

Doctrina

El enriquecimiento sin causa y la compensación económica como instrumentos usados por la jurisprudencia para decidir cuestiones patrimoniales derivadas de la unión convivencial



Aída Kemelmajer de Carlucci

Profesora de derecho privado. Exjueza de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza. Académica titular de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Límite de estas reflexiones.— II. Breves nociones previas.— III. Breve presentación de la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial.— IV. La dificultad de regular las uniones convivenciales.— V. Un requisito relevante para la existencia de la unión convivencial y, consecuentemente, para la generación de los efectos legalmente previstos.— VI. Un punto de partida respecto a las consecuencias económicas al cese de la unión convivencial.— VII. Las compensaciones económicas.— VIII. El enriquecimiento sin causa como instrumento para luchar contra los desequilibrios patrimoniales en la unión convivencial.— IX. Breves conclusiones provisorias.

I. Límite de estas reflexiones

Estas páginas no son un estudio sistemático de la unión convivencial (1) ni de todos sus posibles efectos patrimoniales; mi propósito es muy limitado: informar cómo dos figuras jurídicas reguladas en el Código Civil y Comercial —el enriquecimiento sin causa y la compensación económica— están siendo usados por los jueces, con posterioridad a agosto de 2015, para dar respuesta razonable a cuestiones patrimoniales emergente de esas uniones.

II. Breves nociones previas

La noción jurídicamente tradicional de familia, estática, casi inmutable, dio paso a una más dinámica, cambiante, menos estable y plural (2); hubo un pasaje de la familia (modelo único, tipo) a las familias y, de este modo, ingresó a la juridicidad "lo que ya existía, aunque omitido, silenciado o negado" (3).

En esta línea, reiteradamente, la Corte IDH afirma que "en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo el modelo 'tradicional'". "El concepto de *vida familiar* no está reducido únicamente al matrimonio y abarca otros lazos familiares en los que las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio". "Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico" (4). En esas mismas decisiones, el prestigioso tribunal reconoce las bondades del pluralismo: "En el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, que en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad".

Por su parte, el 08/12/2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso "Muñoz Díaz", condenó a España por no reconocer el matrimonio celebrado según el culto gitano a los efectos de la pensión de una mujer que había tenido seis hijos con el trabajador, que había convivido con él más de treinta años, y a quien el Estado le había reconocido el subsidio por familia numerosa. El tribunal dijo que, aunque en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene un amplio margen de apreciación, y la pertenencia a una minoría no dispensa a la persona de respetar las leyes que rigen el matrimonio, esa pertenencia puede influir en el modo de aplicar las leyes, en tanto la vulnerabilidad de los gitanos implica que se deba prestar una atención especial a sus necesidades al momento de aplicar las reglas a los casos particulares (5).

Adviértase que mucho tiempo antes, el 11/12/1992, Tribunal Constitucional español afirmó que la Constitución no ha identificado la familia que manda prote-

ger con la familia que tiene su origen en el matrimonio (6). Esta doctrina fue ratificada en 1999 al decidir un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, hoy sustituida: "es evidente que no existe ninguna restricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea esa modalidad de vida familiar en nuestra cultura, en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural" (7).

Obviamente, el ingreso de las nuevas formas familiares al escenario de la juridicidad no satisface a todos; como dice Frank Rainer, "Antes de quejarnos de los defectos del moderno derecho de familia, conviene preguntarnos de dónde viene la escala de valores que utilizamos para estar de acuerdo o para ser escépticos frente a las nuevas disposiciones legislativas. Nuestras ideas y nuestros sentimientos están

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 13 de agosto de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

(1) La doctrina argentina ha destinado importantes esfuerzos al estudio de la normativa. Los artículos publicados en las revistas especializadas son numerosos. Me limito a citar, como obras completas que analizan sistemáticamente la figura, LLOVERAS, Nora y otros, "Uniones convivenciales", Ed. Rubinzal, Santa Fe, 2015; PELLEGRINI, María Victoria, "Las Uniones Convivenciales. Regulación en el Código Civil y Comercial y su impacto

en el ordenamiento jurídico", Ed. Erreius, 2017; CAPPARELLI, Julio C., "Uniones no matrimoniales", Ed. El Derecho, 2016. Ver también, PELLEGRINI, María V. - DE LA TORRE, Natalia, capítulo "Uniones convivenciales", en KEMELMAJER de CARLUCCI - LLOVERAS - HERRERA, *Tratado de derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2018, t. V.

(2) El fenómeno es de la mayoría de los países occidentales; ver D'ANGELO, Angela, "La famiglia nel XXI Secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", en AMRAM, D. - D'ANGELO, A., (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2011, p. 13 (en este artículo puede

compulsarse una buena síntesis de derecho comparado, aunque algunos países referidos ya cambiaron su legislación, por ej., Italia). ARANA de LA FUENTE, Isabel, "Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales", en DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Gema (coord.), *Derecho de Familia*, Thomson Reuters - Civitas, Pamplona, 2012, p. 167.

