno .

DS con domicilio real en _____, C.I. 2.487.522-8, MPB en representación de CS con domicilio real en _____ (Prov. de Buenos Aires, Rep. Argentina), C.I. 2:166.771 (Argentina) y MS C.I. 1:252.585-4 con domicilio real en _____, todos constituyendo domicilio en _____ y electrónico en 9632581@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez decimos:

Que venimos a promover acción de posesión notoria de estado civil contra DY domiciliado en _____ (Buenos Aires, Rep. Argentina) C.I. 1:234.567-8 y PY domiciliado en _____, en virtud de las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

HECHOS

- I) El día 27/VIII/1991 falleció en Montevideo nuestra madre natural y abuela natural SG, de estado civil soltera, como surge de la partida de defunción que se adjunta.
- II) SG tuvo 5 hijos naturales 1) CS nacido el 8/VIII/1930, 2) AS nacido el 26/IX/1932, 3) DS nacida el 6/VI/1933, 4) PY nacido el 8/IX/1941 y 5) DY nacido el 23/X/1946, siendo objeto de reconocimiento expreso solo estos dos últimos.
- III) CS, contrajo únicas nupcias con IL el 13/III/1960, como surge del testimonio de partida de matrimonio que se adjunta.
- IV) De dicho matrimonio nació un hijo: MAA el 13/VII/1961, como surge del testimonio de partida de nacimiento que se adjunta.
- V) CS falleció el 13/7/1990 como surge del testimonio de partida de defunción que se adjunta.
- VI) Nuestra madre y abuela natural siempre mantuvo respecto de nosotros una relación de madre-hijo y abuela-nieto relación en la que era correspondida en igual medida.
- VII) De igual forma SG durante toda su vida nos reconoció y trató frente a sus amistades, familiares y personas de su conocimiento como hijos y nieto naturales suyos.
- VIII) En esta calidad fuimos reputados y reconocidos tanto por familiares como por amigos e incluso por vecinos del domicilio de nuestra madre, ya que nos reconocía públicamente frente a todos ellos.
- IX) Esta situación es también reconocida por nuestros hermanos naturales PY y DY ya que los mismos comparecieron a iniciar la sucesión de nuestra madre en forma conjunta con los actores de esta acción de posesión notoria como surge de los autos caratulados “GS - Sucesión” ficha S/184/1992 tramitados ante el Juzgado de Familia de 24° Turno.
- X) Este estado de cosas, en lo que respecta a la relación que nuestra madre mantenía con nosotros y viceversa y al conocimiento público de la misma se prolongó durante toda la vida de la misma excediendo largamente el requisito del art. 47 del C.C.
- XI) En atención de los intentos inexplicablemente infructuosos de hacer reconocer nuestro estado en la sucesión de nuestra madre (autos “SG - Sucesión” Ficha S / 184/92/ps/1/94) es que promovemos esta acción.

XII) En atención a que en la sucesión de nuestra madre que se tramita en el Juzgado de Familia de 24° Turno f. s/184/92 ha recaído decisión de declaratoria de herederos (la que no nos ha sido en ningún momento notificada) inscrita en el Registro de Traslaciones de Dominio con el n° 067 año 1996 y visto que por motivos obvios en ella solo han sido considerados los hijos expresamente reconocidos por nuestra madre, es que con el fin de que no se vean frustrados nuestros legítimos derechos creemos oportuno solicitar se libren oficios al Registro General de Inhibiciones Secc. Investigaciones de Paternidad de forma que quede constancia de la presentación de esta demanda y a buen resguardo nuestro derecho. A estos efectos es del caso señalar que nuestra madre natural era propietaria de el solar de terreno con edificio y mejoras sito en la 14ª secc. judicial de Montevideo padrón n° 53661, señalado con el n° 20 en el plano del Agrimensor GR de octubre de 1898 y según plano del Agrimensor JSL de 10 de Junio de 1977, inscripto en la Dirección General del Catastro Nacional con el n° 83333 el 27 del mismo mes y año. Dicho solar tiene un área de 225m 46dm 8m 96 cm al sur oeste a calle _____. Dicho bien lo hubo en escritura judicial autorizada por el Esc. RSB otorgada con la Sra. Juez de Paz Deptal. de la Capital de 14° Turno (resol de autos “GS c/ EVdeA” Escrituración Judicial f. 1285/79). La primera copia fue inscrita en el Reg. de Traslaciones de Dominio con el n° 1346 al folio 1526 del libro 769.

PRUEBA

- I) Testimonio de las partidas de nacimiento.
- II) Testimonio de la partida de matrimonio.
- III) Testimonio de las partidas de defunción.
- IV) Actuaciones procesales, documentación incorporada y resultancias favorables a nuestro derecho en los autos caratulados “SG - Sucesión” Ficha S/1481/92 y “Sebastiana Gómez - Sucesión” Ficha S/148/92/ps/1/94 radicados en el Juzgado Letrado de Familia de 23° Turno.
- V) Declaración de los testigos Sres.: AL C.I. 756.429-0 dom. en _____, JG C.I. 586.333-0 dom. en _____, NM C.I. 891.870-0 y HV CI 634.905-0 domiciliados en _____, los que responderan sobre cuál ha sido el trato y relación que nos dispensó

nuestra madre y abuela SG durante toda su vida y como nos reconoció y presentó a vecinos, amistades y relaciones como sus hijos y nieto natural.

PERSONERÍA

I) El Sr. DS se domicilia en la República Argentina por lo tanto comparece en su representación la Dra. MPB por sustitución del poder otorgado en la República Argentina autorizado por la Esc. NED, debidamente legalizado. La sustitución parcial del mandato fue otorgada por la mandataria DS y autorizada por el Esc. RSB como surge del original de la misma que se adjunta.

DERECHO

Fundamos nuestro derecho en los arts.42,43,46 y 233 del Código Civil y 348 del C.G.P.

PETITORIO

Por todo lo expuesto al Sr. Juez pedimos:

- I) Se nos tenga por presentados, por denunciados los domicilios reales, por por constituido domicilio procesal y por bien acreditada la personería.
- II) Se solicite al Juzgado Letrado de Familia de 24° Turno, los autos caratulados “SG - Sucesión” Ficha S/148/92 y “SG - Sucesión” Ficha S/148/92/ps/1/94, para su incorporación como prueba a este proceso (art. 166 C.G.P.).
- III) Se cite a declarar a los testigos propuestos (Prueba V).
- IV) Se provea de conformidad con lo solicitado en Hechos XII)
- IV) Se tenga por interpuesta la demanda de posesión notoria de estado civil de hijo natural y nieto natural de la Sra. SG de los actores, confiriéndose traslado por el término de 30 días a los demandados, librándose en el caso del Sr. DY exhorto a la República Argentina, y en definitiva previa vista fiscal se nos declare hijos naturales y nieto natural de la Sra. SG por la posesión notoria de tal estado a nosotros sus hijos DS, CS y su nieto MS, oficiándose al Registro del Estado Civil la resolución judicial a efectos de constatar los hecho en las respectivas partidas de nacimiento.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105,106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$ _____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

VIII.B). Veamos otro ejemplo de escrito forense de posesión notoria de estado civil.-

Se promueve posesión notoria de estado civil

SR. JUEZ LETRADO DE FAMILIA DE 5º TURNO.-

JDV, CI 1:222.333-4 . con domicilio real en _____ y constituyéndolo a estos efectos en _____, y con domicilio electrónico 9888777@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez me presento y digo:

Que vengo a promover proceso voluntario de posesión notoria de estado civil de hijo natural respecto del Sr. JGM en virtud de las siguientes consideraciones y fundamentos de Derecho que a continuación expondré:

I) HECHOS

- 1) Nací en Montevideo, el día 30/01/1970, acta N° 561, según testimonio de partida de nacimiento que se adjunta con letra "A".
- 2) La inscripción la efectuó mi madre natural, JDV, según surge del instrumento adjuntado, ya que el Sr. JGM se encontraba fuera del país.
- 3) Naci fruto de la relación de mi madre con el mencionado, quienes convivieron juntos desde _____ hasta _____ ya que JGM se erradico en España por motivos laborales.
- 4) Mi padre desde mi nacimiento me confirió trato de hijo con naturalidad y amplitud de modo constante y continuado y así me presentó ante sus amigos conocidos y deudos, incluso ante su familia en España. Estos hechos se acreditan con las cartas que reiteradamente me enviaba las cuales se identifican con las letras

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

- 5) En el año 1971, el Sr. JGM arribo desde España con el fin de conocerme y permaneció en Montevideo junto a mí y a mi madre compartiendo una relación familiar, dispensándome un trato típico entre padre e hijo. Se adjunta como prueba documental la fotografía señalada con letra
- 6) En el año 1986, concurrió nuevamente a visitarme permaneciendo en el país durante dos meses aproximadamente, en esta oportunidad volvimos a tener la misma relación afectiva de padre e hijo.
- 7) A mis 24 años de edad, mi padre, me envió los respectivos pasajes a fin de que viajara a España a los efectos de visitarlo. Se adjunta pasaporte, los pasajes y fotografías con las letras _____, respectivamente.
- 8) Desde 1992 hasta la fecha de su deceso mantuvimos una relación continuada y estrecha mediante las sucesivas cartas que nos enviábamos en las cuales consta su trato afectivo hacia mi persona como su hijo. Estos hechos quedan acreditados con las cartas que se adjuntan con las letras....
- 9) Asimismo, mis hermanos desde España me enviaban cartas y postales reconociéndome como tal como hijo del Sr. JGM.
- 10) En el año 1998, JGM se presentó como mi padre ante el Banco español “Caixa Galicia” a los efectos de comprar la finca denominada “San Andrés” a mi nombre, demostrando una vez más su trato como padre. Este hecho se acredita con las cartas que el Banco me envió notificándome de tal compra.
- 11) El trato y la fama ha trascendido largamente el requisito temporal de los 10 años ya que se desarrollaron desde mi nacimiento hasta su deceso el cual ocurrió el _____ del 2007 según surge de la partida de defunción adjuntada con la letra.... Mi padre falleció en Montevideo, habiéndolo visitado durante el periodo de internación en el Hospital _____.
- 12) Conviene a mi interés que se declare la posesión notoria de estado civil de hijo natural del Sr. JGM.

II) PRUEBA

A los efectos de acreditar los hechos invocados propongo la recepción y el diligenciamiento de las siguientes probanzas:

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Documental

Se agregue:

- Partidas de estado civil, nacimiento defunción.
- Las cartas que mi padre me enviaba desde España calificándome como su hijo que se adjunta con letras _____.
- Carta que mi hermanos me enviaban con letras _____.
- Fotografías del Sr JGM que revelan el parecido físico de mi persona con el mencionado
- Pasaporte , pasaje que se señalan con letras _____.
- Documento bancaria en el cual el Sr JGM pone a mi nombre el la finca San Andrés

Testimonial

Se tome la deposición de los siguientes testigos

- 1)
- 2)

Los mismos comparecerán sin necesidad de previa citación judicial y depondrán sobre el vínculo que unía al Sr. JGM con el compareciente JDV.

c) Prueba por oficios

Se oficie el a Dirección Nacional de Migraciones a los efectos de verificar las entras y salidas del país del Sr. JGM en las fechas indicadas; a saber 1970,1971,1986.....

III)DERECHO

Fundo mi derecho en el artículo del código civil.

IV)PETITORIO

Capítulo IX:
Adecuación de identidad de género
y cambio de sexo y/o nombre.-

Pese a que la ley 18.620 no lo establece, no puede dudarse que el derecho a a identidad de género, forma parte del derecho al desarrollo de la personalidad; por tanto, estamos en la órbita de los derechos humanos o fundamentales¹²⁹.

Por ello mismo, con anterioridad a la sanción, promulgación y entrada en vigencia de la ley sub examine, la realidad fáctica de la identidad de género se había manifestado judicialmente a través de las rectificaciones de partidas.

La ley 18.620 (sobre derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios), en su artículo 4 establece a texto expreso que el trámite seguirá por el proceso voluntario del artículo 406.2 del CGP.

Corresponde comenzar estableciendo que se trata de una norma que aparentemente consagra un derecho a la identidad de género¹³⁰ (18.620:1), para luego resultar restrictiva de la misma. Adviértase que según el artículo 4, la demanda (que en puridad es una solicitud, por estarse ante un proceso voluntario), debe ser acompañada de un informe técnico del “equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad”. Esto es obviamente una cortapisa. Por lo demás, si se trata de una solicitud -interés personal-, que no afecta o causa daño a terceros, por cuanto no existe contienda o litigio, pretendiéndose modificar

¹²⁹ Se hacen de aplicación, pues, principalmente, los artículos 7, 8, 10, 29, 40, 41, 42, 48, 49, 72 y 332 de la Constitución patria.

¹³⁰ Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro. Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros.
En ningún caso se exigirá cirugía de reasignación sexual para la concesión de la adecuación registral de la mención del nombre o del sexo que fuere disonante de la identidad de género de la persona a que se hace referencia en dicho documento.

una situación propia, y en la que tendrá participación preceptiva el Ministerio Público en alguna de sus etapas, no se entiende el por qué de ese informe técnico.

Otra de las inconsistencias de la ley 18.620 se encuentra en la consagración de un derecho amplio y vasto (al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro), para luego referir (restrictiva y) exclusivamente a una “consonancia” entre el género, el sexo y el nombre, en los documentos identificatorios.

Una tercera inconsistencia radica en el tiempo (plazo bienal) en el que al interesado se le obliga a permanecer en la dicotomía, pues se exige “estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años” (18.620:3 nral. 2).

Pero una cuarta inconsistencia es la que no surge del texto legal. Obsérvese que el trámite se seguirá por proceso voluntario, pues se parte de la base que no se atentará contra derechos de terceros. Pero si se atentara contra los derechos de terceros, ¿qué sucedería?, ¿acaso se extraordinarizaría el proceso, o se ordinarizaría?¹³¹

Entonces, la solicitud de “adecuación registral de la mención del nombre y/o sexo” debe ir acompañada de: i). acreditación de la discordancia entre el nombre y/o el sexo, con la propia identidad de género; ii). informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad¹³²; y iii). acreditación de haber persistido en

¹³¹ No podemos ver la realidad con sólo una óptica. Lo cierto es que pueden haber terceros que resulten lesionados en sus derechos. Piénsese apenas en los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio; en la situación del cónyuge o concubino; en la situación de los hijos adoptados. Reflexiónese sobre qué sucede ante incumplimientos de obligaciones no inscribibles (vales, pagarés, conformes, cheques, pensiones alimenticias, salariales o de previsión social, etc.) cuando se contrajeron con anterioridad a la adecuación de la identidad de género y se vuelven exigibles con posterioridad a la misma.

¹³² Este equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad, aún no está conformado. Por su parte, su actuación se avocaría (o avocará) a evaluar al interesado en sus aspectos social, mental y físico. Extremos que resultan violatorios (cuando no vejatorios) de la intimidad de cualquier ser humano. Máxime si se presta atención en que este tratamiento tendrá una duración mínima de dos años, pues será ese extremo el que garantizará que la persona se ha mantenido persistente en su resolución de forma incambiada durante el plazo bienal. Plazo que crece de importancia, al igual que el informe técnico del equipo multidisciplinario, cuando el interesado se hubiera sometido -con anterioridad- a la intervención quirúrgica de reasignación sexual.

la dicotomía o disonancia entre la identidad de género y el nombre y/o sexo, por un plazo de dos años. Ello, sin perjuicio de los demás medios de prueba que quisiera hacer valer el interesado. En puridad, si se presta atención, los tres recaudos resultan ser lo mismo.

Por último, cabe hacer referencia al artículo 4 inciso 2º, en cuanto “producida la adecuación registral, ésta no podrá incoarse nuevamente hasta pasados cinco años, en cuyo caso se vuelve al nombre original”. De ello, no cabe otra conclusión que afirmar categóricamente que podrían darse situaciones (llamémosle compulsivas) de adecuaciones registrales múltiples, siempre que se respeten los plazos bienal y quinquenal.

