

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR RICARDO C. PEREZ MANRIQUE

Montevideo, veintiocho de mayo de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "AA C/ BB - DISOLUCION DE UNION CONCUBINARIA - PENSION ALIMENTICIA - CASACION" IUE: 301-438/2010.

RESULTANDO:

1.- Por Sentencia Definitiva No. 119/2012 la Sra. Jueza Letrado de Primera Instancia de Paysandú de 3er. Turno falló:

"Dispónese la disolución de la Unión Concubinaria que existiera entre AA y BB, habiendo dado comienzo en febrero de 1987.

Determinase como adquiridos a costa del caudal común el inmueble, mobiliario que lo alhaja, vehículos y herramientas denunciados en la demanda.

Fíjase una pensión alimenticia a servir por el Sr. BB a la actora, equivalente al 10% de sus haberes líquidos mensuales, adicionándose un 2% mensual hasta cubrir lo generado desde la fecha de la demanda.

Determinase la permanencia en el hogar común de la Sra. AA, como ocurre en la actualidad.

Sin especial condenación..." (fs. 190/200).

2.- El Tribunal de Apelaciones de Familia de 2o. Turno por Sentencia DFA-0010-000632/2013 SEF-0010-000103/2013 falló:

"Revócase parcialmente la recurrida, en cuanto a la determinación de la permanencia en el hogar común de la actora -lo cual se deja sin efecto- y se establece que no existieron bienes adquiridos con el esfuerzo o caudal común, en lo demás estése al fallo de primera instancia.

Sin especial sanción procesal..." (fs. 227/233).

3.- A fs. 237 y ss., la actora interpuso recurso de casación al entender que la recurrida infringió lo dispuesto por los arts. 130.2, 137, 138 nal. 1, 140, 141 y 153 del C.G.P. y art. 3 de la Ley No. 18.246, expresando en síntesis los siguientes agravios:

- El Tribunal incurrió en error al ignorar la actitud asumida por el demandado, quien a lo alegado en la demanda, respondió admitiendo expresamente que la actora siempre cumplió actividad laboral materializada en la venta de ropa, por lo que en ese aspecto estaban en igualdad de condiciones, reconociendo así que la actora había contribuido al caudal común en igualdad de condiciones (art. 153 del C.G.P.).

- Asimismo la recurrida ignora la admisión y contradicción en la que incurrió el demandado, al decir que la unión concubinaria duró desde febrero de 1987 hasta el año 2010 y, contestar que el terreno lo adquirió antes de comenzar dicha unión, lo que se contradice con lo alegado en la demanda.

- Es contrario a la sana crítica que la Sala no hubiese valorado el contexto en que el concubino ofreció "comprarle la parte de la casa" a la concubina en el marco

de una denuncia de violencia doméstica que el mismo promovió (I.U.E. 301-211/2010).

- Se incurrió en ilegalidad manifiesta en la aplicación del artículo 3 de la Ley No. 18.246, cuando en función de lo dispuesto en dicha normativa (que no estaba vigente al momento de adquirirse el inmueble), se concluyó que los ingresos de la concubina se consumieron en los gastos de la casa.

- Las adquisiciones ya se habían efectuado cuando el ordenamiento jurídico estableció esa "exigencia", por lo tanto se estaba ante lo que se denomina situaciones jurídicas cerradas, por lo que aplicar esa exigencia para "darle otro destino" al aporte de la actora al caudal común, se torna ilegal y contrario al principio de irretroactividad.

- La conclusión a la que arribó el Tribunal, respecto de la Ley No. 18.246 contradice la evolución del ordenamiento en la materia, dado que antes de la Ley, se podía determinar que la actora había contribuido con la sociedad en un porcentaje que podía llegar a ser del 50% y, por ende, resultar indemnizada. Pero ahora por aplicación del art. 3 de la Ley se "concluyó" que al agotarse sus ingresos en "gastos del hogar" que debía aportar por la nueva exigencia, no había contribuido en nada.

