

Título: Necesitamos volver a acercarnos al positivismo

Autor: Groisman, Eliana G.

Publicado en: RDF 2020-II, 03/04/2020, 93

Cita: TR LALEY AR/DOC/424/2020

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. Temas que desarrollar.

(*)

"El derecho no existe para darnos la razón, sino que, si queremos respetar su autoridad, somos nosotros los que tenemos que darle la razón al derecho" (**).

I. Introducción

La cita del comienzo refleja el pensamiento que me invadió con la primera lectura del fallo para el cual fui convocada a comentar, y tal vez por haber sido interpelada por el curso Filosofía del Derecho, que recientemente tomé en la Facultad de Filosofía de la UBA, a cargo del Dr. Andrés Rosler (1).

II. El caso

Se trata de una demanda interpuesta por una mujer que formó parte de una unión convivencial que se inició en el año 1996 y cesó a comienzos del año 2017, donde reclama "la división de bienes de la unión convivencial" para que se reparta en partes iguales todo el patrimonio que se construyó durante la unión, bajo apercibimiento de demandar por enriquecimiento sin causa en los términos del art. 528 del Cód. Civ. y Com., requiriendo que el juez determine que todos los bienes que se adquirieron durante ella sean repartidos en partes iguales. Solicita, asimismo, la fijación de una compensación económica por el desequilibrio que le produjo la ruptura del vínculo. Alega que la adquisición de los bienes se realizó en parte con dinero de ambos y, por otra, con el esfuerzo del trabajo común en el emprendimiento comercial que desarrollaron. Habla de "partir y liquidar la sociedad convivencial".

Agrega la actora que al momento del quiebre tuvo que abandonar la vivienda común y el trabajo en la empresa familiar.

El demandado pide el rechazo de la demanda con el argumento de que no existe tal figura legal de "división de bienes de la unión de convivientes" y niega en forma genérica los hechos expuestos por la actora. Reconoce el aporte para la adquisición de uno de los terrenos, aporte que le fue devuelto a la actora, que ciertos bienes fueron adquiridos con las ganancias de la empresa y señala otros bienes que adquirió con sus ahorros personales. Niega que la actora haya formado parte del proyecto comercial.

Se allana en cuanto al pedido de compensación económica.

La jueza de primera instancia hace lugar parcialmente a la demanda y decreta la "división de bienes" respecto de algunos de ellos, donde se probó aporte en dinero y esfuerzo de trabajo, y rechaza el pedido de compensación económica.

Con relación a los primeros, ordena su división por partes iguales. Con respecto a los que no se ha probado cualquier aporte de la actora, rechaza la pretensión.

El demandado apela.

Sostiene la alzada que lo que califica la acción no es la denominación que le dé el accionante, sino los hechos en que sustenta su pretensión y que es deber del juez identificar el derecho aplicable.

Entiende que los hechos alegados fueron probados, que se respetó el derecho de defensa y confirma la sentencia de primera instancia.

III. Temas que desarrollar

Resulta dificultoso, por un lado, e irresponsable, por el otro, expedirme sobre la procedencia o no de todos y cada uno de los bienes reclamados por la actora para su división, que, tal como surge de la lectura del fallo, son varios, toda vez que no se encuentra a mi alcance el expediente ni los detalles de las pruebas que hacen al origen de los fondos o a la forma de adquisición de ellos, por lo que me referiré acerca de los conceptos y fundamentos jurídicos que se tuvieron en cuenta para determinar el resultado de ambas sentencias.

III.1. Compensación económica

La Sra. S. interpone la demanda con dos objetos procesales diferentes: "fijación de compensación económica" y "división de bienes de la unión convivencial".

El hecho de realizar el planteo en forma conjunta no permitió a la magistrada visualizar el llamado "desequilibrio transitorio" que es el que se presenta —a mi entender y para cierta parte de la doctrina— desde el

quiebre de la relación y hasta la liquidación de la comunidad de bienes en el caso de matrimonio, o el reconocimiento del reclamo económico, en cualquiera de sus versiones, en el caso de las uniones convivenciales.