Capítulo X:
Unión concubinaria.-

X.A). Reconocimiento de la unión concubinaria.-

La ley 18.246, vino a reconocer el vínculo concubinario, habilitando a aquellos concubinos que lo desearan (y tuvieran una relación de más de cinco años), solicitar su reconocimiento judicial, de tal manera que ese vínculo comenzara a regirse por las reglas del matrimonio. Corresponde pues, remitirnos a lo ya manifestado cuando abordamos el tópico referente a la “disolución de la unión concubinaria”. Sin poder dejar de repetir expresamente que las uniones concubinarias pueden ser de dos tipos o clases: las reconocidas judicialmente y las uniones de hecho (18.246:1).

En cuanto al reconocimiento de la unión concubinaria, el artículo 4 de la ley 18.246, establece que están legitimados para “promover la declaratoria judicial de la unión concubinaria los propios concubinos, actuando conjunta o separadamente”. Obsérvese que procesalmente, estamos ante un proceso voluntario; ello, mineras no se produzca la oposición de uno de los concubinos, caso en el que el proceso se extraordinariza (18.246:6 in fine).

Pero este mismo artículo 4 de la ley 18.246, contiene un segundo inciso en el que establece que la promoción del reconocimiento judicial del vínculo concubinario, puede solicitarlo “cualquier interesado, justificándolo sumariamente” una vez promovida y declarada la apertura legal de la sucesión de uno o ambos concubinos.

Respecto a la legitimación acordada a cualquier interesado, entendemos que se abre un espectro muy amplio, máxime cuando ese cualquier interesado deberá justificar sumariamente el interés que tiene en el reconocimiento judicial de la unión concubinaria. Pero esto no es todo, nótese que se genera una incógnita pues se establece cuándo estos interesados deberán justificar sumariamente su interés pero no cómo deben hacerlo; no se establece qué proceso habrá de seguirse. Entendemos, que deberá seguirse el proceso voluntario. En el caso de “cualquier interesado”, éste deberá solicitar el reconocimiento judicial de la unión

concubinaria “una vez declarada la apertura legal de la sucesión”. Ergo, se estará solicitando el reconocimiento de la unión entre uno o dos difuntos. Esto, obviamente, arremete contra el principio de seguridad jurídica. La ley genera la posibilidad de contrariar la voluntad de aquellos que estando vivos, no procedieron (en ejercicio de su autonomía de la voluntad) a solicitar el reconocimiento judicial de la unión concubinaria, optando entonces por quedar colocados fuera del ámbito de aplicación de esta ley 18246, optando a su vez, por una “*unión de hecho no regulada por ésta*”. Cabe preguntarse, a su vez, quiénes pueden ser los otros interesados (aparte de la pareja concubina) a los efectos que se reconozca judicialmente esa unión. Y la respuesta es que entendemos que la justificación del interés del reconocimiento judicial de la unión concubinaria por un tercero (cualquier) interesado ajeno a la propia pareja concubina debe ser restrictiva (y la justificación de ese interés no debería ser sumaria).

El proceso de reconocimiento judicial de la unión concubinaria tiene por objeto establecer el momento de inicio de ese vínculo, debiendo tenerse en cuenta que ese vínculo -convivencia ininterrumpida- debe tener una antigüedad no menor a los cinco años.

Concomitantemente, tiene por objeto establecer cuáles son los bienes de naturaleza propia y cuáles aquellos que se obtuvieron a expensas del esfuerzo o caudal común. Es que, el reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria. Constituida esta sociedad de bienes, se disuelve la sociedad conyugal o la sociedad de bienes derivada de concubinato anterior que estuviere vigente entre uno de los concubinos y otra persona (18.246:5 in fine).

No puede dejar de hacerse notar que el reconocimiento judicial de la unión concubinaria, viene a funcionar como una nueva causal de separación de cuerpos y divorcio, pues en cuanto el vínculo concubinario sea declarado judicialmente, y tras su inscripción en el Registro (Actos Personales, Sección Uniones Concubinarias), todo otro estado civil incompatible con éste, queda sin efecto (incluido, claro está, el matrimonio). Por ello es que el

artículo 6 necesita establecer expresamente que “en todos los casos los concubinos que inician el procedimiento deberán proporcionar al tribunal el nombre y domicilio de las personas cuyos derechos patrimoniales derivados de una sociedad conyugal o de otra unión concubinaria, puedan verse afectados por el reconocimiento ... Cuando el reconocimiento de la unión concubinaria sea promovido por uno solo de los concubinos, se intimará al otro o a sus herederos, a dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso anterior”.

X.A.1). Veamos un ejemplo de cómo sería el escrito.-

RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE UNIÓN CONCUBINARIA

Sr. Juez Letrado de Familia de 1ª Instancia de 7º Turno.-

Elsa R.K. y Wilfredo L.C., titulares de las Cédulas de Identidad números 1.833.227-9 y 987.654-0 respectivamente, ambos con domicilio real en _____, Elsa R.K. constituyendo domicilio procesal en _____ y electrónico en 3222111@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, y Wilfredo L.C. constituyendo domicilio legal en _____ y electrónico en 1222333@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez decimos:

Que venimos a solicitar el reconocimiento de nuestra unión concubinaria y la disolución del vínculo matrimonial del Sr. Wilfredo L.C., en mérito de las siguientes consideraciones de hecho, prueba y fundamentos de derecho que pasamos a exponer:

HECHOS

1) Reconocimiento de unión concubinaria.

1.1) Convivencia ininterrumpida de al menos cinco años¹³³. Nuestra convivencia comenzó en el año 1975 y continúa, ininterrumpidamente, hasta la fecha.

¹³³ Ley 18.246 Art. 1 (Ámbito de aplicación) La convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria genera los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a las uniones de hecho no reguladas por ésta.

1.2) “Comunidad de vida”, “fundada en una relación afectiva de índole sexual”, “estable y permanente”, “singular y exclusiva”¹³⁴. Hemos convivido de manera estable y permanente en el lugar donde residimos desde el año 1975, constituyendo el mismo nuestro hogar. Esta relación se mantuvo de forma singular y exclusiva a lo largo de todos estos años, no existiendo otra unión paralela ni semejante. Nuestra relación es conocida por todas las personas que de una u otra manera están o han estado en contacto con nosotros, sean amigos, vecinos, compañeros de trabajo, etc.

Al respecto la Dra. Ema Carozzi expresa, “La relación afectiva de índole sexual se pondrá de manifiesto por el cúmulo de elementos que rodean a los miembros de esa unión, del trato que los mismos se dan ante terceros, de la presentación que hacen como integrantes de una pareja y de la fama que de dicho trato surge. En efecto, así como existiendo vida de consuno entre marido y mujer, el mantenimiento de relaciones sexuales entre ellos se presume, existiendo convivencia entre dos personas que se presenten como pareja en el medio familiar y social en el que se desenvuelven, atribuyéndose a sí mismas la calidad de concubinos, no se requiere la efectiva prueba de la vida sexual, ya que ésta se infiere de los hechos”¹³⁵.

1.3) Impedimentos dirimentes.

La ley 18.246 establece como impedimentos dirimentes los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del Art. 91 del Código Civil. Ninguno de ellos están presentes en nuestra relación, por tanto nuestra unión se adecua a la figura legal descrita por la ley.

2) Disolución de matrimonio.

2.1) El Sr. Wilfredo L.C. contrajo matrimonio el día 21 de diciembre de 1966 con la Sra. Juana S.M., tal como se acredita con testimonio de partida de matrimonio que se adjunta (LETRA A). Se encuentra separado de esta señora desde el año 1974, habiéndose perdido todo tipo de vinculación.

¹³⁴ Ley 18246 Art. 2 (Caracteres) A los efectos de esta ley se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del Artículo 91 del Código Civil.

¹³⁵ Carozzi, Ema, Ley de Unión Concubinaria, 1ª edición, FCU, Montevideo, 2008, Pág. 18.

En la enumeración que hace el Art. 2 de la ley 18.246 respecto de los impedimentos dirimientes, no fue recogido el establecido en el numeral 3 del Art. 91 del Código Civil (el vínculo no disuelto de un matrimonio anterior), por tanto y tal como expresa la Dra. Ema Carozzi "...no constituye impedimento a la formación de una unión concubinaria de la que se deriven los efectos previstos por la ley, el mero vínculo matrimonial de uno de sus integrantes"¹³⁶. Asimismo, las Dras. Mabel Rivero y Beatriz Ramos agregan "...no se consagró como impedimento dirimente la existencia de un vínculo matrimonial previo, por lo que en nuestro ordenamiento se admite la unión concubinaria de una persona casada"¹³⁷.

Es por ello que solicitamos la disolución del vínculo matrimonial existente entre el Sr. Wilfredo L.C. y la Sra. Juana S.M..

2.2) La Sra. Elsa R.K. es de estado civil divorciada, según surge de autos caratulados "José S.Z. y Elsa R.K.", fichas 257/969 y D/91/971, tramitados ante el homólogo de 13^{er} turno, cuyos testimonios se solicitan agregar a estos obrados a requerimiento de la Sede.

3) Bienes

No existen bienes que se hayan adquirido a expensas del esfuerzo o caudal común de los concubinos¹³⁸.

PRUEBA

A los efectos de acreditar los extremos anteriormente alegados, se ofrecen los siguientes medios probatorios:

¹³⁶ Carozzi, Ema, Ley de Unión Concubinaria, 1ª edición, FCU, Montevideo, 2008, Pág. 24.

¹³⁷ Rivero, Mabel y Ramos, Beatriz, Unión concubinaria, FCU, 2010, 2ª edición, Pág. 319.

¹³⁸ Ley 18246 Art. 5 (Objeto y sociedad de bienes) La declaratoria de reconocimiento judicial del concubinato tendrá por objeto determinar:
 A) La fecha de comienzo de la unión.
 B) La indicación de los bienes que hayan adquirido a expensas del esfuerzo o caudal común para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes.
 El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria.
 Constituida esta sociedad de bienes, se disuelve la sociedad conyugal o la sociedad de bienes derivada de concubinato anterior que estuviere vigente entre uno de los concubinos y otra persona.

A) Documental

- 1) Solicitamos se agreguen los testimonios de las partidas de matrimonio (que se acompañan e individualizan con letras A y B, y se requieran por la Sede, los testimonios los autos denunciados en el punto 2.2 de este libelo.
- 2) Solicitamos también, se agreguen los recibos de alquiler de la casa en que residen el Sr. Wilfredo L.C. y la Sra. Elsa R.K; los que se señalizan con letras C, D y E.

B) Testimonial

Ofrecemos la declaración de los siguientes testigos, quienes depondrán sobre los hechos mencionados en el cuerpo de éste escrito. Los mismos concurrirán a declarar debiendo ser citados en legal forma.

- 1) Ana María Rosa F.O, Cédula de Identidad 1.123.456-7, con domicilio en _____-, mayor de edad.
- 2) Alba L.V., Cédula de Identidad 1.345.678-9, mayor de edad, con domicilio en _____.
- 3) Gabriela Irma S.B., Cédula de Identidad 1.789.123-4, con domicilio en _____, mayor de edad.
- 4) Julio Fernando G.D., Cédula de Identidad 1.987.654-3, con domicilio en _____, mayor de edad.
- 5) Pablo Daniel S.B., mayor de edad, Cédula de Identidad 3.456.789-0, con domicilio en _____.

DERECHO

Fundamos nuestro derecho en la Ley 18.246, artículo 91 del Código Civil y artículos 402 y siguientes del Código General del Proceso.

PETITORIO

Por lo expuesto al Sr. Juez pedimos:

- 1) Se nos tenga por presentados con los recaudos adjuntos, por denunciados los domicilios reales, y por constituidos los domicilios procesales y electrónicos, así como por promovida la presente acción.
- 2) Se confiera vista al Ministerio Público para que se pronuncie sobre la admisibilidad de la solicitud.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

- 3) Oportunamente se convoque a los interesados y al Ministerio Público a audiencia, se diligencie y reciba la prueba ofrecida.
- 4) En definitiva, previa tramitación legal y conformidad fiscal, se decrete el reconocimiento de Unión Concubinaría y la disolución del vínculo matrimonial solicitadas.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105, 106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$_____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

Tercer otrosí dicen: Que debido a lazos de afinidad que existen entre las partes y sus letrados patrocinantes, estos últimos renuncian desde ya a todo honorario que pueda devengarse (o se hubiera devengado) por las presentes actuaciones.

X.B). Disolución de la unión concubinaría.-

La disolución de la unión concubinaría queda regulada por los artículos 8 a 11 de la ley 18.246. Debe quedar dicho, ab initio, que la disolución de la unión concubinaría puede pretenderse ante uniones reconocidas judicialmente, así como ante uniones de hecho. Es que, según el artículo 1 de la ley sub examine, las uniones concubinarias pueden ser de dos tipos o clases: las reconocidas judicialmente y las uniones de hecho.

La unión concubinaria¹³⁹, para poder ser reconocida judicialmente, tiene como requisito, el que la convivencia se haya mantenido de forma ininterrumpida por al menos cinco años. Es ese plazo quinquenal el que otorga los derechos y obligaciones establecidos legalmente (18.246:1).

La disolución de la unión concubinaria (18.246:8) procede por tres causa: i). por sentencia judicial de disolución, dictada a petición de cualquiera de los concubinos, sin expresión de causa; ii). por fallecimiento de uno de los concubinos; y iii). por la declaración de ausencia.

A los efectos del presente apartado, es la primera de las posibilidades la que nos interesa. Ergo, la disolución del vínculo concubinario según sentencia judicial.

A tales efectos, no existe más requisito que su solicitud por cualquiera de los concubinos. Adviértase que la norma no exige expresión de causa.

Entonces, basta con que alguno de los concubinos decida peticionar la disolución del vínculo concubinaria, para que, sin necesidad de expresar causa alguna, el magistrado deba decretarla. A tales efectos, el único requisito exigido legalmente es que la petición se efectúe en el marco de un proceso de estructura extraordinaria (esto es, la disolución de la unión concubinaria, sigue el trámite del proceso de estructura extraordinaria -18.246:9-).

La participación del Ministerio Público es preceptiva, como en todo asunto que refiera a materia de familia, debiendo emitir dictamen previo al dictado de sentencia.

Como también resulta necesario en todo proceso de familia, para que pueda recaer sentencia, las partes o interesados debieron haber arribado a un acuerdo sobre tenencia, guarda, pensión alimenticia y visitas de los hijos menores, sometiéndolo a homologación del magistrado competente. Si tal acuerdo no fuera posible, el magistrado está obligado a sentenciar al respecto, dejando solucionados esos tópicos. También debe quedar laudados los alimentos por asistencia recíproca entre los concubinos. La sentencia que pone fin a la unión concubinaria es lo suficientemente compleja, como para tener que recaer sobre otros

¹³⁹ Según la ley sub examine, "se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 91 del Código Civil" (18.246:2).

extremos, así pues, la sentencia definitiva no sólo tendrá que versar sobre el fin del vínculo concubinario, sobre la asistencia recíproca, y sobre la situación de los hijos menores, sino que además, deberá abocarse a establecer lo relativo a cuál de los concubinos permanecerá en el hogar familiar, así como también, en caso que la unión concubinaria fuera de hecho -no reconocida judicialmente-, cuándo fue que se originó la unión, y cuáles fueron los bienes adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común¹⁴⁰.

X.C). Veamos pues, un ejemplo de escrito solicitando el reconocimiento judicial y la disolución de la unión concubinaria.-

RECONOCIMIENTO Y DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN CONCUBINARIA

SR. JUEZ LETRADO DE FAMILIA DE 8º TURNO

DPA, C.I.: 1.222.333-4, con domicilio real en _____, constituyendo domicilio en _____, y electrónico en 3222111@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez **DIGO**:

Que vengo a solicitar reconocimiento judicial de unión concubinaria y disolución de la misma, en mérito a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho.