4.- Conferido traslado del recurso el demandado abogó por su desestimación (fs. 248/255).

5.- Recibidos los autos (cfe. fs. 261), se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte (No. 1907/2013 fs. 262 vto.), quien se pronunció en Dictamen No. 3997/2013 por rechazar el recurso interpuesto (fs. 264/265).

6.- Por Decreto No. 2015/2013 se dispuso "Pasen a estudio y autos para sentencia" (fs. 267).

#### CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia por mayoría, considera que son parcialmente de recibo los agravios ejercitados, por lo que reconocerá a la actora un crédito por el 20% del valor de la construcción del inmueble, cuya liquidación corresponde remitir al art. 378 del C.G.P., en virtud de la siguiente fundamentación.

II.- Con carácter previo cabe anotar que el legislador al dictar la Ley No. 18.246 tuvo como objetivos asegurar los principios de no discriminación (art. 8 de la Constitución Nacional), libre desarrollo de la personalidad (arts. 7, 10 y 72 de la Constitución), así como dar protección jurídica de las familias (arts. 40, 41 y 72 de la Constitución Nacional), pretendiendo desarrollar y garantizar esos tres principios básicos de orden constitucional, con un enfoque que pretende ser moderno y superador de una normativa que se considera inadecuada para la realidad social del momento.

En la medida que "la familia es la base de nuestra sociedad" es necesario que "el Estado vele (velará) por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad" (artículo 41 de la Carta).

La Ley permite definir un nuevo estatuto jurídico de las uniones concubinarias, independientemente del sexo de sus integrantes y parte del supuesto de que al momento de su disolución existen miembros en situación vulnerable, como en el caso debido a razones de orden económico.

Al aplicar la Ley se manifiesta la necesidad de una teoría de la justificación, que permita un esquema interpretativo mínimo para que se puedan dilucidar los

múltiples obstáculos que se presentan, a partir de un texto confuso, a veces contradictorio y en algún aspecto sin una orientación mínima respecto de lo que se propuso el legislador.

En ese plano debe considerarse y desarrollarse una teoría de la justificación desde la óptica de los principios ya desarrollados, que deben ser considerados como mandatos de optimización.

En el caso la interpretación debe procurar la aplicación de la Ley conforme a sus objetivos y derechos que busca preservar que fueran desarrollados ut supra.

El legislador nacional ha tomado en cuenta fundamentalmente sus fuentes inmediatas, entendió que era posible aplicar en general las normas del régimen matrimonial.

El criterio interpretativo debe ser aplicar tales normas, en la medida que ellas no signifiquen un régimen más restringido o de menor libertad que el matrimonial.

Así será posible: a) en oportunidad del reconocimiento, pactar no solamente un régimen particular de administración, sino también mediante acuerdos similares a las capitulaciones matrimoniales pactar un régimen de separación patrimonial. El que deberá ser inscripto en el Registro respectivo. Estos acuerdos podrán otorgarse inclusive en audiencia en el proceso de reconocimiento; b) es posible disolver la sociedad legal de bienes, sin disolver la unión concubinaria en aplicación del criterio de que los concubinos por definición no pueden vivir en un régimen menos libre que si hubieran contraído matrimonio; c) existe presunción de comunidad en los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la unión concubinaria (art. 10 de la Ley).

En consecuencia corresponde concluir que las cuestiones en debate deben resolverse a partir de este encuadre jurídico (Cfme. Del Redactor "UNIONES CONCUBINARIAS LEY No. 18.246: OBJETIVOS Y REALIDAD" Publicación de la Universidad de Montevideo).

Se comparte con la Dra. Ema Carozzi al analizar la "Ley de Unión Concubinaria y sus reformas en el derecho de familia y sucesorio", que coincide con Rivero y Ramos en asignarle carácter de presupuesto legal necesario a la existencia del esfuerzo o caudal común, a fin de poder calificar como concubinarios los bienes adquiridos por uno u otro concubino en la etapa previa al reconocimiento (Ob. cit. pág. 104).