Entiendo que existió un error estratégico de la parte actora en el planteo inicial desde esa perspectiva, no solo porque se trata de dos objetos procesales diferentes, donde la alegación y la prueba tienen un recorrido distinto, sino que la resolución conjunta —como ocurrió en el caso que comento— torna abstracto —de cara al futuro— el pedido de compensación.

Sin embargo, si bien puede ser cierto, como afirma la jueza de Corrientes, que, al fallar las dos pretensiones en forma conjunta, entiende que no hay desequilibrio económico, pues con los bienes asignados el desequilibrio desaparece, entiendo que dicha afirmación es válida desde la sentencia en adelante, mas no para el período que transcurrió desde el cese de la convivencia, a principios del año 2017, y hasta que la actora se haga de sus bienes. En efecto, la sentencia de Cámara tuvo lugar en abril de 2019, y luego debía procederse a la ejecución para partirlas, por lo que posiblemente a la fecha tampoco los haya recibido aún. Es decir, ya han pasado más de dos años.

De haberse interpuesto ambas demandas por separado, entiendo que era más claro visualizar el llamado "desequilibrio transitorio", toda vez que, a mi criterio, estaban reunidos los presupuestos para hacer lugar al reclamo de compensación económica derivada del desequilibrio "transitorio" que tuvo como causa el quiebre del vínculo.

El hecho de que la Sra. S., al momento del quiebre, quedó sin su vivienda y sin ingresos denota un marcado desequilibrio con su exconviviente, quien quedó con la fuente de ingresos y habitando el hogar común. Y no hay dudas de que ese desequilibrio tiene como causa el cese de la unión.

Los presupuestos así señalados ameritan la fijación de una compensación "transitoria", a los fines de que la exconviviente pueda, hasta tanto se resuelva la situación acerca de los bienes, tener una vivienda, como así también, dinero para su subsistencia, dos situaciones fundamentales que cambiaron en forma radical tras el quiebre de la convivencia.

Porque, como es sabido, entre que se produce la ruptura de la convivencia y se concreta la distribución de bienes, suele pasar mucho tiempo y esa espera podría traducirse en un desequilibrio patrimonial de carácter provisorio (2).

En este caso, el desequilibrio patrimonial es pronunciado porque ínterin la empresa se encuentra bajo el manejo exclusivo del demandado, que la sigue administrando y percibiendo sus ganancias.

Se trata, en definitiva, de un desequilibrio económico transitorio o provisorio causado en el tiempo que lleva resolver el reclamo económico entre las partes.

Que uno se haya quedado con el manejo total de la fuente de ingresos y además, en la vivienda familiar denota de por sí un gran desequilibrio derivado de la ruptura.

Por su parte, y más allá de considerar que se encontraban reunidos los presupuestos previstos en el art. 442 del Cód. Civ. y Com. para la fijación de una compensación económica transitoria, el demandado reconoció que a la actora le correspondía la fijación de una compensación en un determinado monto que ofreció, por lo que su ofrecimiento debe interpretarse como un allanamiento. No está vedado el allanamiento en este tipo de procesos, por lo que entiendo que la magistrada debió considerarlo como una forma anormal de concluir el proceso con respecto a este objeto procesal.

Por último, si bien es cierto, como afirma el fallo, que, al resolver ambas pretensiones en forma conjunta, la urgencia para paliar la situación transitoria ya ha transcurrido, pues la sentencia le hace lugar a la participación de gran parte del patrimonio, y, reitero, ello es así de cara al futuro, pero debió hacer lugar en forma retroactiva desde la ruptura de la unión y hasta el momento que se haga efectivamente de los bienes, pues ínterin en los dos años que transcurrieron la Sra. S. quedó sin su fuente de ingresos y sin vivienda con motivo del cese de la convivencia, y su conviviente quedó con el usufructo de ambos.