D) HECHOS

1) RECONOCIMIENTO DE UNIÓN CONCUBINARIA

1.1- Desde el año 1961, de forma ininterrumpida, viví en concubinato con la **Sra. CAE** constituyendo dicha unión una *“relación afectiva, de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente... que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1, 2, 4, y 5 del artículo 91 del Código Civil”*¹⁴¹.-

¹⁴⁰ Se hace necesario recordar que reconocida judicialmente la unión concubinaria, ésta se rige en lo que a la sociedad de bienes refiere, por las mismas reglas que rigen a la sociedad conyugal (artículos 155, 158, 441, 883, 1656, 1938-1949, 1975, y 1979-2018 del CC), salvo que los concubinos opten por otra forma de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia del vínculo.

¹⁴¹ Artículo 2 de la Ley 18.246.

1.2- De dicha unión no nacieron hijos.-

1.3- El 16 de febrero de 2008 falleció la Sra. CAE, siendo de estado civil viuda y sin descendientes, como acredito con los respectivos testimonios de partidas de matrimonio de la causante y APS, y testimonios de partidas de defunción de ambos (DOC “A”, “B” y “C”).-

1.4- Durante toda la relación ambos colaboramos con los gastos de hogar, brindándonos asistencia recíproca.-

1.5- Sin perjuicio de esto, no adquirimos bienes en común, solamente percibíamos ingresos derivados de nuestro trabajo y ulterior jubilación y de una pensión que ella percibía por ser viuda del Sr. APS, según surge de los recibos de cobro del BPS que acompaño (DOC “D” y “E”).-

1.6- Cabe destacar que dado el débil estado de salud que mi compañera padecía en los últimos tiempos se me confirió un poder a los efectos del cobro de sus haberes en BPS, como surge del poder interno del BPS que adjunto (DOC “F”) y del recibo de cobro de BPS ya agregado.-

1.12- A los efectos de acreditar la relación de carácter pública y notoria que ante todos manteníamos adjunto documentos fotográficos DOC “G”, “H” e “I”).-

1.7- La ley 18.246 que regula la Unión Concubinaria, ya vigente al momento del fallecimiento de mi concubina, es de aplicación inmediata. Estas leyes según Roubier *“son aquellas que rigen los efectos posteriores a su sanción aunque sean derivados de una relación jurídica anterior”*¹⁴².-

1.8- Como señalan Mabel Rivero y Beatriz Ramos, *“el interés social exige, pues, para que la legislación más reciente tenga un efecto bienhechor, que se aplique lo más completamente posible, y por consiguiente aún a las relaciones nacidas antes de su publicación”*¹⁴³.-

¹⁴² “UNIÓN CONCUBINARIA. Análisis de la ley 18246”, Mabel Rivero, Beatriz Ramos. FCU, segunda edición, año 2008, Pág. 20.

¹⁴³ Mabel Rivero – Beatriz Ramos, ob. Cit. Pág. 19.

1.9- Así también, Ema Carozzi en cita a Hugo Gatti ha señalado, respecto a la aplicación inmediata de la ley que “...*toda ley nueva se aplique a las situaciones establecidas y a las relaciones jurídicas formadas desde antes de su promulgación pero regulándolas para el porvenir*”¹⁴⁴.-

1.10- Conforme a los artículos 4 inc. 2, 6 inc. 3 y 9 de la ley, surge la posibilidad de que, siendo concubino supérstite pueda promover el reconocimiento judicial de la unión concubinaria.-

1.11- En consecuencia, habiendo cumplido con todos los requisitos establecidos en el artículo 1, 2 y 5 de la ley 18.246, conviene a mi interés, se declare judicialmente el Reconocimiento de la Unión Concubinaria que de hecho existía entre la Sra. CAE y quien suscribe.-

2) DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN CONCUBINARIA

2.1- Como fue señalado supra, en febrero de 2008 falleció mi concubina, produciéndose, en consecuencia, la disolución del concubinato que manteníamos (art. 8 lit. B).-

2.2- Por.....años y hasta el momento de su fallecimiento convivimos en el apartamento que ella arrendaba sito en _____, según acredito con los recibos de pago de alquiler y recibo de pago de UTE (DOC. “J”, “K”, “L” y “M”).-

2.3- Del artículo 25 de la Ley 18.246, surge que todas las normas, que en materia de arrendamientos, otorguen beneficios a los cónyuges serán aplicables a los concubinos o concubinas, en virtud de lo cual, tengo derecho a continuar el contrato de arrendamiento suscripto por la Sra. CAE y a seguir gozando los beneficios que de este derivan.-

2.4- A los efectos de garantizar el pago del alquiler, con fecha realizamos, producto del esfuerzo común, un depósito en el BHU por \$.....Dicho depósito aún figura a nombre de CAE.-

2.5- Como indica Ema Carozzi la falta de reconocimiento judicial, no impide el llamado a la sucesión del concubino sobreviviente ya que esto no está previsto como un presupuesto legal necesario; se trata de un simple requisito probatorio.-

¹⁴⁴ Ema Carozzi “Reforma del derecho sucesorio introducidas por la ley de unión concubinaria” Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXXVIII, FCU Agosto 2008, Pág. 674.

2.6- Por lo tanto, habiendo reunido los requisitos exigidos por la ley y habiendo fallecido de mi compañera, corresponde se declare disuelto el Concubinato que de hecho manteníamos y se me reconozca como heredero de la causante.-

II) PRUEBA

A los efectos de acreditar los extremos invocados, solicito se admitan los siguientes medios de prueba:

1) PRUEBA DOCUMENTAL

Se agreguen los documentos relacionados en el cuerpo de este escrito e individualizados con las siguientes letras:

- A- Testimonio de partida de matrimonio de CAE y APS.
- B- Testimonio de partida de defunción de CAE.
- C- Testimonio de partida de defunción de APS.
- D- Recibo de cobro de BPS de DPA.
- E- Recibo de cobro de BPS de CAE.
- F- Poder interno del BPS para el cobro de haberes jubilatorios de la Sra. CAE a nombre de DPA.
- G, H e I- Fotografías.
- J, K, L- Recibos de pago del alquiler.
- M- Recibo de pago de UTE.

2) PRUEBA TESTIMONIAL

Se cite a las personas cuyos datos se especifican quienes depondrán sobre la relación existente entre el dicente y CAE. Sobre el carácter público, notorio, exclusivo y por más de 5 años ininterrumpidos de la relación, así como su disolución por el fallecimiento de mi concubina y todo otro extremo que la Sede considere pertinente.

- a-
- b-
- c-
- d-

III) DERECHO

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Fundo mi derecho en los artículos, 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 15 y 25 de la ley 18.246, artículo 20 y 64 de la ley 14.219, artículo 1026 del Código Civil y artículo 402 y siguientes del Código General del Proceso.-

IV) PETITORIO

Por lo expuesto al Señor Juez **PIDO:**

- 1) Me tenga por presentado con los recaudos adjuntos, por denunciado el domicilio real y constituido el legal y por promovido el presente proceso.
- 2) Se convoque a audiencia y se diligencie la prueba ofrecida.
- 3) En definitiva, y previa vista al Ministerio Público, se haga lugar a la solicitud de Reconocimiento de Unión Concubinaria y su subsiguiente disolución con los derechos sucesorios que esta genera.
- 4) Se expidan testimonios de la declaración de Reconocimiento de la Unión Concubinaria.
- 5) Se libre oficio al Registro de Actos Personales, sección Uniones Concubinarias sito en Av. 18 de Julio 1730.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105, 106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$ _____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

Tercer otrosí dicen: Que debido a lazos de afinidad que existen entre las partes y sus letrados patrocinantes, estos últimos renuncian desde ya a todo honorario que pueda devengarse (o se hubiera devengado) por las presentes actuaciones.

Capítulo XI:

Adopción.-

El tema de las adopciones resulta complicado por cuanto el articulado del CNA (132 a 149, en la redacción dada por la ley 19.092) va y viene cual péndulo. Empero, ello no significa que no sea claro, sólo hay que desenredar la madeja.

Para nuestro ordenamiento jurídico la familia es la base de nuestra sociedad, siendo que el Estado debe velar por su estabilidad moral y material (artículo 40 de la Constitución). En consonancia con ello, el artículo 12 del CNA establece “la vida familiar es el ámbito adecuado para el mejor logro de la protección integral. Todo niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer junto a su familia y a no ser separado de ella por razones económicas. Sólo puede ser separado de su familia cuando, en su interés superior y en el curso de un debido proceso, las autoridades determinen otra relación personal sustitutiva. En los casos en que sobrevengan circunstancias especiales que determinen la separación del núcleo familiar, se respetará su derecho a mantener vínculos afectivos y contacto directo con uno o ambos padres, salvo si es contrario a su interés superior. Si el niño o adolescente carece de familia, tiene derecho a crecer en el seno de otra familia o grupo de crianza, la que será seleccionada atendiendo a su bienestar. Sólo en defecto de esta alternativa, se considerará el ingreso a un establecimiento público o privado. Se procurará que su estancia en el mismo sea transitoria”.

Estando en materia de menores existen por lo menos cuatro conceptos que no pueden pasar desapercibidos: 1º) el que refiere al centro de vida del menor; 2º) el que refiere al superior interés del menor; 3º) el que refiere a la protección integral del menor; y 4º) el que refiere a la autonomía progresiva de la voluntad.

Como hemos venido diciendo a lo largo del presente trabajo, repetiremos una vez más que la opinión y/o participación del Ministerio Público y Fiscal es preceptiva; empero, aquí, también se hace necesaria o preceptiva la opinión por informes de los técnicos del INAU. Se hace necesario establecer que, por imperativo legal, el INAU es el único legitimado para realizar la selección de la familia en la cual se integrará al menor.

Corresponde continuar identificando cuatro posibilidades: las medidas provisionales -cautelares-; la separación definitiva; la adopción plena sin oposición; y la adopción plena con oposición. También debe quedar claro que, cuando se esté ante casos de existir hermanos en igual condición, deberá propenderse a su integración familiar conjunta (CNA:132.6 in fine).

Cualquiera sea la situación judicializada del menor, deberá tenerse presente el artículo 138 del CNA, por lo que siempre deberá velarse por la preservación de los vínculos personales y afectivos del mismo con la familia de origen.

Entonces, cuando no existe denuncia (de amenaza o vulneración de los derechos de los menores en cuanto al disfrute de sus padres y familia), y por tanto no hubo proceso de naturaleza cautelar, el trámite de adopción se sigue por el proceso voluntario, excepto si se produjera la oposición de la familia (biológica o extensa) en que la estructura muta, extraordinarizándose.

XIV.A) Medidas provisionales.-

Las medidas provisionales (CNA:132.1 a 132.6), operan tras la denuncia de amenaza o vulneración de los derechos de los menores en cuanto al disfrute de sus padres y familia (CNA:12).

Se trata de un mecanismo cautelar, célere¹⁴⁵ y de urgencia, ante la situación denunciada, en la que el magistrado de urgencia en materia de familia (juez especializado de familia) de la residencia habitual del menor implicado, y el INAU, actúan de forma coordinada.

Se trata de integrar al menor a un círculo de contención y acogida, para el que la norma (CNA:132.1) establece un orden preferencial: i). un integrante de la familia

¹⁴⁵ Obsérvese que el proceso no puede tener una duración total mayor a los cuarenta y cinco días para menores de dos años y noventa días para quienes superen dicha edad. Si vencido el plazo no se hubiere podido determinar cuál es la mejor medida a aplicar, el juez podrá, de inmediato, y por única vez, ampliar el mismo por hasta cuarenta y cinco días.

biológica o extensa con quien el menor haya efectivamente desarrollado vínculos significativos; ii). la inserción provisional en una familia seleccionada del Registro Único de Aspirantes (RAU) del INAU; iii). inserción provisional en una familia de acogida; y iv). como último recurso y por el menor tiempo posible, la internación del menor en dependencias del INAU.

En la sentencia, el magistrado actuante deberá indicar si ratifica o rectifica las medidas cautelares adoptadas al inicio de este proceso (cautelar de medidas provisionales), indicando si se dan las condiciones de adoptabilidad. Según el artículo 132.3 del CNA la “condición de adoptabilidad”, se verificará en los siguientes casos: i) ante la ruptura o grave deterioro de los vínculos afectivos (que refiere a la separación definitiva); ii). cuando los menores no se hubiesen desarrollado con sus progenitores u otros miembros de la familia de origen que eventualmente se hubieran encargado o puedan encargarse de su cuidado (que refiere a los procesos de integración familiar en tenencia o guarda con fines de adopción¹⁴⁶); iii). por hallarse expuesta su salud física, emocional, mental o espiritual (que refiere a los procesos de inserción en hogares adecuados para su desarrollo¹⁴⁷); y iv). por encontrarse en riesgo de vulneración sus derechos y siempre que se considere posible el establecimiento de nuevos vínculos afectivos adecuados a su situación, logrando su

¹⁴⁶ El proceso de integración familiar en tenencia o guarda con fines de adopción está regulado por el artículo 133.2 del CNA. En tal sentido, la procedibilidad queda enmarcada en una denuncia de amenaza o vulneración de los derechos de los menores en cuanto al disfrute de sus padres y familia, ante la cual, el juez competente debe entender que se encuentra acreditada la condición de adoptabilidad, fundándose en que se ha producido la ruptura o grave deterioro de los vínculos afectivos con sus progenitores y otros miembros de la familia de origen que eventualmente hubieran podido encargarse de su cuidado, estar expuesta su salud física, emocional, mental o espiritual o a la vulneración de sus derechos y la posibilidad de lograr el establecimiento de nuevos vínculos afectivos adecuados a su situación, logrando su protección integral. A su vez, el INAU deberá informar al Tribunal de todas las actuaciones del equipo técnico, detallando el proceso de decisión y los fundamentos de su resolución, así como toda circunstancia superviniente hasta la sentencia definitiva que disponga la adopción (CNA:147)

¹⁴⁷ El proceso de inserción de menores en hogares adecuados para su desarrollo, queda enmarcado en el artículo 134 del CNA. Se establece que el INAU deberá proveer a los niños, niñas o adolescentes hogares adecuados a su desarrollo, sea dentro de su familia -nuclear o ampliada- o en otros hogares familiares de acogida o familias con fines de adopción, seleccionadas por el equipo técnico especializado del INAU cuando estén dadas las condiciones para su adoptabilidad. Debe tenerse en cuenta que los menores de hasta dos años de edad, no podrán permanecer en establecimientos de internación institucional por más de cuarenta y cinco días, salvo que se encontraren residiendo en los mismos con alguno de sus progenitores o que motivos de salud hagan aconsejable su permanencia en centros debidamente equipados.

protección integral (que refiere a los procesos de inserción en hogares adecuados para su desarrollo o la internación en centros del INAU). Se hace importante recordar que si el juez hubiere dispuesto la institucionalización propiamente dicha, o la permanencia en el Programa de Acogida Familiar, el INAU podrá solicitar al magistrado la condición de adoptabilidad toda vez que los fundamentos de aquella hubieran variado y colocado al menor nuevamente en una situación de desvinculación familiar (CNA:132.4). Y que en casos de existir hermanos en igual condición, deberá propenderse a su integración familiar conjunta (CNA:132.6 in fine).

XIV.B) La separación definitiva.-

La separación definitiva, refiere a la temática de la adopción. Se separa material y definitivamente al menor de su familia, a los efectos de preservarlo de la misma.

Aunque esto puede resultar extraño, según el CNA, en su artículo 133, de no resultar posible mantener al menor de edad en su familia de origen -sea esta biológica o extensa-, el juez con competencia en materia de familia correspondiente a la residencia de los adoptantes, hará lugar a su separación de la misma y dispondrá otras formas de inserción familiar, procurando evitar la institucionalización. A tales efectos dispondrá, en orden preferencial, la inserción en una familia para su adopción seleccionada por los equipos competentes del INAU, la inserción en hogares de acogida, tenencia por terceros y finalmente la internación en un hogar institucional que ofrezca garantías para su adecuado desarrollo.

En todo caso, y pese a operar la separación definitiva, deberá velarse por la preservación de los vínculos personales y afectivos con la familia de origen (CNA:138).