III.- En tal encuadre corresponde considerar que la cuestión radica en determinar el estándar probatorio requerido en situaciones en que el reconocimiento de la unión concubinaria se solicita a su finalización y conjuntamente con la declaratoria de disolución.

La realidad ha demostrado que salvo en el caso de parejas de personas del mismo sexo, cuando se trata de parejas heterosexuales, el reconocimiento de la unión concubinaria se solicita al momento de la disolución por fallecimiento de uno de los integrantes o por separación de la pareja.

De allí que el traslado mecánico de la exigencia de una prueba contundente de los aportes a la constitución del caudal común retrotrae el estado de las cosas a la época anterior al dictado de la Ley No. 18.246.

En este sentido, la posición de la recurrida lleva a una suerte de enriquecimiento sin causa (art. 1308 del Código Civil), exigiendo prueba contundente del aporte lo que determinaría que la Ley No. 18.246 no ha innovado en absoluto la

situación de los concubinos que acreditan estar amparados por la misma.

Asimismo, cabe precisar en cuanto a los bienes adquiridos durante la relación concubinaria en el período previo a la declaración de la existencia (lo que sucede en casos donde se pide el reconocimiento judicial del concubinato así como su disolución), no cabe remitirse al régimen de la sociedad conyugal, dado que ello presupone la vigencia de la unión concubinaria.

Por el contrario, los bienes que adquiere cada concubino previo a la vigencia de la unión, quedan excluidos del estatuto patrimonial de ésta, excepto aquellos que provienen del esfuerzo o caudal común y que hubieran sido adquiridos cumplidas las exigencias de la Ley para conformar la unión prevista en ella, de lo contrario, serán bienes propios de aquel que aparezca como su titular.

Conforme señaló Mabel Rivero, cualquiera de los miembros de la pareja puede adquirir bienes desde el comienzo de la unión de hecho, "...por ejemplo al año de comenzar a convivir Juan y María, esta última adquiere un automóvil con dinero de ambos. En este caso la pareja puede separarse inmediatamente y será necesario determinar los derechos de cada uno sobre el bien referido. Resulta claro que ese bien será propiedad exclusiva de María y que Juan podrá hacer la reclamación que al caso concreto corresponda.

Es decir que aquí tenemos un caso en que se adquiere un bien por uno de los integrantes de la pareja, con el esfuerzo o caudal común, pero no llegan a concretarse las exigencias requeridas por la Ley para conformar la unión concubinaria regulada por la misma.

Si bien la cosa adquirida por María en el ejemplo lo fue con caudal común no debemos entender que el giro empleado por el legislador "...a expensas del esfuerzo o caudal común..." deba llevarnos a concluir que los bienes adquiridos a esas expensas son comunes...

En efecto una cosa es lo que adquiere y otra con qué se adquiere.

Por lo que entendemos que estos bienes adquiridos por cualquiera de los miembros de la pareja con el esfuerzo o caudal común, pero sin haberse cumplido el plazo exigido por la Ley para conformar la unión prevista por ella, serán bienes propios de aquel que aparezca como titular.

Ello sin perjuicio de la reclamación que pudiera realizar quien fue su pareja" (Unión Concubinaria - Análisis de la Ley No. 18.246, pág. 76).

IV.- Previamente al estudio de mérito, debe consignarse que al apelar el demandado impugnó exclusivamente la inclusión del bien inmueble en el acervo concubinario, no realizando mención alguna a demás bienes denunciados.

No obstante ello, al no haberse el mismo agraviado por violación del art. 198 del C.G.P. la Corte no puede ingresar al análisis de este error de derecho en cuanto la Sala excluyó todos los bienes.

En segundo lugar, también cabe precisar que no ha sido motivo de agravio por la actora la denegatoria del derecho de uso y habitación.

V.- Ingresando al análisis del agravio de la recurrente (exclusión del bien inmueble) los Miembros naturales que suscriben este pronunciamiento entienden que la valoración probatoria efectuada por el Tribunal, no fue acorde a las

normas de la sana crítica, vulnerando en consecuencia lo establecido por el art. 140 del Código General del Proceso.