III.2. Reclamo de "división de bienes de la unión convivencial"

III.2.a. De la forma: Lenguaje claro

En época de poner el énfasis en el lenguaje claro, no solo por parte de los magistrados sino también de todos los operadores jurídicos, creo que debemos ser responsables y tener un mayor rigor técnico en los términos que se eligen para realizar las peticiones o los reclamos jurídicos.

Si bien coincido con el juez de Cámara en cuanto a que lo que califica la acción no es la denominación que dé la accionante sino los hechos en que se sustenta su pretensión, ya que ello es materia reservada al juez,

entiendo que en la especie no fue solo la denominación del objeto procesal equivocado, sino que todo el relato se sustenta en una figura legal que no existe.

La pretensión económica de la Sra. S. —"división de bienes de la unión convivencial"—, sin perjuicio de estar mal calificada, pudo haber tenido su sustento a partir de los hechos relatados, alegados y probados, pero jamás dar como resultado una figura normativa que no contempla nuestro plexo legal.

No solo requiere la parte actora la supuesta "división de bienes", sino que luego insiste en requerir la "liquidación de la sociedad convivencial", bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 528 del Cód. Civ. y Com.

Pero lo más grave aún es que también la magistrada de primera instancia falla decretando "la división de bienes", sin invocar norma alguna o fundar en derecho.

La alzada lo confirma.

Entiendo que es responsabilidad nuestra, de los abogados y magistrados, utilizar las denominaciones correctas y aplicar el derecho, porque de otra manera conducimos y llevamos a los ciudadanos que desconocen el derecho a errores que se instalan equivocadamente en el colectivo.

III.2.b. De fondo: El no fundamento jurídico

La pretensión original de la Sra. S. es la "división de bienes" y "la liquidación de la unión convivencial" bajo apercibimiento de aplicar el art. 528 en lo que hace al enriquecimiento sin causa.

A lo largo de la demanda se alegó que la parte actora había contribuido en parte con algo de dinero que había aportado, como así también con trabajo personal, ya que formó parte del proyecto comercial que tenía la familia.

Como mencioné al comienzo, no voy a entrar en los pormenores de lo que se probó y/o acreditó o no, ya sea en dinero o ya sea con trabajo, pues no hace a la base de este comentario.

Me voy a focalizar en la falta de encuadre jurídico, no solo por parte de quien hace el planteo, sino, y mucho más grave aún, por parte de quien tiene el deber de darle el marco normativo: los magistrados.

Interpuesta la demanda en estos términos, alejado de un reclamo jurídico y sin base en nuestro ordenamiento, la jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y decretó "la división de bienes".

¿Dentro de qué marco legal decretó la división de bienes, si no hay norma que así lo autorice?

Comienza la jueza de grado manifestando que en el caso "luce un entramado de relaciones patrimoniales con aportes de dinero y en especie de ambos integrantes de la pareja" (sic).

Se tuvo por probado el esfuerzo moral y material. Explica la magistrada que la explotación comercial surgió del esfuerzo conjunto.

No se detalla si se concluyó que los convivientes conformaron una sociedad irregular en la explotación comercial conjunta y que, por tanto, se debe liquidar.

O, en su caso, no especifica en qué medida incidió el aporte material para la compra del inmueble, mejoras y construcción del local donde posteriormente se asentó el emprendimiento comercial.

Tampoco si fue valorizado o medido el aporte del trabajo de la Sra. S., o si uno se benefició a costa del otro.

Es decir, en forma genérica, analiza las pruebas que hacen a los aportes —materiales y personales— y concluye que gran parte del patrimonio se debe repartir por mitades, y la otra parte del patrimonio queda excluida de la "división de bienes".