El procedimiento que ha de seguirse para tramitar la separación definitiva es el de estructura extraordinaria. Siendo competente el juez de familia de la residencia de los adoptantes, sin que pueda operar el instituto de la prevención. Y “la sentencia que acoja la separación definitiva de la familia de origen, dispondrá la pérdida de la patria potestad si el niño, niña o adolescente se encontrara sujeto a la misma, estableciendo

quién o quiénes asumirán en el futuro la responsabilidad respecto del menor” (CNA:133.1 in fine). Pese a ello, se mantiene lo edictado por el artículo 138 del CNA.

XIV.C) Adopción (plena o limitada; con oposición y sin oposición).-

La adopción puede ser plena o limitada. Pero en todos los casos, existiendo uno o más integrantes de la familia de origen (los progenitores, abuelos o abuelas, tíos o tías, hermanos o hermanas u otros integrantes de la familia ampliada) con quien el menor tuviere vínculos altamente significativos y favorables a su desarrollo integral, la adopción solo podrá realizarse si los adoptantes se obligan al respeto y preservación de ese vínculo¹⁴⁸. En igual sentido, e independientemente de si se trata de adopción plena o limitada, en caso de existir hermanos en igual condición, deberá propenderse a su integración familiar conjunta (CNA:132.6 in fine).

El artículo 139 del CNA viene a posibilitar la adopción plena -del menor- por parte del nuevo cónyuge o concubino del progenitor con el que el menor hubiera perdido todo contacto, desplazándose la patria potestad al adoptante.

Luego, también se admite la adopción limitada -del menor- por parte del nuevo cónyuge o concubino del progenitor con el que el menor hubiera perdido todo contacto. El efecto limitado se circunscribe a mantener los vínculos “altamente significativos y favorables a su desarrollo integral con familiares del progenitor de quien se desvinculó o se considerare inconveniente o lesivo a sus derechos el desplazamiento de su estado civil de origen”. En este caso, para que opere, se necesita del consentimiento de ambos progenitores (CNA:139.2 y 138).

¹⁴⁸ Si la existencia de estos vínculos no fuera controvertida, el Juez procurará que las partes acuerden el régimen de comunicación que regirá entre el niño, niña o adolescente y las personas con las que mantuviere los mismos, homologando el convenio acordado por las partes, previa vista fiscal. Si la existencia del vínculo altamente significativo fuera controvertida o pese a admitirse el mismo las partes no acordaran el régimen de comunicación, el Juez resolverá al dictar sentencia en el proceso de separación definitiva. Se considera vínculo altamente significativo, aquel que implique una relación importante para el menor, considerado desde la perspectiva del interés superior de aquél.

La adopción plena queda conceptualizada legalmente en el artículo 137 del CNA en los siguientes términos: “es un instituto de excepción, que tiene como finalidad garantizar el derecho del niño, niña o adolescente a la vida familiar, ingresando en calidad de hijo, con todos los derechos de tal, a una nueva familia”; siendo el artículo 132.3 del CNA el que otorga el concepto de “condición de adoptabilidad”, como ya fue dicho en el apartado anterior¹⁴⁹.

Por su parte, el artículo 140 del CNA, establece que pueden ser adoptados, en forma plena, los menores que por disposición judicial fueron entregados en tenencia para su adopción, y se haya cumplido con los siguientes requisitos: i). se haya dispuesto la separación definitiva respecto de su familia de origen; ii). haya transcurrido al menos un año de tenencia en la familia adoptante, en condiciones favorables a su desarrollo integral¹⁵⁰; iii). que el menor haya prestado su consentimiento¹⁵¹; y iv). que el o los adoptantes tengan al menos 25 años de edad, con 15 años más que el individuo a adoptar¹⁵².

Respecto de los aspectos procedimentales, es el artículo 142 el que establece que a los efectos de la adopción, deberá seguirse la estructura del proceso incidental (artículo 321 del

¹⁴⁹ Pese a la remisión efectuada al apartado anterior, huélganos manifestar que según el artículo 132.3 del CNA la “condición de adoptabilidad”, se verificará en los siguientes casos: i) ante la ruptura o grave deterioro de los vínculos afectivos (que refiere a la separación definitiva); ii). cuando los menores no se hubiesen desarrollado con sus progenitores u otros miembros de la familia de origen que eventualmente se hubieran encargado o puedan encargarse de su cuidado (que refiere a los procesos de integración familiar en tenencia o guarda con fines de adopción); iii). por hallarse expuesta su salud física, emocional, mental o espiritual (que refiere a los procesos de inserción en hogares adecuados para su desarrollo); y iv). por encontrarse en riesgo de vulneración sus derechos y siempre que se considere posible el establecimiento de nuevos vínculos afectivos adecuados a su situación, logrando su protección integral (que refiere a los procesos de inserción en hogares adecuados para su desarrollo. Se hace importante recordar que si el juez hubiere dispuesto la institucionalización propiamente dicha, o la permanencia en el Programa de Acogida Familiar, el INAU podrá solicitar al magistrado la condición de adoptabilidad toda vez que los fundamentos de aquella hubieran variado y colocado al menor nuevamente en una situación de desvinculación familiar (CNA:132.4). Y que en casos de existir hermanos en igual condición, deberá propenderse a su integración familiar conjunta (CNA:132.6 in fine).

¹⁵⁰ Este plazo se computará desde la fecha de la integración del menor a la familia adoptante.

¹⁵¹ Si no fuere capaz de hacerse entender de ninguna forma, prestará su consentimiento el defensor del mismo, que se le designará a tales efectos.

¹⁵² Por motivo fundado y expreso el tribunal podrá otorgar la adopción aún cuando alguno de los adoptantes pueda no alcanzar la diferencia de edad con el adoptado, reduciéndola hasta un límite que admita razonablemente que éste pueda ser hijo de los adoptantes. Tratándose de cónyuges o concubinos deben computar al menos cuatro años de vida en común.

CGP), notificándose al INAU, siendo partes quienes fueron actores y demandados en el proceso de separación definitiva -del menor de su familia biológica o extensa- (artículo 133 del CNA).

Pero ello no puede llevarnos a equívocos. Hacemos notar que ésa es la estructura procedimental (incidente) cuando la adopción fue precedida por el trámite del proceso cautelar ante denuncia de amenaza o vulneración de los derechos de los menores en cuanto al disfrute de sus padres y familia. Si no existió tal denuncia, la adopción se tramita por el proceso voluntario. Y si en ese trámite voluntario de adopción se produjera la oposición de la familia (biológica o extensa) del menor, se extraordinariza. Por igual estructura extraordinaria, sigue el trámite de revocación de la adopción.

La adopción plena, como fuera dicho ut supra, sigue el trámite de los procesos voluntarios. Empero, si se produce la oposición de la familia biológica, el trámite muta a un proceso de estructura extraordinaria. A su vez, si la adopción hubiera estado precedida del procedimiento cautelar ante denuncia (de amenaza o vulneración de los derechos de los menores en cuanto al disfrute de sus padres y familia), se tramitará por proceso incidental.

A los efectos del presente apartado, habrá de tenerse en cuenta las manifestaciones generales vertidas en los apartados 6 y 7 del capítulo anterior.

Según el artículo 137 del CNA “la adopción de niños, niñas y adolescentes es un instituto de excepción, que tiene como finalidad garantizar el derecho del niño, niña y adolescente a la vida familiar¹⁵³, ingresando en calidad de hijo, con todos los derechos de tal, a una nueva familia”; siendo el INAU el único órgano competente para la selección y

¹⁵³ Se trata de una respuesta definitiva e irrevocable, pudiendo ser adoptados quienes se encuentren en condiciones de adoptabilidad, contando para ello con la autorización judicial que habilita al Departamento de Adopciones a integrar al niño, niña a una familia seleccionada del Registro Único de Aspirantes a la Adopción (RUA).

La “condición de adoptabilidad” (CNA:132.3), se verificará en los siguientes casos: i) ante la ruptura o grave deterioro de los vínculos afectivos; ii). cuando los menores no se hubiesen desarrollado con sus progenitores u otros miembros de la familia de origen que eventualmente se hubieran encargado o puedan encargarse de su cuidado; iii). por hallarse expuesta su salud física, emocional, mental o espiritual; y iv). por encontrarse en riesgo de vulneración sus derechos y siempre que se considere posible el establecimiento de nuevos vínculos afectivos adecuados a su situación, logrando su protección integral.

asignación de familias adoptivas (CNA:136). Debiendo tenerse presente el artículo 138 del CNA.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Capítulo XII:

Sucesión.-

Las sucesiones pueden ser testadas o intestadas, según exista o no testamento. Y en caso de tratarse de una sucesión testada, puede ser abierta o cerrada.

Se hace pues necesario tener en cuenta dos grandes cuerpos normativos: el Código Civil (776 a 1187) y el Código General del Proceso (artículos 407 a 438).

Recordar que la sucesión puede ser testada o intestada resulta importante, pues la existencia o no de un testamento, es lo que permitirá hablar de sucesión testada o intestada. Pero resulta importante, además, por cuanto si la sucesión es testada (pues existe un testamento) por el testamento es cerrado y no apareciera, la sucesión muta, tornándose en intestada (como si nunca hubiera existido testamento).

Otro extremo que suele generar confusiones en el estudiantado, descansa en la distinción entre la apertura legal de la sucesión y la apertura judicial de la sucesión. La apertura legal de la sucesión se da por el mero fallecimiento del causante (se trata de un hecho instantáneo de la realidad). La apertura judicial de la sucesión se produce por una resolución judicial (se trata de un acto judicial). Entonces, lo que nunca podrá accionarse ante los estrados será la apertura legal de la sucesión. En cambio, cuando vulgarmente decimos “hay que hacer la sucesión”, nos estamos refiriendo al proceso sucesorio, esto es, a la solicitud ante el juez de familia competente para que declare la apertura judicial de la sucesión. Así, la apertura judicial de la sucesión podrá solicitarla cualquier interesado que posea un interés legítimo en la misma: familiares, albaceas, curadores, tutores, acreedores, deudores, condóminos, entre otros.

El proceso sucesorio intestado reconoce -eventualmente- como procedimiento preliminar el de colocación y remoción de sellos. Este proceso preliminar, busca asegurar los bienes que se ubican en el interior de un inmueble, habitación u oficina. Así, tras la solicitud de alguno de los interesados, el juez competente cometerá al alguacil, a los efectos que se apersone en la finca y proceda a sellar la misma. De esta manera, los interesados y todo aquél

que tenga vocación hereditaria, se asegura que los bienes muebles que hay dentro del recinto sellado, no serán utilizados ni apoderados por terceros.

Como todo proceso, el sucesorio iniciará por la presentación del acto de proposición, que queda integrado por la solicitud de apertura judicial de la sucesión, acompañada de la documentación que acredite: i). el fallecimiento del causante o su ausencia; ii). la legitimación del interesado; y iii). el certificado del Registro de testamento.

Acto seguido vendrá la declaración judicial de apertura de la sucesión, ordenándose la publicación por 10 días hábiles y continuos en el Diario Oficial y en otro del lugar del proceso sucesorio¹⁵⁴.

Veinte días después de la última publicación (si no se hubiera realizado en el escrito inicial), los interesados presentarán nuevo escrito en que se establecerá: i). el nombre de las personas llamadas a heredar, con las partidas del estado civil correspondientes; ii). la relación de bienes que integran el patrimonio hereditario; y iii). un proyecto de partición (si así se hubiere acordado por parte de los interesados).

Por tratarse de un proceso voluntario, la vista al Ministerio Público resulta preceptiva, y será por un plazo de tres días. Si hubiera oposición de alguno de los interesados, se sustanciará como corresponde a los incidentes.

A solicitud de los herederos, el albacea, los que vivían en la casa del causante o del Ministerio Público y Fiscal, podrá colocarse o removerse los sellos.

Si alguno de los interesados o el Ministerio Público lo solicitare, se procederá a la confección (o facción) de un inventario judicial¹⁵⁵; de surgir observaciones se procederá por la vía de los incidentes. También puede solicitarse por algún interesado, la administración judicial de la herencia.

La partición se regirá por lo establecido en los arts. 1115 y siguientes del CC y por lo establecido en el art. 420 del CGP.

¹⁵⁴ Tener especialmente en cuenta los artículos 434 a 438 el CGP.

¹⁵⁵ Este inventario judicial, no reviste mayores solemnidades. Se citará a los interesados para que concurran a la Sede judicial, y frente al alguacil, se denuncien los bienes que integran el patrimonio del causante, lo que quedará recogido en un acta, que será firmada por todos los asistentes.

En el caso del proceso sucesorio testado ha que diferenciar si existe un testamento abierto o uno cerrado.

Si estamos frente a un testamento abierto, se solicita la apertura de la sucesión, acompañando la 1ª copia de la escritura pública del testamento (o copia certificada por la Inspección General de Registros Notariales), y el procedimiento se rige por el establecido para las sucesiones intestadas.

Si en cambio, estamos frente a un testamento cerrado (al igual que si se tratara de un testamento especial, o ante uno otorgado en el extranjero), la tramitación se promoverá conforme a lo establecido en el artículo 425 y siguientes del CGP.

Entonces, el acto de proposición queda integrado por la solicitud de apertura de la sucesión del causante, dentro del cual cabe distinguir: i). el acto de presentación o entrega del testamento cerrado al tribunal, en presencia del actuario; y ii). el acto de reconocimiento y apertura, lo cual se cumplirá en audiencia, a la que serán citados los interesados, los testigos, y el Escribano autorizante del testamento.

Luego, se celebrará audiencia (la que habrá sido convocada según las reglas generales, y) en la que se procederá a la siguiente actividad: i). reconocimiento de firmas; ii). reconocimiento del estado material del pliego testamentario; y iii). manifestación de observaciones (labrado de acta suscrita por los presentes; en caso de ausencia de alguno de los citados, se dispondrá la publicación de edictos en el Diario Oficial y en otro de la localidad¹⁵⁶, por cinco días, haciendo saber el día y hora de la apertura del testamento).

En la audiencia de apertura se procederá a la lectura (en voz alta) y rubricación del testamento; subsiguientemente, le será entregado al Escribano para que lo protocolice y expida los testimonios que le fueran solicitados por los herederos.

¹⁵⁶ Tener especialmente en cuenta los artículos 434 a 438 el CGP.

Eventualmente puede darse lugar a los siguientes procedimientos: a). administración judicial del patrimonio sucesorio; b). inventario judicial¹⁵⁷; c). partición judicial; y/o d). herencia yacente (o herencia vacante).

De lo manifestado anteriormente, se desprende que el trámite judicial sucesorio, reconoce las siguientes etapas:

1º) Presentación del escrito judicial (o forense) de sucesión (solicitud de apertura judicial de la sucesión), en el que se realiza la relación de bienes y la declaratoria de herederos.

2º) Sentencia interlocutoria del magistrado actuante decretando la apertura judicial de la sucesión y ordenando el emplazamiento (en los domicilios denunciados y por edictos a todo eventual interesado).

3º) Se acreditan las publicaciones de los edictos por los que se anunciaba la apertura judicial de la sucesión¹⁵⁸. Se presentan el primer y el último ejemplar del diario particular en el que se publicaron los edictos, así como la “constancia de Publicación” que libra el IMPO (por las publicaciones realizadas en el Diario Oficial).

4º) Instancia al heredero no compareciente. El magistrado actuante, mediante decreto, instará -a pedido de parte- al heredero no compareciente para que en un plazo de 40 días (máximo legal) se apersona aceptando o repudiando la herencia, con constancia que de no manifestarse, se lo tendrá por repudiante.

Debe recordarse que las consecuencias del instamiento varían según éste se efectivice en el domicilio del instado o mediante oficios. En el segundo caso, no se tiene

¹⁵⁷ Este inventario judicial, no reviste mayores solemnidades. Se citará a los interesados para que concurran a la Sede judicial, y frente al alguacil, se denuncien los bienes que integran el patrimonio del causante, lo que quedará recogido en un acta, que será firmada por todos los asistentes.

¹⁵⁸ Nuestra jurisprudencia se encuentra dividida sobre si la acreditación de las publicaciones debe realizarse por escrito o no. Por ello, el letrado deberá informarse en la Sede.

al instado no compareciente como repudiante, sino que se le designa curador de bienes a los efectos que en su nombre acepte la herencia bajo beneficio de inventario.