En efecto, varios testigos declararon que la actora Sra. AA vendía diversos artículos como bijouterie y prendas de vestir (fs. 117, 118, 120, 121 y 123), lo que hacía de forma informal, dificultando una posible estimación respecto al ingreso percibido por ella, pero siendo cierto que de ello obtenía un ingreso.

Y si bien, son claras las diferentes posibilidades económicas de cada uno de los concubinos, dado que conforme la prueba los ingresos percibidos por el demandado eran mayores que los de la actora, ello no impide el pretendido reconocimiento de aportes en proporción a los efectuados.

Al contrario de lo sostenido por la Sala dichos ingresos durante la vida en común deben considerarse aportados también a los bienes de la pareja.

A ello cabe sumar que cuando el demandado ha controvertido la necesidad de alimentos de la actora, ha denunciado ingresos suficientes derivados de actividad laboral - como vendedora de diversos artículos por su cuenta- de la Sra. AA que no lo justifica.

Asimismo corresponde añadir a lo expuesto que, en audiencia celebrada el 14 de setiembre de 2010 ante la Sra. Jueza Letrado de Tercer Turno de Paysandú, en el expediente tramitado por violencia doméstica, el denunciante BB asistido por el Dr. Walter Arruda, manifestó: "Esta parte no ha querido responder sus mensajes, no ha hecho denuncias, incluso se le ha ofrecido a la contraria comprarle la parte de la casa y no se ha obtenido respuesta" (fs. 16 Acordonado I.U.E. 301-211/2010).

La Sala omitió tal afirmación en el contenido argumental de la recurrida, y consignó que el dinero obtenido por la actora era utilizado para sus gastos personales y además para el aporte a los gastos del hogar que exige el propio art. 3 de la Ley No. 18.246, conclusión que no se comparte y vulnera el art. 140 del C.G.P., siendo en consecuencia revisable el punto en casación.

No puede ignorarse la abundante prueba testimonial recabada en autos y que se hiciera referencia "ut supra", la cual es conteste en afirmar que la actora se dedicaba a la venta de ropa, como tampoco puede desconocerse el hecho de que el propio demandado reconoció en el expediente acordonado de violencia doméstica que ofreció comprarle "la parte de la casa", afirmación que deja en evidencia el reconocimiento de que la Sra. AA aportó para la construcción de la misma.

Si la actora al momento de la separación como dice el Tribunal dejó de vender ropas y otras cosas porque le faltó el aporte de capital del demandado, ello no enerva que mientras tuvo dicho capital generó ingresos que fueron aportados al funcionamiento de la familia como un todo: mantenimiento, sustento y crecimiento económico de ambos.

En función de ello, no corresponde señalar que lo que la Sra. AA obtenía de ganancias lo destinaba únicamente a gastos personales y a dar cumplimiento con el art. 3 de la Ley No. 18.246 (gastos del hogar).

Tal afirmación sería desconocer el hecho de que cada hogar tiene un funcionamiento interno que está dado por sus propios integrantes y que el aporte de cada uno, por más que esté destinado a cubrir rubros distintos, como podría ser la compra de bienes o el pago de consumos propios de un hogar, en definitiva hacen al todo.

Es decir, si un integrante sólo aporta para los gastos del hogar básicos, como podría ser comida, luz, agua, gas, etc., y luego de ello no tiene resto como para invertir en la compra de un bien, igualmente aportó al núcleo familiar, en tanto otro integrante tendrá menos erogaciones para hacer en esos rubros ya cubiertos y en consecuencia, podrá destinar su aporte a otras necesidades de la pareja, como podrían ser la compra o construcción de un inmueble.

Ahora bien, sólo resta determinar si cabe otorgar participación en la adquisición del terreno y posterior construcción, o sólo en la construcción de la vivienda.