Ahora bien, si la demanda se inició reclamando "la división de bienes bajo apercibimiento de recurrir a la vía del enriquecimiento sin causa", ¿no correspondía acaso que la jueza indique a la Sra. S. que ocurra por dicha vía o por la que corresponda?, o ¿acaso se sintió interpelada por la actora ante la amenaza de aplicar el apercibimiento propuesto?

Al llegar al superior, en un principio la Cámara esboza en forma correcta toda la teoría acerca de la naturaleza jurídica de la unión convivencial y enfatiza sobre la política legislativa acerca de diferenciar entre los efectos jurídicos con respecto a las dos formas de organización familiar como lo son el matrimonio y las uniones convivenciales.

Sin embargo, a la hora de resolver, deja de lado lo que más arriba pronunció, ratificando la sentencia de primera instancia que ordena llevar adelante "la división de bienes".

La reforma del Código Civil y Comercial tuvo una excelente oportunidad para rever los efectos de las uniones de hecho y decidió no modificar lo que hace a los efectos patrimoniales derivados de la convivencia.

¿Por qué motivo la jueza y la alzada estarían entonces autorizadas para crear un marco jurídico de "división de bienes en la unión convivencial" si no fue ello aprobado por nuestro sistema legislativo?

En el fallo de segunda instancia, la alzada aclara: "[N]o existe en nuestro ordenamiento jurídico una acción de división de bienes adquiridos durante la unión convivencial, en sí misma, sino que en cada caso corresponde alegar y acreditar los presupuestos de las acciones de derecho común que pudiera corresponder según la o las relaciones que vincularon a los convivientes en relación con los bienes adquiridos: enriquecimiento sin causa, interposición de personas, cotitularidad real de bienes determinados, sociedad de hecho o irregular, etcétera".

Luego prosigue la Cámara manifestando que a lo largo del proceso se alegó y probó por parte de la actora haber efectuado aportes en dinero como haber puesto esfuerzo y trabajo personal.

Y continúa diciendo: "Por lo que no hay que caer en la trampa de la calificación jurídica hecha por el litigante dado que la naturaleza de la pretensión surge de los hechos expuestos en la demanda y no del derecho que se ha invocado... en tal caso, la correcta recalificación judicial no afecta el derecho de la defensa de la demandada si los hechos invocados fueron la existencia de aportes comunes para adquirir bienes cuya división se solicita (y agrego aportes a una explotación común) y es sobre ese punto que versó la defensa. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob. cit., p. 86)" (sic).

Entonces, si bien los jueces son los que deben encuadrar la petición y darle un marco jurídico o indicar el derecho aplicable, no es en la especie lo que han hecho.

Ni la jueza de primera instancia, ni la alzada llevaron a cabo dicha acción.

Por un lado, la Cámara dice claramente que no existe en nuestro ordenamiento "división de bienes de la unión convivencial" y por el otro confirma la sentencia que mandó a llevar adelante "la división de bienes". Una gran contradicción.

Dice el superior: "[N]o es improponible aquella demanda que se sustente en la realización (hechos) de aportes comunes para las adquisiciones de bienes cuya división se pretende y en aportes en trabajo en una explotación comercial común", y yo agrego: siempre y cuando sean materia de prueba y sustento para una acción prevista en el Código.

La idea de que la regla del art. 528 del Cód. Civ. y Com. no es absoluta no implica que puedan liquidarse los bienes de una unión convivencial sin hacer el ejercicio detallado y trabajoso para identificar si se dan algunos de los supuestos, ya sea de los enumerados por art. 528 o acciones del derecho común.

Es decir, en vez de realizar un análisis en el sentido de verificar si se trata de un enriquecimiento sin causa, si están dados los presupuestos para configurar una sociedad irregular, o si hubo interposición de persona o cualquier otra acción de derecho común, dan por acreditada la prueba y concluyen que ciertos bienes deben dividirse.