5°) Eventualmente, se procede a la facción de inventario. Este inventario judicial, no reviste mayores solemnidades. Se citará a los interesados para que concurran a la Sede judicial, y frente al alguacil, se denuncien los bienes que integran el patrimonio del causante, lo que quedará recogido en un acta, que será firmada por todos los asistentes.

Si comparecen todos los interesados y están de acuerdo con los bienes a incluir, se reserva el expediente por el plazo de 15 días, y luego, pasan en vista fiscal.

Si no comparecen todos los interesados, o no se pusieran de acuerdo con los bienes a incluir, el expediente sube al despacho, donde se decretará que el expediente quede de manifiesto por 8 días. Transcurrido este plazo, el expediente queda reservado por un plazo de 15 días, y luego pasa en vista fiscal.

6°) Se confiere vista fiscal. Si el ministerio público y fiscal realizara observaciones, se dará vista a los interesados para su subsanación.

7°) Sentencia definitiva del magistrado actuante, declarando quiénes son los herederos del causante, teniendo presente la relación de bienes formulada y ordenando expedir el certificado de resultancias de autos (CRA).

8°) Confección del CRA y su expedición por el actuario del juzgado. Si bien el certificado de resultancias de autos debería ser confeccionado y extendido por el actuario del juzgado, lo cierto es que la práctica forense muestra otra realidad. Será el abogado o escribano quien redactará el texto del CRA, el que será corregido por el actuario, y una vez que éste no tenga más observaciones que realizar, lo datará y firmará.

En este caso, la redacción se realiza en papel simple, de tamaño A4. El CRA supone ser un resumen de lo acontecido en el expediente sucesorio.

Otra posibilidad (muy poco frecuente) es que sea un escribano público quien extienda el CRA, en su papel de actuación notarial, caso en que no procede el contralor del actuario.

9º) Una vez que el CRA es expedido por el actuario del juzgado, resta su inscripción en el Registro, para ello, deberá acompañarse de un certificado notarial¹⁵⁹ en el que constará el control del pago del impuesto a las transmisiones patrimoniales, de la Contribución Inmobiliaria, del Impuesto a Primaria y/o el Seguro Obligatorio de Automóviles (SOA)¹⁶⁰.

El ITP (impuesto a las transmisiones patrimoniales) grava los actos o negocios jurídicos -entre vivos o mortis causa- por los cuales se transmiten bienes inmuebles ubicados en el país¹⁶¹.

¹⁵⁹ Este certificado notarial (que se adjunta al CRA expedido por el Juzgado), contiene: acreditación de la identidad de los herederos (nombre, estado civil, nacionalidad, mayoría de edad y domicilio); descripción y deslinde de los bienes inmuebles; descripción de los bienes muebles; modo de adquisición; y contralor de contribución inmobiliaria, ITP e Impuesto de Primaria. También se controla el profesional (con indicación de su matrícula) patrocinante de quienes accionaron la sucesión. En el caso de automotores, se controla el SOA (Seguro Obligatorio de Automotores).

¹⁶⁰ Normalmente, las sucesiones referirán a bienes inmuebles y automotores. Por ello, no nos referiremos a casos especiales como cuando forman parte del patrimonio del causante buques, aeronaves, cuotas sociales, etc.

¹⁶¹ Los escribanos Elba CEDRÉS y Miguén SOLARI (*“Impuesto a las transmisiones patrimoniales”*, 6ª edición, págs. 11 a 62, ed. AEU, 2005, Montevideo) hacen referencia a una problemática concreta que se presenta en lo referente a las transmisiones, y en concreto, con el concepto de enajenación. Así, explican, el concepto de enajenación lo encontramos en el artículo 5 del decreto 252/998, en el que se establece que se trata de los negocios jurídicos hábiles para desplazar de un patrimonio o otro, la titularidad de un bien inmueble o para constituir o transferir, en su caso, los derechos de usufructo, nuda propiedad y de uso y de habitación, tales como la compraventa, permuta, donación, paga por entrega de bienes, aportes de capital, fusiones y escisiones de sociedades, adjudicación de bienes inmuebles en caso de disolución y liquidación de sociedades comerciales, etc. También se consideran enajenaciones las particiones, cualquiera sea su origen como su soulte total.

Son hechos generadores del ITP, los títulos hábiles para transferir el dominio de inmuebles, o los derechos de usufructo, nuda propiedad, uso y habitación. Con respecto a estos últimos derechos, cabe establecer que, el dominio de una cosa, es decir, su propiedad, comprende el derecho de disponer y de gozar de la misma, en forma arbitraria, no siendo contra la ley o derecho ajeno (art. 486 CC). Cuando estos dos derechos se separan, se produce el desmembramiento de dominio, el nudo propietario conserva el poder de disponer de la cosa, el usufructuario el derecho al goce de la misma. El usufructo es un derecho real, que consiste en gozar de la cosa ajena, el derecho de uso consiste en servirse de la cosa de otro, o de exigir una porción de los frutos que ella produce (art. 541 CC), y por último el derecho de habitación, consiste en habitar gratuitamente la casa de otro (art. 541 CC).

Siguiendo a los mismos autores, se indican como títulos hábiles para transferir el dominio: i). la compraventa; ii). la donación; iii). la permuta; iv). la renta vitalicia; v). la transacción; vi). la paga por

El caso que nos interesa, es el de las sucesiones, esto es, el caso de las transmisiones de bienes inmuebles operada por causa de muerte. En estos casos, se cuenta con el plazo de un año, a contar del momento en el que se produce la apertura legal de la sucesión (ergo, desde el momento en que se produce la defunción del causante), debiendo tenerse en cuenta la especialidad establecida en el artículo 49 del Código Tributario¹⁶².

Este plazo anual, es a los efectos de realizar la declaración jurada y el pago del ITP, debiendo tenerse presente lo establecido por el artículo 61 del Código Tributario¹⁶³. Luego del año, se deben multas y recargos. No existen copias del pago, por lo que el boleto debe guardarse a buen resguardo. La exactitud de la declaración jurada, es controlada por la DGI. A su vez, si no se hubiera efectuado el pago, no se permitirá la inscripción del CRA en el Registro.

entrega de bienes; vii). los aportes sociales; viii). las adjudicaciones de inmuebles a socios en casos de disolución y liquidación de sociedades comerciales; ix). la fusión y escisión de sociedades comerciales; x). la partición con soulte total; xi). la entrega de legado de especie o de género; xii). la conmutación de inmuebles; xiii). las donaciones por causa de matrimonio hechas para después de la muerte del donante; xiv). el mutuo disenso; xv). el pacto de retroventa; xvi). todo contrato preliminar por el cual las partes se obliguen a otorgar contrato definitivo que consista en la enajenación de inmueble; xvii). las cesiones -gratuitas u onerosas- de derechos hereditarios; xviii). las cesiones de derechos posesorios sobre inmuebles; xix). las sentencias declarativas de prescripción adquisitiva de inmuebles; xx). la transmisión de bienes inmuebles operada por causa de muerte o como consecuencia de la posesión definitiva de los bienes del ausente; entre otros.

¹⁶² Código Tributario artículo 49: (Plazos).- En los plazos mayores de 15 días se computarán días hábiles o inhábiles. Si durante su transcurso existieren más de tres días inhábiles consecutivos, dichos plazos quedarán prorrogados en la misma cantidad de días. En los plazos de hasta quince días se computarán sólo los días hábiles. Los plazos que venzan en días inhábiles se prorrogarán hasta el primer día hábil siguiente. A los efectos precedentes serán considerados inhábiles, además de los establecidos por la ley, todos los días en que, por cualquier causa, no abra sus puertas durante todo el horario habitual, la oficina en que deba realizarse la gestión.

¹⁶³ Código Tributario artículo 61: (Deber de iniciativa).- Ocurridos los hechos previstos en la ley como generadores de una obligación tributaria, los sujetos pasivos deberán cumplir dicha obligación por sí cuando no corresponda la intervención del organismo recaudador. Si ésta correspondiere, deberán denunciar los hechos y proporcionar la información necesaria para la determinación del tributo.

10°) Inscripción del CRA en el Registro de la Propiedad Sección inmobiliaria (del Departamento que corresponda)¹⁶⁴, y/o en el Registro de la Propiedad Sección Mobiliaria Registro Nacional de Automotores¹⁶⁵.

XVI.A). Ejemplo de escrito sucesorio intestado.-

PROMUEVE APERTURA JUDICIAL DE SUCESIÓN,
PRESENTA RELACIÓN DE BIENES
Y DECLARATORIA DE HEREDEROS.

Acta número 9532, oficina 1, año 2010, Montevideo

SR. JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA DE 9°
TURNO.

María del Carmen R.T, con Cédula de Identidad número 3.210.456-7, con domicilio real en la calle _____, de la ciudad de Colonia, Departamento de Colonia, y constituyendo domicilio a los efectos de este proceso en la calle _____, y domicilio electrónico en 3222111@notificaciones.poderjudicial.gub.uy al Sr. Juez digo:

Que vengo a promover la apertura judicial de la sucesión de mi madre, doña ELIZABETH MATILDE T.F., a presentar la relación de bienes y la declaratoria de herederos, todo ello en virtud de las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho:

HECHOS

I).- APERTURA JUDICIAL DE LA SUCESIÓN.-

I.1).- Apertura legal: ELIZABETH MATILDE T.F. falleció intestada el día nueve de diciembre del 2012, siendo de estado civil viuda de sus únicas nupcias con Teodoro

¹⁶⁴ Si la universalidad patrimonial del causante estuviera constituida por inmuebles.

¹⁶⁵ Si la universalidad patrimonial del causante estuviera constituida por automotores.

R.W., conforme se acredita con: a). el testimonio de la partida de matrimonio celebrado entre don R.W. y doña T.F.; b). el Testimonio de la Partida de Defunción de doña Elizabeth Matilde T.F., c) el correspondiente testimonio del Certificado negativo expedido por el Registro de Legalizaciones y Testamentos; d). Testimonio de partida de defunción de don Teodoro R.W.; todos los que se señalan y acompañan con las letras “A” a “C”, respectivamente.

I.2).- Legitimación y vocación hereditaria: Del matrimonio entre doña Elizabeth Matilde T.F. y don Teodoro R.W., nacimos la compareciente y mi hermano (Santiago Emilio T.R.), según se acredita con los correspondientes testimonios de Partidas de Nacimiento, identificados con las letras “D” y “E”, respectivamente y se acompañan.

I.3).- Que mis padres han fallecido según lo manifestado ut supra.

I.4).- Declaratoria de Herederos: Conforme se desprende de lo referido en los dos numerales anteriores de este capítulo I, corresponde declarar únicos y universal herederos de la causante a la compareciente (María del Carmen R.T.) y a su hermano

Santiago Emilio R.T..

II).- RELACIÓN DE BIENES.-

Integraban el patrimonio de la causante al momento de su fallecimiento un inmueble y una cuenta bancaria en el BROU.

II. 1). INMUEBLE.- Mitad indivisa de terreno con construcciones y mejoras que le acceden, sito zona urbana de la Cuarta Sección Judicial del Departamento de Colonia, localidad catastral Colonia, empadronado con el número TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365), antes doscientos sesenta y uno, con una superficie por título de quinientos noventa y seis metros con noventa y cuatro decímetros con cincuenta y siete centímetros con veintinueve milímetros (596 M 94 dm 57 cm 29 milímetros), y según plano del Agrimensor Manuel E.I., de julio de 1936, inscripto en la Oficina Técnica Departamental de Empadronamiento de Colonia con el número 900, el 30 del mismo mes y año, se compone de una superficie de quinientos treinta y ocho metros con veintisiete decímetros (538 metros 27 dm) y se deslinda así: al norte, 10 metros 60 centímetros de frente a la calle Flores, estando señalada su puerta de acceso con el número 123; al Este, 51 metros 80 centímetros, con propiedad de Antonio A.O.; al

Sureste, 2 metros 20 centímetros; al Este, 3 metros 50 centímetros, con propiedad de Alberto E.A.; al Sur, 6 metros 30 centímetros con Escuela Pública; y al oeste, 55 metros 90 centímetros con la misma Escuela Pública y con propiedad del Centro Unión.-

II) Mitad (50%) indivisa de la CUENTA BANCARIA de ahorro en DÓLARES ESTADOUNIDENSES número 010-23456-3, en el Banco de la República Oriental del Uruguay.

ORIGEN DEL INMUEBLE: GANANCIAL. El inmueble PADRÓN N° 365, lo hubo Teodoro R.W. casado en primeras nupcias con Elizabeth Matilde T.F., por título compraventa y modo tradición, de Martha Laura G.M de E., casada en terceras nupcias con Ricardo José E.M., por escritura que en la ciudad de Colonia, el 30 de diciembre de 1972, autorizó el Escribano Julio L.A., cuya primera copia fue inscrita en el Registro Departamental de Traslaciones de Dominio de Colonia con el número 123, al folio 105 vuelto, del libro 6, el día 15 de enero de 1973.

II.2).- CUENTA BANCARIA en BROU, número 010-20060-3 (cuenta de ahorro en dólares), a nombre de Elizabeth T.F. y/o Maria Beatriz A. (indistintamente), con fecha de apertura el 30 de agosto de 2007.

III).- *Por todo lo expuesto ut supra, conviene a mi interés proceder con el presente accionamiento.*

PRUEBA

- 1.- Testimonio de la Partida de matrimonio entre Elizabeth Matilde T.F. y Teodoro R.W., la que se acompaña y señala con la letra "A".
- 2.- Testimonio de la partida de defunción y Certificado expedido por el Registro de Legalizaciones y Testamentos, de resultado negativo, el que se acompaña señalándoselo con la letra "B".
- 3.- Testimonio de la Partida de defunción de don Teodoro R.W., el que se adjunta y señala con la letra "C".
- 4.- Testimonio de la Partida de Nacimiento de la compareciente (*María del Carmen R.T.*), el que se acompaña y señala con la letra "D".
- 5.- Testimonio de la Partida de nacimiento de Santiago Emilio R.T., el que se acompaña y señala con la letra "E".

DERECHO

Fundo mi derecho en lo dispuesto por los artículos 1011, 1027, 1037 y 1039 del Código Civil; en los artículos 407 y siguientes del CGP, así como en las leyes modificativas y concordantes que rigen en la materia.

PETITORIO

Por lo procedentemente expuesto, al Señor Juez SOLICITO:

- 1) Me tenga por presentada con la documentación ofrecida, por denunciado el domicilio real, por constituidos los domicilios procesal y electrónico, y por entablada la presente acción.
- 2) Se sirva declarar la apertura judicial de la sucesión de la causante, Elizabeth Matilde T.F, titular de la Cédula de Identidad número 2.333.444-5.
- 3) Se sirva notificar al Sr. Santiago Emilio R.T., con Cédula de Identidad número 2.777.888-0, con domicilio real en la calle _____, el accionamiento de estos obrados y se lo intime a aceptar o repudiar la herencia en los términos que la ley establece.
- 4) Se sirva librar los edictos de estilo para su publicación en el Diario Oficial y en otro de giro local, sirviéndose efectuar el emplazamiento por el término legal, autorizando la agregación de publicaciones sin necesidad de nuevo escrito.
- 5) Una vez vencido el término del emplazamiento y previa vista al Ministerio Público, se sirva proceder a declarar únicos y universales herederos de la causante (Elizabeth Matilde T.F.) a sus legítimos hijos María del Carmen y Santiago Emilio R.T..
- 6) Se sirva tener presente la relación jurada de bienes formulada en el Capítulo II del presente escrito.
- 7) Se sirva expedir el Certificado de Resultancias de Autos correspondiente.

OTROSÍES

PRIMER OTROSÍ DIGO: A efectos de lo establecido en los artículos 85, 90, 105, 106 y 107 del CGP autorizo la Escribana Claudia B.M..