Conforme surge del fallo de primera instancia, punto que fue confirmado por la Sala, la unión concubinaria comenzó en febrero de 1987. En la demanda la actora señaló que el inmueble padrón No. 119 sito en la lera. Sección Judicial del Departamento de Paysandú fue adquirido por BB por título compraventa y modo tradición según escritura que autorizó el Esc. CC el 29/7/1992 (fs. 46 vto.), hecho controvertido por el demandado quien indicó que el terreno lo adquirió antes de comenzar a vivir en el concubinato con la actora, no señalando fecha de adquisición.

Conforme el art. 139 del C.G.P., la carga de probar que la adquisición fue durante la unión concubinaria para posteriormente acreditar que también se debió al esfuerzo y caudal común, correspondía a la actora, quien se estima no se desembarazó de dicho "onus probandi".

En función de ello, la Corte por mayoría considera ajustado a derecho otorgar a la actora, el 20% del valor de construcción, no así la adquisición del terreno por cuanto la misma no acreditó en el subexamine que hubiera sido adquirido durante la existencia de la unión concubinaria.

VI.- En definitiva, se concluye que la Sala ha juzgado a partir de un estándar que desconoce los principios de interpretación y los artículos 1 y 2 de la Ley No. 18.246, sin considerar además el análisis en perspectiva de género de la situación de autos.

La Ley No. 18.246 es esencialmente una afirmación del principio de no discriminación dentro de la familia de hecho, en consecuencia como se dijo ut supra debe interpretarse conforme a sus objetivos.

Al respecto el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) Ley No. 15.164, obliga a los Estados Partes a tomar medidas adecuadas "para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres... c) los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución... h) los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso".

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia por mayoría,

FALLA:

CASASE LA RECURRIDA, RECONOCIENDOSE A LA ACTORA UN CREDITO POR EL 20% DEL VALOR DE LA CONSTRUCCION DEL

INMUEBLE, DIFIRIENDO SU ESTIMACION AL PROCEDIMIENTO DEL ART. 378 DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO, DESESTIMANDOSE EN LO DEMAS.

SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.

PUBLIQUESE. OPORTUNAMENTE, DE-

VUELVASE.

DR. JULIO C CHALAR DISCORDE: Por cuanto a mi juicio corresponde desestimar el recurso de casación interpuesto, sin especial condenación procesal.

Considero que nada cabe reprochar a la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Alzada.

He de reiterar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que la revaloración del material fáctico tenido en cuenta por los tribunales de mérito se encuentra vedada en la etapa de casación, salvo en hipótesis de absurdo evidente, arbitrariedad o ilogicidad en la ponderación realizada por dichos órganos.

Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido en forma reiterada que a pesar de que el art. 270 del C.G.P. prevé la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba como causal de casación, el ámbito de la norma queda circunscripto a la denominada prueba legal o tasada y, en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando se incurre en absurdo evidente por lo grosero o infundado del razonamiento y la denuncia de tal error surge, explícita, del memorial de agravios o se infiere de la forma en que ellos han sido estructurados.

En esta línea de razonamiento, la Corporación ha expresado que tanto la revisión de la plataforma fáctica como la revaloración de la prueba no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría a esta etapa de casación o de revisión meramente jurídica en una tercera instancia no querida por el legislador (Sentencias Nos. 58/1993, 716/1996, 338/2002, 323/2003, 202/2005, 706/2008, 74/2009, 163/2009 -en R.U.D.P. 1-2/2010, c. 1122, págs. 596 y 597-, 685/2012, 806/2012 y 243/2013, por citar solamente algunas).

Podrá compartirse o no la valoración probatoria efectuada por el tribunal ad quem, pero no caben dudas acerca de que la actividad ponderativa llevada a cabo no puede ser catalogada como absurda, ilógica o arbitraria.

Muy por el contrario, la Sala señaló las pruebas en que fundó, principalmente, su decisión (arts. 140 inc. 2 y 197 inc. 3 del C.G.P.), realizando la valoración del informativo probatorio incorporado a la causa en su conjunto, racionalmente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 140 inc. 1 del citado cuerpo normativo).