No solo no se calificó jurídicamente la acción, sino que, además, se tuvieron por ciertos aportes de la parte actora ante la mera negativa del demandado, no exigiendo la prueba de ellos y dejando de lado la rigurosidad y la severidad de cómo se debe ponderar la prueba en estos casos.

El principio de iura novit curia, que refiere la alzada, constituye un principio en virtud del cual se permite a los jueces y tribunales resolver los litigios con aplicación de normas distintas de las invocadas por los litigantes, respetando siempre los hechos alegados y probados.

Cabe puntualizar que, como lo ha definido la Corte Suprema en reiteradas ocasiones, "el principio iura curia novit faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes, por lo tanto, el ejercicio prudencial de tal atribución, no configura una alteración del principio de congruencia y, por consiguiente, no importa un agravio constitucional. En ningún caso, el nomen iuris utilizado por el demandante ante el juez, quien está constitucional y legalmente investido de imperium para declarar cuál es el derecho aplicable" (3).

Ahora bien, tanto la jueza de primera instancia como el tribunal de alzada estaban facultados para calificar jurídicamente la acción entablada, mas no para ser coautores de la norma, arrogándose la facultad de legislar.

Ordenar llevar adelante la división de bienes sin fundar la sentencia en norma alguna, entiendo que no era la forma de resolver el planteo de la demanda.

Como la Corte Suprema define: "[S]e trata de subsumir los conflictos a dirimir según el derecho vigente".

No existe en el derecho vigente una norma que prevea "la división de bienes de la unión convivencial" y entiendo que no es prudente suplir el supuesto vacío legal.

Como bien refiere Nora Lloveras: "[E]l inconveniente de esta figura (disolución) de la comunidad de bienes e intereses, es la inexistencia de normas legales, que respalde la disolución y liquidación de lo aportado por los miembros de la unión convivencial y otras consecuencias" (4).

Si no hay normas al respecto, no se puede ir por esa vía.

Por ello no comparto el fundamento por el cual tanto la jueza de primera instancia como la alzada hicieron lugar a la demanda.

La vía jurídica posiblemente era algunas de las acciones de derecho común, que están mencionadas a modo enumerativo en el art. 528 del Cód. Civ. y Com.

Agrega la Cámara en su fallo la siguiente cita: "El juez es así soberano en la apreciación y aplicación del derecho", pero seguidamente no aplica el derecho.

Creo fundamental para nuestro sistema jurídico que los jueces funden el derecho y que realicen la calificación jurídica de la relación procesal. Es la forma en que el derecho sea respetado y dé garantía jurídica a la comunidad.

En definitiva, en vez de recurrir en ambas instancias a la normativa vigente, como sería el enriquecimiento sin causa, o dar por probada la llamada ahora "sociedad atípica" (antes sociedad de hecho), o tener acreditada la interposición de persona, los jueces intervinientes deciden mandar llevar adelante "la división de bienes de la unión convivencial", como si existiera tal figura jurídica, y proporcionando confusión a los auxiliares del derecho, en especial, y a la comunidad, en general.

El no encuadre jurídico realizado por la jueza en este sentido, al no haber norma al respecto ni estar prevista la aplicación analógica del régimen patrimonial matrimonial, es una forma de dejar de lado el Código vigente.

De no diferenciar claramente que el matrimonio y la unión de hecho constituyen dos instituciones diferentes con efectos jurídicos particulares, resulta muy difícil a los operadores jurídicos poder asesorar al respecto y conlleva la posibilidad de sentencias contradictorias en temas que ya están definidos por nuestro ordenamiento, pues, al no estar previsto en la norma, tendremos sentencias diferentes, dependiendo de la ideología o de la moral del juez a cargo, dejando de lado lo que dice el derecho al respecto.

Por su parte, los fallos judiciales son prácticamente unánimes en sentido de que "la existencia de tales uniones no hace presumir que se verifique una sociedad de hecho entre los convivientes, ni que exista una sociedad universal entre ellos, como tampoco es dable extenderles las normas que regían en materia de sociedad conyugal a la luz de la legislación anterior..." (5).