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: A los efectos del art. 71 lit. b de la Ley 17.738 y del art. 11 del D. 67/005, los honorarios fictos de la presente gestión se estiman provisionalmente en 3 BPC,

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

XVI.B). Ejemplo de escrito sucesorio testado.-

Solicita Apertura Judicial de Sucesión

Sr. Juez Letrado de Familia de 22° Turno.-

ASB, C.I. 1.099.411-1, con domicilio real en _____, y constituyendo domicilio procesal en _____, y electrónico en 2584564@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez digo:

Que vengo a promover la **Apertura Judicial de la Sucesión** de la Sra. **ABR**, en mérito a las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho:

Hechos

- Mi Sra. **ABR**, falleció en Montevideo el día 13 de Febrero de 2009, como surge del Testimonio de Partida de Defunción que adjunto. (Documento identificado con la letra “A”).
- La Causante falleció Testada, según surge del Certificado del Registro de Testamentos y Primera copia del mismo que se adjuntan. (Documentos identificados con las letras “B” y “C”).
- La Sra. **ABR** era de estado civil casada, en únicas nupcias, con el Sr. **JNS** (fallecido el 6 de Agosto de 1990), habiéndose celebrado el matrimonio el día 24 de Noviembre de 1934, en la ciudad de Melo, Dpto. de Cerro Largo, como luce en el Testimonio de Partida de Matrimonio adjunto. (Documento identificado con la letra “D”).
- De dicho matrimonio nacieron, quien comparece, **ASB**, el día 22 de Setiembre de 1944, como surge del Testimonio de Partida de Nacimiento adjunto (Documento identificado con la letra “E”); **JSB**, el día 10 de Febrero de 1940; **CSB**, el día 4 de Noviembre de 1947; y el Sr. **ESB**, nacido el 8 de Setiembre de 1935 y fallecido el 17 de

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Marzo de 2003, quien estando casado con la Sra. TPZ, tuvo tres hijos legítimos, JSP, MSP y TSP.

- De acuerdo a los hechos redactados conviene a mi interés el presente accionamiento.

Prueba

A los efectos de acreditar los hechos expresados solicito se agreguen los Documentos señalados con las letras “A”, “B”, “C”, “D” y “E”.

Derecho

Fundo mi derecho en los Arts.1037 del Código Civil; y 407,412 y 413 del CGP.

Petitorio

Por lo expuesto, al Sr. Juez pido:

- V) Me tenga por presentada, por denunciado el domicilio real, por constituido el procesal y electrónico, con los recaudos adjuntos.
- VI) Se declare abierta judicialmente la Sucesión de la Sra. ABR, emplazándose a los interesados a deducir sus derechos dentro del término legal, librándose los edictos para las publicaciones legales.

OTROSÍES

Primer otrosí digo: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105,106, 107 y 109 del CGP autorizo al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí digo: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$_____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

XVI.C). Otro ejemplo de escrito de sucesión testada.-

Relación de bienes y
declaratoria de herederos.-

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Sr. Juez Letrado de Familia de 19° Turno.-

ASB, BSB, CSB, DSP, ESP y FSP, cuyos demás datos surgen de autos, compareciendo en los autos caratulados “BR, Z – SUCESION”, **IUE 2-12345/2010**, al Sr. Juez se presentan y dicen:

Que vienen a formular relación de bienes y a solicitar declaratoria de herederos en mérito a las siguientes circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que a continuación pasan a exponer.

- VII) Como surge de la documentación que se adjuntó oportunamente, (ejemplares del Diario Oficial), se ha cumplido con la publicación de edictos tal y como lo ordena el art. 414 del CGP.
- VIII) Así mismo ha quedado aprobado el inventario formulado en autos, por decreto 5874/2010.
- IX) Corresponde en consecuencia proceder a formular relación de bienes y declaratoria de herederos al tenor de lo mandado por el art. 415 del CGP.

RELACIÓN DE BIENES

DEJADOS POR LACAUSANTE AL FALLECER

Bienes Inmuebles: De naturaleza propia

- Solar de terreno y construcciones sito en el Departamento de Montevideo, en la 14° Sección Judicial, empadronado con el N° 54226, Unidad 001, con frente a la calle Uruguayana 3205
- Bienes Muebles: Caja de Ahorro en Dólares Americanos, del Banco de la República Oriental del Uruguay, N° 1940200049.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

DECLARATORIA DE HEREDEROS

Tal y como surge del Certificado del Registro de Testamentos incorporado por los compareciente en autos, la causante falleció bajo las disposiciones del Testamento Solemne Abierto otorgado el 23/09/2005.

- La vocación hereditaria de los comparecientes surge de la documentación agregada en autos la que constata: a) la calidad de hijos legítimos de la causante de los Sres. ASB, BSB y CSB, y b) de nietos legítimos de la causante de los comparecientes Sres. DSP, ESP y TFSP, en virtud del derecho de representación de su padre prefallecido Sr. JSB y de las disposiciones de los art. 1016 a 1025 del Código Civil.
- Es por todo ello que oportunamente se solicitará se declare a los comparecientes herederos universales de la causante, sin perjuicio de los legados instituidos por el testamento glosado en autos.

PETITORIO

1. Tenga a los comparecientes por presentados, por formulada la relación de bienes y por peticionada la declaratoria de herederos.
2. Previa vista fiscal, se declaren herederos universales de la causante ZBR, a los Sres. ASB, BSB, y CSB; y a los Sres DSP, ESP, FSP en representación de su padre prefallecido Sr. JSB, bajo beneficio de inventario todos menos la Sra. ASB y sin perjuicio de los legados instituidos por Testamento Solemne Abierto de fecha 23/09/2005, se tenga presente la relación de bienes formulada y se expida el correspondiente certificado de resultancias de autos.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

OTROSÍES

Primer otrosí dicen: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105,106, 107 y 109 del CGP autorizan al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí dicen: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$_____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

Capítulo XIII:
Declaración de incapacidad.-

Como en todo proceso voluntario, la participación del Ministerio Público resulta preceptiva. Y al igual que en todos los procesos voluntarios, no procede conciliación previa. A su vez, debe recordarse que al presunto incapaz, deberá designársele un defensor de oficio mientras dure el proceso, así como eventualmente un curador interino¹⁶⁶.

Un extremo sobre el que los autores desean dejar mención expresa, por cuanto se detecta como un yerro conceptual en el estudiantado en estos años de docencia, radica en el hecho que la capacidad se presume; la incapacidad hay que probarla (pues es lo excepcional). La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción; siempre hablando de personas mayores de edad.

Como proceso (voluntario) que es, iniciará con el acto de proposición. En el caso concreto, con “la denuncia de insanía”. El denunciante será una persona física o el Ministerio Público (artículos 117 y 439 CGP).

¹⁶⁶ Al respecto de la curaduría, la SCJ ha manifestado que puede designarse como curador a una persona distinta a la ofrecida por el denunciante. A su vez, durante el transcurso de la litis, nada obstaría a que la sentenciante designara un nuevo curador, pues tal decisión no implicaría vulneración alguna de las garantías del debido proceso. Por lo tanto, en la medida que el contenido de la cuestión propuesta por los propios recurrentes fue la designación de un solo curador propietario para la incapaz, es ajustado a derecho el nombramiento dispuesto por la Sala, sin perjuicio de haber recaído en una persona distinta a la que fuera propuesta.

Con relación a que el Tribunal vulneró lo dispuesto en el artículo 444. 2 del Código General del Proceso, al haber designado curador de la incapaz a un tercero y no a alguno de sus hijos legítimos, el agravio tampoco es de recibo. En efecto, no obstante señalar la mencionada disposición que las curatelas legítimas “serán en todo caso respetadas”, el Tribunal puede apartarse del orden de la curatela previsto por la Ley siempre que existan “motivos fundados” para ello y, en su caso, designar un curador siempre y cuando la medida sea conveniente a efectos de proteger mejor los intereses del incapaz.

(Véase sentencia N° 441/2013).

Según el artículo 439 del CGP, “la denuncia de insanía de una persona tendrá por objeto obtener una declaración de incapacidad para realizar los actos de la vida civil o adoptar medidas de protección...”

Llegados a este punto, y antes de continuar, corresponde manifestar que la insanía o incapacidad puede resultar total o parcial. Teóricamente, la incapacidad total ha sido señalada como “la muerte civil” de la persona declarada (absolutamente) incapaz.

La denuncia de incapacidad (del siempre presunto incapaz) deberá ser formulada con los siguientes requisitos: i) nombre, domicilio, estado civil y actual residencia del denunciado; ii) hechos que dan motivo para la denuncia, determinados en la forma establecida en el artículo 117; iii) diagnóstico y pronóstico de la enfermedad, certificados por el facultativo que lo asiste; iv) determinación de los bienes conocidos como de propiedad del presunto incapaz que deban ser sometidos a vigilancia judicial; y v) especificación del parentesco o vínculo que une al denunciante con el denunciado, si lo hubiere, y existencia de cónyuge u otros parientes de grado igual o más próximo que el del denunciante.

De la denuncia, habrá de notificarse al denunciado (presunto incapaz).

Según el artículo 440 del CGP, luego de recibida la denuncia y de notificado el denunciante, el magistrado, previa notificación al Ministerio Público, dispondrá que dos facultativos de su confianza -que en Montevideo, será cometido a los psiquiatras del ITF- examinen al denunciado y emitan opinión acerca del fundamento de aquella, pudiendo acompañarlos en el examen preliminar del presunto incapaz. Podrá requerirles, a su vez, y si lo considera conveniente, una opinión preliminar expedida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, con cargo a ser ampliada.

En su informe, los médicos establecerán con la mayor precisión posible las siguientes circunstancias: 1) diagnóstico de la enfermedad; 2) pronóstico de la misma; 3) manifestaciones características del estado actual del denunciado; 4) consecuencias de esas manifestaciones en su comportamiento social y en la administración de los bienes; y 5) tratamiento conveniente para asegurar la mejor condición futura del denunciado.

Recibido el informe (o antes si fuere necesario), el juez actuante tomará todas las medidas de protección personal del denunciado como presunto incapaz que considere convenientes para asegurar la mejor condición de éste.

Deberá convocarse a audiencia, en la que el magistrado examinará personalmente al denunciado (como presunto incapaz), por lo menos una vez. Si el denunciado se hallare fuera del lugar del juicio, el juez -a los efectos de su examen personal-, podrá salir fuera de su jurisdicción territorial, de lo que dará cuenta a la Suprema Corte de Justicia. De la Inspección personal se labrará acta en la que se consignarán todos los datos que se consideren útiles para dejar establecido el estado aparente del denunciado. Podrá el tribunal reservarse estas referencias para el acta de una ulterior visita.

En la misma o ulterior audiencia, el magistrado escuchará al MP y al defensor, pudiendo diligenciarse la prueba ofrecida por éste y las demás indicadas de oficio.

Se celebrará una nueva Audiencia de prueba (eventual), en la que puede pedirse la aclaración y/o ampliación del informe pericial.

Finalmente, recaerá la declaración o resolución final, que según el artículo 447 del CGP puede contener tres posibilidades: i). declara la incapacidad, ordenando la curatela y designando curador respetando las reglas del Código Civil; o ii). ordena la clausura y posterior archivo de los procedimientos; o iii). ordena el mantenimiento del statu quo de las medidas provisionales de protección y administración por un plazo determinado que puede ser prorrogado, esperando la recuperación del incapaz (estados intermedios o incapacidades relativas).

Estas declaraciones judiciales (sentencias declarativas rebus sic stantibus) no pasan en autoridad de cosa juzgada. Siempre podrá solicitarse la revisión ulterior.

En un apretado resumen de dos sólidos trabajos¹⁶⁷, corresponde manifestar que la incapacidad puede ser absoluta o relativa. En el ámbito del derecho procesal, suele hablarse de la incapacidad absoluta (artículo 1279 CC) y las incapacidades intermedias (artículo 1280 CC).

No está de más reiterar que la capacidad es la regla, siendo la incapacidad la excepción; por ello, la capacidad se presume, mientras la incapacidad -ya sea absoluta o relativa- debe ser declarada judicialmente.

Es que, en puridad, corresponde comenzar por diferenciar entre la denominada capacidad jurídica, de derecho o de goce, y la capacidad de obrar o de ejercicio¹⁶⁸.

La capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones o para ser destinatario de efectos jurídicos que corresponden a todo ser humano; por tanto, no puede existir una incapacidad jurídica general. Por su lado, la capacidad de obrar es la posibilidad de producir efectos jurídicos con la actuación de la propia persona; es la <<capacidad para realizar el acto jurídico por sí mismo>>¹⁶⁹.

Atento a lo expuesto, el concepto de capacidad jurídica está necesariamente comprendido dentro de la noción de persona; mientras que nada impide que existan seres humanos que no ostenten la capacidad de obrar, tal como acontece con los incapaces¹⁷⁰.

Resulta pues, que los capaces plenos o absolutos, son los mayores de 18 años de edad que no padecen alteraciones mentales que los transformen en dementes, ni caen dentro de los sordomudos incapaces; siendo que en nuestro ordenamiento, el único acto para el cual es insuficiente la edad de 18 años es la adopción, dado que conforme a lo dispuesto por el artículo 140 lit.D del CNA para ello se requieren 25 años de edad¹⁷¹.

¹⁶⁷ Nos referimos al *“Manual de Derecho Civil”* (AA.VV.; edición del Departamento de Publicaciones de la Unidad de Comunicaciones de la UDELAR (ISBN 978-9974-0-0774-1), 2011, Montevideo) y a *“Incapacidad e inhabilitación. Incidencia de las alteraciones mentales en la condición jurídica de la persona”* (de HOWARD, Walter; ed. Universidad de Montevideo, 2005, Montevideo).

¹⁶⁸ AA.VV. *“Manual de Derecho Civil”*, capítulo 7, página 137, edición del Departamento de Publicaciones de la Unidad de Comunicaciones de la UDELAR (ISBN 978-9974-0-0774-1), 2011, Montevideo.

¹⁶⁹ Ib. idem nota anterior, página 138.

¹⁷⁰ AA.VV. *“Manual de Derecho civil”*, ob. cit., pág. 138.

¹⁷¹ AA.VV. *“Manual de Derecho civil”*, ob. cit., pág. 138.

Como queda dicho, diversos sujetos, que si bien tienen capacidad jurídica y pueden ser sujetos de las relaciones jurídicas y destinatarios de los efectos que las mismas producen, no tienen la aptitud requerida por la ley para producir esos efectos actuando personalmente. Se trata de los incapaces ya mencionados, los que no pueden actuar por sí mismos en los actos que les conciernen y requieren que otras personas actúen por ellos, es decir, quienes asumen su representación legal. Los institutos de protección, destinados al amparo de la persona y el patrimonio de los menores de edad, dementes y sordomudos incapaces son la patria potestad¹⁷², la tutela¹⁷³ y la curatela^{174 175 176}.

XVII.A). Veamos cómo sería redactado un escrito solicitando la declaración de incapacidad (de un presunto incapaz).-

Formula denuncia de insania.

Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Ciudad de la Costa de 2º Turno.-

¹⁷² Patria potestad que como ya se dijera, puede verse limitada, suspendida, extinguida o perdida.

¹⁷³ Tutela que puede ser: testamentaria, legítima o dativa.

¹⁷⁴ Curatela o curaduría que puede ser: general, sobre bienes, y las genéricamente especiales.

¹⁷⁵ AA.VV. “*Manual de Derecho civil*”, ob. cit., pág. 141-160.

¹⁷⁶ Cabe distinguir a los incapaces de los inhabilitados. Los inhabilitados son sujetos capaces, pero cuyo discernimiento no es el adecuado para intervenir en negocios de contenido económico, por lo cual, se admite que los tribunales determinen que es preciso que obren asistidos por otra persona, que ha de ejercer el contralor de su actividad (AA.VV. “*Manual de Derecho civil*”, ob. cit., pág. 163). El inhabilitado no es un incapaz; por ende, su voluntad no se sustituye por la del curador en el perfeccionamiento de los negocios jurídicos, sino que es complementada por la de éste. Mientras la incapacidad del demente es general y absoluta, por lo que cualquier acto que realice actuando por sí mismo está castigado con la nulidad absoluta, en el caso del inhabilitado hay que distinguir tres órbitas. Por un lado, en el terreno de las relaciones personales y familiares y en el de las órbitas patrimoniales no restringidas por el juez, la actuación personal y solitaria del inhabilitado es apta para producir negocios válidos y eficaces, en mérito a que mantiene su plena capacidad. Por otro lado, en la órbita patrimonial restringida judicialmente, para el caso de que actúe en ellas sin la complementación de voluntad de quien fue designado como su curador interino, su actuación se castiga con la nulidad relativa (AA.VV. “*Manual de Derecho civil*”, ob. cit., pág. 164).