Y, justamente, partiendo de las citadas premisas, concluyo en que no existió, en el caso en examen, una valoración absurda del material probatorio por parte de la Sala, no verificándose apartamiento de las reglas de la sana crítica.

Corresponde tener presente que la recurrente soslaya las manifestaciones de la contraria en oportunidad de contestar la demanda, cuando manifiesta que: "La Sra. AA en su demanda ha manifiesta (sic) que durante el concubinato 'adquirimos una serie de bienes, comenzando por la adquisición de un terreno, la ulterior construcción de la casa...' hecho éste que es falso en virtud de que el terreno lo adquirí antes de comenzar a vivir en concubinato con la actora. Y si bien es cierto que la

construcción de la casa la realicé en oportunidad de estar viviendo en concubinato con la actora, también es cierto que fue por mi puro y exclusivo empeño y trabajo, ya que fue el dicente que la construí (sic)".

Por lo tanto, carece de total asidero la afirmación realizada por la recurrente en tanto pretende que se considere un hecho admitido que la accionante contribuyó con el caudal común. Si bien el demandado admite que la actora se dedicaba a la venta de ropa, señala que ella se ocupaba de sus propios gastos y de ninguna manera admite que ésta haya contribuido de modo alguno con la construcción del inmueble.

De la testimonial diligenciada en autos no surge acreditado que la actora hubiera contribuido con el caudal común, así como tampoco de la restante agregada en autos.

Sostuvo esta Corte en Sentencia No. 560/2013 que: "(...) luego del reconocimiento inscripto de la unión concubinaria, nace la sociedad de bienes, y ésta, por expreso mandato legal, se rige por las normas de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario. Antes, no cabe remitirse al régimen de la sociedad conyugal, ya que la Ley asigna un régimen especial, propio y distinto.

La remisión a la normativa sobre la sociedad conyugal presupone la vigencia de la unión concubinaria, esto es, su reconocimiento por sentencia judicial; antes de ese reconocimiento, no hay vigencia de la unión concubinaria. Aunque la Ley ha sido justamente criticada por su imperfección técnica, este es un aspecto claro: la remisión al régimen de la sociedad conyugal opera luego del reconocimiento judicial, que le da inicio al período de vigencia de la sociedad de bienes.

En este sentido, se ha pronunciado Domínguez Gil, quien expresa:

'... es necesario distinguir el fenómeno fáctico propio del comienzo de la unión concubinaria, del fenómeno jurídico determinante de su período de vigencia; de lo contrario tendríamos que admitir el absurdo de que la norma exige ociosamente tal período de vigencia cuando le hubiera bastado con aludir simplemente a la unión, a la mera existencia de hecho de la misma... (La Ley de Unión Concubinaria) diferencia entre las adquisiciones a título meramente oneroso durante la vigencia del régimen, de aquellas fruto del esfuerzo o caudal común verificadas entre el comienzo de la unión y la vigencia de la sociedad de bienes; justamente porque tal distinción radica en que antes del período de vigencia del régimen, la solución de principio es que los bienes que adquiere cada concubino quedan excluidos del estatuto patrimonial de la unión concubinaria, de allí que sólo cuando éstos provienen del esfuerzo o caudal común, se generen simultáneamente con el nacimiento de la sociedad estos créditos legales para evitar enriquecimientos injustos. Por el contrario, luego de la vigencia del régimen patrimonial, la solución de principio es otra muy diversa, puesto que desde entonces son sociales todas las adquisiciones a título oneroso -en virtud de las normas de sociedad conyugal, llamadas a imperar por la específica remisión del art. 5-...' (Domínguez Gil, Daniel, 'Régimen patrimonial de la unión concubinaria', en A.D.C.U., Tomo XXXIX, págs. 682 y 683; el subrayado no figura en el texto del opúsculo)".

En virtud de lo expuesto, el recurso de casación interpuesto, debe ser desestimado.