Recurrir a figuras no previstas en nuestra norma no contribuye a dar garantías jurídicas.

Si por política legislativa, al reformarse el Código Civil y Comercial, se dejó afuera la división de bienes de la unión convivencial, entiendo que no puede el juez convertirse en coautor de la norma (como diría Rosler) y completarla. No está facultado para legislar.

Resulta contradictorio, por un lado, afirmar en la sentencia que la unión convivencial no genera per se una sociedad de hecho, y luego mandar a dividir los bienes que se generaron en la unión sin detallar cómo se probaron los aportes, o si existió enriquecimiento sin causa, o si quedó probada la sociedad atípica.

No hubo, en definitiva, por parte de los magistrados ni de primera instancia ni de segunda una aplicación del derecho vigente.

La recalificación jurídica es posible, pero dentro del marco legal.

Era el deber de ellos encuadrar el reclamo y verificar con el análisis pormenorizado de la prueba si estaban dados los presupuestos para cada figura jurídica.

De hecho, con relación a la prueba que debe ser producida por quien invoca la sociedad de hecho, el condominio o la titularidad exclusiva de un bien que no figura a su nombre (mandato oculto), suele decirse que su análisis debe ser severo y riguroso, o, al menos, tiene que tratarse de prueba efectiva y convincente (6).

No se llevó a cabo ese ejercicio y en su lugar crearon una figura que solo aporta confusión en la materia.

A modo de ejemplo, de entender que existió enriquecimiento sin causa en los términos del art. 1794 del Cód. Civ. y Com.: ["siendo una acción que se otorga a quien sufre un empobrecimiento incausado tiene por finalidad restituir el equilibrio patrimonial alterado" (7)], debieron explicar si estaba probado el empobrecimiento de la conviviente y si su expareja se enriqueció a su costo. Pero nada de eso se dijo.

Así con todas y cada una de las figuras de derecho común que puedan corresponder dentro de este caso.

Mi crítica, en definitiva, viene entonces a resaltar que el hecho de que se hayan probado y/o reconocido, aportes económicos que realizara la parte actora para la adquisición de los bienes cuya participación por mitades se decretó no habilitaba a la jueza a ordenar la división de bienes sin más. El encuadre jurídico utilizado por la jueza para reconocerle los derechos, que posiblemente le corresponden, no tiene correlato en nuestro derecho vigente.

Es esperable que todos, magistrados y abogados, utilicemos las mismas herramientas jurídicas y apliquemos el mismo derecho a fin de contribuir a un sistema con mayor claridad, igualdad y garantías jurídicas.

(A) Abogada, Facultad de Derecho UBA. Posgrado en Derecho de Familia, Facultad de Derecho UBA. Docente de la materia "Familia y Sucesiones", UBA.

(AA) ROSLER, Andrés, "La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho", Ed. Katz, Buenos Aires, 2019.

(1) Abogado, Facultad de Derecho UBA. Máster en Ciencias Sociales, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. DPhil, Universidad de Oxford.

(2) BÉCCAR VARELA, Andrés, "Como no se debe calcular la compensación económica", RDF 2019-II-180, cita online: AP/DOC/134/2019.

(3)

Fuente:

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/01/06/aplicando-el-principio-iure-novit-curia-la-cs-jn-anulo-la-desvinculacion-de-un-em>

(4) LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - FARAONI, Fabián, "Uniones convivenciales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 375.

(5) CNCiv., sala B, "G. C. c. V. A., P. R. s/ disolución de sociedad (expte. 15.562/2007)".

(6) SC Mendoza, sala 1ª, 15/12/1989, LA LEY 1991-C-378; sala D, 12/11/1980, LA LEY 1981-B-49, en fallo citado.

(7) LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - FARAONI, Fabián, ob. cit.