Sofía Susana M.L., con cédula de identidad 1:222.333-4, con domicilio en calle _____, constituyendo domicilio en _____, y electrónico en 3222111@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez dice:

Que viene a denunciar la insana y promover la declaración de incapacidad de su marido, Sr. Joaquín D.M., con cédula de identidad 987.654-3, y a solicitar su nombramiento como curadora del mismo, en mérito a las siguientes circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que a continuación pasa a exponer.

HECHOS

1. Como se acredita con el correspondiente testimonio de partida de estado civil que se adjunta, la compareciente es cónyuge del Sr. Joaquín D.M..
2. El Sr. Joaquín D.M. nació el 19/VI/1960.
3. Joaquín D.M. presenta distintas patologías de naturaleza psiquiátrica que si bien remitieron periódicamente, determinaron su internación en anteriores oportunidades
4. Lamentablemente su problemática se ha ido agravando con el transcurso del tiempo, encontrándose actualmente muy limitado incluso en su capacidad de hilvanar pensamientos y comunicarlos.
5. Dada su condición, actualmente se encuentra internado en el hogar-clínica especializado “Los loquitos”.
6. Concomitantemente con esta situación se emitieron diagnósticos médicos estableciendo que su estado es irreversible.
7. Siendo excelente en todo lo previo la relación familiar en el núcleo compuesto por la compareciente y su cónyuge, y en atención a las disposiciones del art. 441 del Código Civil, es que la compareciente considera como necesario e imprescindible desempeñarse en esta actual instancia como su curadora.
8. El Sr. Joaquín D.M. se domicilia en la clínica antes mencionada ubicada en la calle _____.
9. Por todo lo expresado se solicitará a la sede, que previo los informes médicos y el examen personal por el Sr. Juez de la sede, se declare la incapacidad del cónyuge de la compareciente, Sr. Joaquín D.M., designándola curadora y ordenándose las publicaciones e inscripciones correspondientes.

DERECHO

La compareciente funda su derecho en los arts. 439 a 449 del CGP y en los arts. 431 a 442 del Código Civil.

PETITORIO

Por lo expuesto al Sr. Juez se solicita:

1. Le tenga por presentada, con los testimonios de partida y la copia de historia clínica que se adjunta, por denunciado el domicilio real, por constituido el domicilio procesal y electrónico.
2. Se designe facultativos que procedan al examen del Sr. Joaquín D.M., y simultáneamente se oficie a la mutualista _____ a los efectos de que remita a la Sede copia de la Historia Clínica del presunto incapaz
3. Se verifique el examen judicial respectivo, convocando la Sede para dicha audiencia.
4. Atento a las características de la patología irreversible que aqueja a su marido, y a la necesidad de proveer a sus necesidades, se designe a la compareciente como curadora interina en los términos del art. 436 del Código Civil.
5. Se confiera vista al Ministerio Público y en definitiva acoja la pretensión declarando su insania y designando a la compareciente como curadora de su marido Joaquín D.M., ordenando las publicaciones y la inscripción correspondientes, así como la expedición de testimonios.

OTROSÍES

PRIMER OTROSÍ DIGO: A efectos de lo establecido en los artículos 85, 90, 105, 106 y 107 del CGP autorizo indistintamente a la Procuradora SS, a la Escribana TT, así como también a la Sra. UU.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: A los efectos del art. 71 lit. b de la Ley 17.738 y del art. 11 del D. 67/005, los honorarios fictos de la presente gestión se estiman provisionalmente en 3 BPC, reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

Capítulo XIV:

Divorcios.-

XVIII.A). Divorcio por causal (procesos ordinarios).-

Los procesos de divorcio que se siguen por las causales de los numerales 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11 del artículo 148 del Código Civil, discurren por una estructura procesal ordinaria. Nos referimos a los divorcios por el adulterio de cualquiera de los cónyuges; por sevicias o injurias graves de uno de los cónyuges respecto del otro; por la propuesta del marido de para prostituir a la mujer; por el conato del marido o el de la mujer para prostituir a sus hijos y por la connivencia en la prostitución de aquellos; por riñas y disputas continuas entre los cónyuges, que hagan insoportable la vida común; por el abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges, siempre que haya durado más de tres años; por la separación de hecho, ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años, sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado; por la incapacidad de cualquiera de los cónyuges cuando haya sido declarada por enfermedad mental permanente e irreversible; y por el cambio de identidad de género cuando este se produzca con posterioridad a la unión matrimonial, aún cuando este cambio retrotrajera a una identidad anterior.

En cambio, los procesos de divorcio que se siguen por las causales 2 y 7 del artículo 148 del Código Civil, discurren por una estructura monitoria. Nos referimos a las causales de: la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, pronunciada la sentencia criminal condenatoria; y la condena de uno de los cónyuges a pena de penitenciaría por más de diez años.

XVIII.B). Separación de cuerpos y divorcio por conversión.-

Cabe distinguir la <<separación de cuerpos>> del <<divorcio por conversión de la sentencia separación de cuerpos>>, a las que nos referiremos escuetamente.

El divorcio por conversión de la sentencia separación de cuerpos discurre por un proceso de estructura monitoria, estando consagrado en el artículo 185 del Código Civil (transcurridos tres años de una sentencia de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la conversión en divorcio basándose en la sentencia).

Por su parte, la separación (de cuerpos), reconoce sus once causales en el artículo 148 del Código Civil: 1ª causal: por el adulterio de cualquiera de los cónyuges (procede el proceso ordinario de divorcio); 2ª causal: por tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, pronunciada la sentencia criminal condenatoria (procede el proceso monitorio); 3ª causal: por sevicias o injurias graves del uno respecto del otro. Estas causales serán apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación y condición del cónyuge agraviado (procede el proceso ordinario de divorcio); 4ª causal: por la propuesta del marido para prostituir a su mujer (procede el proceso ordinario de divorcio); 5ª causal: por el conato del marido o el de la mujer para prostituir a sus hijos y por la connivencia en la prostitución de aquéllos (procede el proceso ordinario de divorcio); 6ª causal: cuando hay entre los cónyuges riñas y disputas continuas, que les hagan insoportable la vida común (procede el proceso ordinario de divorcio); 7ª causal: por la condenación de uno de los esposos a pena de penitenciaría por más de diez años (procede el proceso monitorio); 8ª causal: por el abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges, siempre que haya durado más de tres años (procede el proceso ordinario de divorcio); 9ª causal: por la separación de hecho, ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años, sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado (procede el proceso ordinario de divorcio); 10ª causal: por la incapacidad de cualquiera de los cónyuges cuando haya sido declarada por enfermedad mental permanente e irreversible¹⁷⁷ (procede el proceso ordinario de divorcio); y 11ª causal: por el cambio de

¹⁷⁷ En la especie, por expresa remisión legal, se hacen aplicables los artículos 431 y siguientes en lo pertinente, y siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) que haya quedado ejecutoriada la sentencia que declaró la incapacidad; y b) que, a juicio del juez, apoyado en dictamen pericial, la

identidad de género cuando este se produzca con posterioridad a la unión matrimonial, aun cuando este cambio retrotrajera a una identidad anterior¹⁷⁸ (procede el proceso ordinario de divorcio).

XVIII.C). Divorcio por sola voluntad (de cualquiera de los cónyuges).-

Estamos en el ámbito del artículo 187 numeral 3 del Código Civil. Claramente, estamos ante el divorcio (disolución de la sociedad conyugal) por la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges.

Este no resulta un dato menor, pues la voluntad del otro consorte será absolutamente irrelevante. No interesa ni tiene implicancia alguna, el hecho que el otro cónyuge comparezca a manifestar que él no quiere divorciarse. Tampoco resulta necesario que el consorte contra el que se solicita la disolución de la sociedad conyugal comparezca.

Lo único que resulta relevante es el mantenimiento de la voluntad del cónyuge que solicita el divorcio y su comparecencia personal. Tanto ello es así que, siempre que el cónyuge que inició el procedimiento dejara de concurrir a alguna de las audiencias o comparendos, se lo tendrá por desistido.

Otro dato habilitante del proceso de divorcio por la causal del artículo 187 numeral 3, es que el divorcio por sola voluntad de cualquiera de los cónyuges no podrá solicitarse sino después de haber transcurrido dos años de la celebración del matrimonio.

Por otro lado, corresponde recordar que cuando al cónyuge que no ha pedido el divorcio no se le pudiera citar personalmente, estuviera ausente del país, o no se tuvieran certezas sobre su correcto emplazamiento, deberá ser citado por edictos, y si no compareciese, vencido el término del emplazamiento, se le nombrará defensor de oficio.

enfermedad mental sea de tal naturaleza que racionalmente no pueda esperarse el restablecimiento de la comunidad espiritual y material propia del estado de matrimonio.

¹⁷⁸ Esta 11ª causal fue incorporada por el artículo 5 de la ley 19.075.

En este caso el cónyuge solicitante deberá comparecer personalmente ante el Juez Letrado de su domicilio, a quien expondrá su deseo de disolver el matrimonio (**primera audiencia y primer comparendo**).

El Juez hará constar en acta este pedido¹⁷⁹ y en el mismo acto fijará audiencia para celebrar un **comparendo entre los cónyuges (segunda audiencia)**. Esta segunda convocatoria se intentará la conciliación y se resolverá la situación de los hijos, si los hubiere, se fijará la pensión alimenticia que el otro cónyuge debe suministrar a quien ejerce efectivamente la tenencia de los hijos mientras no se decrete la disolución del vínculo y se resolverá sobre la situación provisoria de los bienes.

Si no comparece el cónyuge contra quien se pide el divorcio, el Juez resolverá, oídas las explicaciones del compareciente, sobre la situación de los hijos y la pensión alimenticia decretando en todos los casos la separación provisoria de los cónyuges y fijando una nueva (tercera) audiencia con plazo de sesenta días a fin que comparezca la parte que solicita el divorcio a manifestar que persiste en sus propósitos. De lo actuado en esta audiencia también debe labrarse acta. Esta **3ª audiencia** tendrá lugar a los sesenta días, para que el cónyuge peticionante concurra a manifestar que insiste en su deseo de divorciarse. Se labrará acta y se convocará a los cónyuges a un segundo comparendo.

En este **segundo comparendo (y 4ª audiencia)**, el magistrado intentará nuevamente la conciliación entre los consortes y, comparezca o no el cónyuge demandado, decretará siempre el divorcio, en caso de no conciliarse sea cual fuere la oposición de este.

Pese a lo dicho, no es menos cierto que para un sector (hoy) minoritario de nuestra jurisprudencia, el proceso sub análisis reconoce cinco audiencias¹⁸⁰, y no cuatro.

¹⁷⁹ Para lo cual se lo convoca a audiencia. En esta primera audiencia, se comparece a los solos efectos de manifestar el mantenimiento de la voluntad divorcista y firmar el acta correspondiente.

¹⁸⁰ Para un sector jurisprudencial, el nuevo proceso de divorcio por sola voluntad, reconoce 5 audiencias, pues entienden que en la cuarta audiencia no debe dictar sentencia, y recurriendo a las reglas generales, contarían con un plazo de 20 días a tales efectos, y para ello, citarían a una quinta audiencia (de dictado de sentencia).

XVIII.D). Divorcio por mutuo consentimiento.-

Según establece el artículo 146 del Código Civil, aunque de forma genérica, serán competentes los jueces de familia del domicilio del demandado. A su vez, según el artículo 186 del CC, la disolución del matrimonio sólo opera por la muerte de uno de los cónyuges, o por el divorcio legalmente pronunciado. Y por imposición del artículo 187 numeral 2, el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, se tramitará ante el juez letrado de familia del domicilio del matrimonio.

Ahora bien, la disolución de la sociedad conyugal solicitada de mutuo acuerdo de los cónyuges, queda regulada por el artículo 187 numeral 2 del Código Civil.

Se aprecia sin hastíos que estamos frente a una solicitud coincidente, pues ambos cónyuges están de acuerdo en poner fin al vínculo que los une, propiciando un cambio en sus estados civiles. Por ello mismo, estamos ante un caso de “demanda y contestación conjunta”, la que se hace necesaria por imposición del propio artículo 187 numeral 2 del CC (“será necesario que los cónyuges comparezcan personalmente en el mismo acto”).

La comparecencia conjunta deberá manifestar el “deseo de separarse” (en los términos de la norma sub análisis); aunque en puridad, se trata del deseo de disolver el vínculo matrimonial o, lo que es lo mismo, de disolver la sociedad conyugal.

Tras la interposición del acto de proposición (demanda y contestación conjunta), el magistrado convocará a audiencia, en la que tras recabar la ratificación de la voluntad de los solicitantes en cuanto a disolver el vínculo matrimonial, procederá a intentar medios conciliatorios. Si las propuestas conciliatorias fueran infructuosas, se decretará la separación provisoria de los cónyuges, acompañada de las medidas provisionales que correspondieran o fueran necesarias. Se labrará acta de lo producido en la audiencia y se fijará nueva audiencia en un plazo trimestral.

En esta segunda audiencia, los cónyuges deberán comparecer personalmente, y manifestar el mantenimiento de sus voluntades en divorciarse. Se labrará acta de lo producido en la audiencia y se fijará una tercera audiencia (en un plazo de tres meses).

En esta tercera audiencia, los cónyuges deberán comparecer personalmente, y manifestar el mantenimiento definitivo de sus voluntades en divorciarse. Si así fuera, se decretará el divorcio.

Debe tenerse presente que si los cónyuges variaran su voluntad de divorcio o no comparecieran personalmente a las audiencias, el magistrado deberá dar por terminadas las actuaciones, clausurando y archivando las mismas.

A su vez, debe recordarse que a los efectos de poder dictar sentencia de divorcio, el magistrado actuante debe dar solución a los tópicos que refieren a los hijos menores de los consortes. Ergo, previamente (artículo 154 del CC) o conjuntamente en la sentencia definitiva (artículos 154 y 167 del CC), deberá estar acreditado que se ha “resuelto la situación de los hijos menores de edad o incapaces, en cuanto a su guarda, régimen de visitas y pensión alimenticia”. A los efectos de la tenencia, no pueden olvidarse los artículos 172 a 177 del Código Civil.

Capítulo XV:

Disolución de la sociedad conyugal
(solicitada por uno o ambos cónyuges).-

La sociedad conyugal, en lo medular, está regulada en los artículos 1938 a 2018 del Código Civil. Pero, la disolución de la sociedad conyugal, es sólo uno de sus tópicos.

La disolución de la sociedad conyugal queda enmarcada en los artículos 1998 y siguientes del CC, siendo ese artículo 1998 el que establece las cinco causales de disolución: 1º) por la disolución del matrimonio; 2º) por la sentencia de separación de cuerpos; 3º) por la separación judicial de bienes; 4º) por la declaración de ausencia; 5º) por la declaración de nulidad del matrimonio (en este último caso, el cónyuge que hubiere obrado con mala fe, no tendrá parte en los gananciales).

Pero además, el artículo 1999 CC establece que “Disuelta la sociedad, se procederá, si se solicitare, a la confección de un inventario solemne y tasación de todos los bienes del matrimonio, como se dispone para la sucesión por causa de muerte”.

La sociedad conyugal se forma entre dos personas al momento de contraer matrimonio, salvo que hayan previsto capitulaciones matrimoniales. En éste el patrimonio está integrado por activos y pasivos destinados a repartirse entre los cónyuges por partes iguales al momento de la disolución de la sociedad.

Esto significa que, a partir de la disolución de la sociedad conyugal, el producto del trabajo de los cónyuges pertenecerá a cada cual; las adquisiciones de cualquier tipo que haga cada uno de los cónyuges serán a título personal; las deudas que contraigan, gravarán el patrimonio de cada cónyuge.

La disolución y liquidación de la sociedad conyugal, es el instituto por el cual se procederá a la confección de un inventario solemne y tasación de todos los bienes del matrimonio, convirtiéndoselas en Unidades Reajustables (a los efectos de la colación).

Podemos decir pues, en apretado resumen, que la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, reconoce las siguientes seis etapas: 1º) facción de inventario solemne; 2º) tasación de los bienes; 3º) formación de acervo común; 4º) restitución de los bienes propios; 5º) liquidación de las recompensas; 6º) partición de los gananciales; y 7º) división del pasivo.

Ahora bien, como se indica en el acápite, la disolución de la sociedad conyugal puede ser solicitada por uno o ambos cónyuges. Establece el artículo 1985 del CC: “En todo momento, cualquiera de los cónyuges o ambos de conformidad, podrán pedir, sin expresión de causa, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. El Juez deberá decretarla sin más trámite y ordenará la inscripción de la sentencia en el correspondiente Registro. Mientras la sentencia no sea inscripta no surtirá efecto contra terceros. Dispondrá además la citación por edictos de los que tuvieren interés, para que comparezcan dentro del término de sesenta días. Los interesados que no comparecieren dentro del término sólo tendrán acción contra los bienes del cónyuge deudor”.

Por otra parte, viene a coadyuvar en la materia el artículo 369 del CGP (en la modificación introducida por la ley 19.090), estableciendo la estructura procesal a seguirse, en los siguientes términos: “... Cuando se pretenda la disolución de la sociedad conyugal en forma unilateral, procede disponerla, justificadas por el actor las exigencias de hecho y de derecho del artículo 6º de la Ley Nº 10.783, de 18 de setiembre de 1946”.

Entonces, pues, cuando la disolución de la sociedad conyugal -de bienes- sea solicitada por ambos cónyuges, habrá que seguir la estructura del proceso extraordinario. En cambio, si la disolución de la sociedad conyugal -de bienes- fuera solicitada por uno solo de los cónyuges, habrá que seguir el proceso voluntario.

Corresponde pues, proceder a la esquematización de esas dos posibilidades, por su orden.

En el caso de la disolución de la sociedad conyugal solicitada por uno de los cónyuges, deberemos accionar mediante la utilización de la estructura del proceso extraordinario.

En el caso de la disolución de la sociedad conyugal solicitada por ambos cónyuges, y siendo que nos enfrentamos a un proceso voluntario.

Veamos unos ejemplos.

Disolución y Liquidación de Sociedad Conyugal

Sr. Juez Letrado de Familia de 13^{er} Turno.-

JSB, con CI 222.333-5 con domicilio real y constituido en _____, con domicilio electrónico 1222333@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, al Sr. Juez dice:

Que viene a promover proceso de disolución y liquidación de sociedad conyugal existente con la **Sra. MPC** domiciliada en la calle _____, en mérito a las circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que a continuación pasan a exponer.

HECHOS

3. Que según surge del testimonio de partida que se agrega, el compareciente contrajo matrimonio con la Sra. MPC el día 7 de Octubre de 1986.
4. Que dicho matrimonio ser realizó bajo el régimen legal de bienes.
5. Que es su voluntad peticionar la disolución y liquidación de la sociedad conyugal generada en virtud de lo antes referido.

DERECHO

El compareciente funda su derecho en los arts. 1985 a 2018 del Código Civil.

PRUEBA

A los efectos de acreditar los extremos mencionados, se ofrece el diligenciamiento de los siguientes medios probatorios:

Documental:

Testimonio de partida de matrimonio

PETITORIO

Por lo antes expuesto al Sr. Juez pide:

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

1. Se le tenga por presentado, por denunciado los domicilios real y electrónico y por constituido el domicilio procesal.
2. Sin más trámite se decreta la disolución de la sociedad legal de bienes existente entre **MPC** y **JSB**, citándose de excepciones a la Sra. MPC, y para el caso de que las mismas no se opusieran o fueran desestimadas, se expida testimonio, edictos de estilo y oficiándose al Registro Nacional de Actos Personales, Sección Regímenes Matrimoniales.

OTROSÍES

Primer otrosí dicen: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105, 106, 107 y 109 del CGP autorizan al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí dicen: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$_____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

Disolución y Liquidación de Sociedad Conyugal

Sr. Juez Letrado de Familia de 1^{er} Turno.-

RC, con CI 1:222.333-2 y **MB**, con CI 4:555.666-3, ambos con domicilio real en _____, con domicilio electrónico 1222333@notificaciones.poderjudicial.gub.uy, y constituyéndolo a los efectos del presente proceso en _____, al Sr. Juez dicen:

Que vienen a promover proceso de disolución y liquidación de sociedad conyugal en mérito a las circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que a continuación pasan a exponer.

HECHOS

1. Que según surge del testimonio de partida que se agrega, los comparecientes contrajeron matrimonio el día 16/III/2005.

Dr. Hugo A. Barone (h), Profesor Adjunto Grado III (interino) y
Dr. Martín Ermida Fernández, Ayudante Grado I (interino),
ambos en la materia Técnica Forense.

2. Que dicho matrimonio ser realizó bajo el régimen legal de bienes.
3. Que es su voluntad petitionar la disolución y liquidación de la sociedad conyugal generada en virtud de lo antes referido.

DERECHO

Los comparecientes fundan su derecho en los arts. 1985 a 2018 del Código Civil.

PRUEBA

A los efectos de acreditar los extremos mencionados, se ofrece el diligenciamiento de los siguientes medios probatorios:

Documental: testimonio de partida de matrimonio

PETITORIO

Por lo antes expuesto al Sr. Juez piden:

1. Se les tenga por presentados, por denunciados los domicilios real y electrónico y por constituido el domicilio procesal.
2. Sin más trámite se decrete la disolución de la sociedad legal de bienes existente entre RC y MB, expidiéndose testimonio, edictos de estilo y oficiándose al Registro Nacional de Actos Personales, Sección Regímenes Matrimoniales.

OTROSÍES

Primer otrosí dicen: A los efectos de lo dispuesto por los artículos 85, 90, 105, 106, 107 y 109 del CGP autorizan al letrado firmante y a la procuradora CC.

Segundo otrosí dicen: A los efectos de los arts. 71 lit b de la Ley 17.738 y 11 del D 67/005, el monto del asunto es \$_____, estimándose provisoriamente los honorarios fictos de la presente gestión en un monto equivalente a 3 Bases de Prestaciones y Contribuciones (BPC), reponiéndose en este acto la correspondiente vicésima, sin perjuicio de su posterior reliquidación por la Sede.

BIBLIOGRAFÍA.-

- * AA.VV. “*Manual de Técnica Forense I*”; edición del Departamento de Publicaciones de la Unidad de Comunicaciones de la UDELAR (ISBN 978-9974-0-0970-7), 2013, Montevideo.
- * AA.VV. “*Manual de Derecho civil*”; edición del Departamento de Publicaciones de la Unidad de Comunicaciones de la UDELAR (ISBN 978-9974-0-0774-1), 2011, Montevideo.
- * AA.VV. “*Curso sobre el Código General del Proceso*”, ed. FCU, Tomo I, 1989, Montevideo.
- * AA.VV. “*Curso sobre el Código General del Proceso*”, ed. FCU, Tomo II, 1989, Montevideo.
- * ABAL OLIÚ, Alejandro: “*Derecho Procesal*”, Tomo VI, FCU, Montevideo 2007.
- * ABAL OLIÚ, Alejandro “*Curso sobre el Código General del Proceso*”, Tomo II, FCU, Montevideo, 1989.
- * Alcalá-Zamora, Niceto “*Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*”, Tomo I, UNAM, México, 1974.
- * Alcalá-Zamora, Niceto (1993). “*Proceso, Autocomposición y Autodefensa*”, en Greif, Jaime, El Proceso – Visión y Desafíos, 1era Edición, FCU, Montevideo.

- * BARONE MANCEBO, Hugo “*Conciliación previa*” en “*Manual de Técnica Forense I*”; edición del Departamento de Publicaciones de la Unidad de Comunicaciones de la UDELAR, 2013, Montevideo.

- * BARRIOS DE ANGELIS, Dante *"Introducción al Proceso"*, ed. Idea, páginas 212 a 218, 1981, Montevideo.
- * BARRIOS DE ANGELIS, Dante *"El proceso civil"*, Vol II, Ediciones Idea, Montevideo, 1990.
- * BEITLER, Ady *"La conciliación previa en el Uruguay a la luz de la teoría de la negociación legal"*, Revista de Derecho, Ed. Universidad de Montevideo, Año IV, N° 8, 2005, Montevideo.
- * BRUNO, Daniel P, GIURIA, Carlos *"El instituto de la conciliación previa vigente la reforma de la ley 16.995"* Rev. de Técnica Forense N° 7, FCU, Montevideo, 1998.

- * CALVO CARBALLO, María Loreley (1999). *"Jueces conciliadores, asistencia letrada oblitatoria en las instancias de conciliación, arbitraje, mediación. Creación de la instancia de mediación"* en Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo GELSI BIDART, FCU, 1era. Edición, Montevideo.
- * CARBALLO LAZARO y VARELA MENDEZ *"Fórmulas Forenses"*, ed. AMF, 1974, Montevideo.
- * CESTAU *"Introducción al estudio del Derecho Civil"*, versión mimeográfica (sin más datos).
- * CARRIÓ, Genaro R. (1965) *"Notas sobre Derecho y Lenguaje"* (4ª edición), Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A.E. e I..
- * CEDRÉS, Elba y SOLARI, Miguel *"Impuesto a las transmisiones patrimoniales"*, 6ª edición, ed. AEU, 2005, Montevideo.
- * COUTURE, Eduardo *"Fundamentos de Derecho Procesal Civil"*, 3ª ed., ed. Depalma, 1988, Bs. As.
- * COUTURE, Eduardo J (s/f) *"Procedimiento - Primer Curso"* Tomo II, Editorial Medina, Montevideo.
- * COUTURE, Eduardo J (1944) *"La Conciliación en los asuntos en que está prohibida la transacción"* Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo N° 42, Montevideo.

- * ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín *"Estructuras generales de los procesos en el Derecho positivo uruguayo"*, 6ª edición, ed. FCU, 2012, Montevideo.
- * ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín *"Estructuras generales de los procesos intra CGP"*, 2ª edición, ed. FCU, 2013, Montevideo.
- * ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín *"Materiales forenses (breviario esquemático a los efectos de la Técnica Forense I)"*, ed. FCU, 2012, Montevideo.
- * ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín *"Cursillo esquemático y abreviado de Derecho público administrativo a los efectos forenses"*, ed. FCU, 2011, Montevideo.
- * ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín *"El proceso laboral autónomo"*; ed. FCU, 2013, Montevideo.
- * ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín *"Cuatro problemas forenses laborales"*, en revista CADE-Doctrina & Jurisprudencia, Tomo XVI, 2012, Montevideo.
- * ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín *"ASSE y la reforma de la salud: aproximación fáctico-jurídica"*, ed. FCU, 2013, Montevideo.
- * ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín *"CNA (Leyes 17823-18590-19092)"*, publicado en http://www.estudiorosenbaum.com.uy/CMS/plugins/tinymce/plugins/jfilebrowser/archivos/20130906091621_0.pdf
- * ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín *"CGP (19.090): Normativización de prácticas jurisprudenciales"*, publicado en http://www.estudiorosenbaum.com.uy/CMS/plugins/tinymce/plugins/jfilebrowser/archivos/20130906091557_0.pdf
- * ERMIDA URIARTE, Oscar *"Sindicatos en libertad Sindical"*; 4ª edición (actualizada por Martín Ermida Fernández), ed. FCU, 2012, Montevideo.
- * ERMIDA URIARTE, Oscar *"Apuntes sobre la huelga"*; 3ª edición (actualizada por Martín Ermida Fernández), ed. FCU, 2012, Montevideo.

- * GARCÍA, Ma. Victoria, PÉREZ VÁZQUEZ, Eduardo, *"Los juzgados de conciliación"*, Revista de Técnica Forense N°11, FCU, Montevideo, 2002.

* HENÓN RISSO, Jorge *"Manual de Conciliación y Mediación"*, FCU, Montevideo, 1995.

* HOWARD, Walter, *"Incapacidad e inhabilitación. Incidencia de las alteraciones mentales en la condición jurídica de la persona"*, ed. Universidad de Montevideo, 2005, Montevideo.

* KLETT, Selva (2010). *"Los sujetos de los procesos laborales regulados por la Ley 18572"* en ABAL OLIÚ, Alejandro; Guerra, Walter; Varela-Méndez, Edgar; Simón, Luis María; STIPANICIC, Emma; VALENTÍN, Gabriel; KLETT, Selva; URIARTE AUDI, Gonzalo, *Nuevas Especialidades del Proceso sobre Materia Laboral*, 1ª edición, FCU, Montevideo.

* LANDONI SOSA, Angel (Director), GOMES, Fernando, VALENTÍN, Gabriel, PRATO, Magdalena, GARDERES, Santiago, GONZÁLEZ, María Eugenia, *"Código General del Proceso"* Vol. 3 A, ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

* MACHADO URIARTE, Enrique *"Asistencia Letrada Obligatoria y ley 16.995"*, en *Tribuna del Abogado*, 1998, Montevideo.

* MARLOW, Lenard *"Mediación Familiar"* Ediciones Gránica S.A., 1999, Barcelona, España.

* STIPANICIC, Emma (2010). *"Los sujetos de los procesos laborales regulados por la Ley 18.572"* en ABAL OLIÚ, Alejandro; Guerra, Walter; Varela-Méndez, Edgar; Simón, Luis María; STIPANICIC, Emma; VALENTÍN, Gabriel; KLETT, Selva; URIARTE AUDI, Gonzalo, *Nuevas Especialidades del Proceso sobre Materia Laboral*, 1era Edición, FCU, Montevideo.

-TARIGO, Enrique E. *"Lecciones de Derecho Procesal Civil"* Tomo II, FCU, 1998, Montevideo.

- * TARIGO *“Lecciones de Derecho Procesal Civil”* tomo I, ed. FCU, 1989, Montevideo.
- * TARIGO *“Lecciones de Derecho Procesal Civil”* tomo II, ed. FCU, 1989, Montevideo.
- * TARIGO *“Lecciones de Derecho Procesal Civil”* tomo III, ed. FCU, 1999, Montevideo.
- * TARIGO *“Lecciones de Derecho Procesal Civil”* tomo IV, ed. FCU, 2001, Montevideo.
- * TORELLO *“versiones mimeográficas de clases dictadas en la UDELAR Facultad de Derecho en el año 1989”*.

- * URIARTE AUDI, Gonzalo (2010). *“Los sujetos de los procesos laborales regulados por la Ley 18.572”* en ABAL OLIÚ, Alejandro; Guerra, Walter; Varela-Méndez, Edgar; Simón, Luis María; STIPANICIC, Emma; VALENTÍN, Gabriel; KLETT, Selva; URIARTE AUDI, Gonzalo, *Nuevas Especialidades del Proceso sobre Materia Laboral*, 1era Edición, FCU, Montevideo.
- * URY, William (1991). *“Supere el No”* Grupo Editorial Norma, Bogotá, Colombia.

- * VÉSCOVI, Enrique *“Derecho Procesal civil”*, t. I; ed. Idea, Montevideo, 1974.
- * VESCOVI, Enrique *“Derecho Procesal Civil”*, t. IV, ediciones Idea, Montevideo, 1979.
- * VESCOVI, Enrique (1982). *“La Justicia Conciliatoria”*, Revista Uruguay de Derecho Procesal, N°2/1982, FCU, Montevideo.
- * VÉSCOVI, Enrique *“El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”*, 3ª edición, FCU, 1999.
- * VÉSCOVI, Enrique *“Manual de Derecho Procesal”*, ed. Idea, 1991, Montevideo.