(3) GIBERTI, Eva, "La diversidad en las organizaciones familiares. ¿Cómo se conjuga con la bioética?", *Rev. Derecho de Familia*, 55, Julio 2012, p. 159.

(4) Ver "Atala Riffo y niñas vs. Chile", 24/02/2012; "Forneron e hija vs. Argentina", 27/04/2012; "Artaiva Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica",

28/11/2012, entre otros.

(5) En opinión de algunos autores, los gitanos son grupos especialmente discriminados en Europa (Ver MANCINI, Letizia, "Diritti umani e forme della discriminazione: il caso dei rom", en CASADEI, Thomas [a cura di], *Diritti umani e soggetti vulnerabili*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 187).

(6) GARCÍA RUBIO, María Paz, "Las uniones de hecho", en DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Gema (coord.), *Derecho de Familia*, Thomson Reuters - Civitas, Pamplona, 2012, p. 1479.

(7) STC 116/1999, 17 de julio, FJ 13 (recurso de inconstitucionalidad 376/1989). BOE 162, 8 de julio 1999.

Nota a fallo

Derechos de autor

Coautor de obra teatral. Demanda de daños por ausencia de reconocimiento como tal. Guionista. Valoración de la

prueba testimonial, documental y electrónica.

CNCiv., sala A, 30/10/2020. - Amato, José Reinaldo c. Dreamakers Producciones SRL s/ daños y perjuicios. 6

[Excesos en la prueba electrónica: su producción al](#)

[momento de sentenciar](#)

Incorporación y valoración probatoria de videos subidos a la plataforma YouTube

Gastón E. Bielli y Carlos J. Ordoñez

7

influenciados por experiencias diversas, resultantes de vivencias en nuestras familias, en nuestro medio social, en nuestra vida escolar y profesional; de nuestras convicciones religiosas y de nuestra concepción del mundo; frecuentemente, también de nuestras experiencias traumatizantes. Además, la escala de valores sobre la cual descansan nuestras decisiones, frecuentemente de modo inconsciente, no es inmutable. Esa modificación, a veces se impone, también inconscientemente, a través de los medios de prensa, de la opinión pública, de un proceso de transformación social” (8).

Independientemente de la reacción de cada uno, estoy convencida de que los cambios fueron posibles, en su mayoría, gracias al proceso de secularización del derecho que modificó pautas culturales muy arraigadas. Véanse las diferentes reacciones judiciales frente a las hoy llamadas uniones convivenciales a través de dos sentencias, dictadas con una diferencia cercana a 25 años:

(a) La primera es una decisión que la mayoría de la Corte Suprema de Justicia se negó a revisar en 1996 (9).

Los hechos eran los siguientes: un señor que había convivido con una señora durante quince años se presentó al proceso sucesorio de quien había sido su pareja, en el que había sido declarada heredera la hermana, y solicitó la restitución de los gastos de última enfermedad. La pretensión fue rechazada en las instancias de grado con este argumento: “El actor pagó una obligación natural. La irrepetibilidad de ese pago se da no solo entre los propios concubinos, sino también entre uno de ellos y los herederos del otro, porque el carácter *natural* de la obligación pasa, por causa de muerte, a los últimos. Una solución contraria *repugna a la conciencia recta y a la moral media, ya que, no es concebible que el aparente esposo afligido por la salud de su también aparente esposa intente luego de fallecida, repetir contra los herederos de ella, lo que gastó para subvenir elementales normas de sentimiento, amor y comunidad de vida*”.

La mayoría de la Corte Suprema rechazó el recurso con base en el art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. Por el contrario, el voto disidente del Dr. Vázquez contiene razonamientos muy interesantes que evidencian cómo las pautas culturales personales de los jueces son poderosos instrumentos para impedir la solución correcta. De los argumentos que sintetizo me interesa especialmente el último:

(i) El conviviente no pagó una obligación propia sino de la persona enferma. Ante el fallecimiento, por efecto de la subrogación, quien pagó puede reclamar la devolución de lo pagado a quienes han recibido los bienes del causante; más aún, si se trata de una sucesión insolvente, quien pagó cuenta, además, con el privilegio que la ley confiere (antes, arts. 771 y 3880, inc. 2º, del Cód. Civil; hoy arts. 918 y 2580, que remite al 246, inc. 3º, LCQ).

(ii) El hecho de que ese pago también respondiese al cumplimiento de la obligación natural de asistir económicamente a su pareja en la delicada situación que

atravesaba, ninguna influencia proyecta tratándose del reclamo de repetición de lo pagado a *los herederos*.

(iii) El juicio de valor de la sentencia de grado (el reclamo intentado *repugna a la conciencia recta y a la moral media*) es inadmisible en el marco de un estado constitucional, toda vez que no es propio de las decisiones judiciales expedirse sobre el contenido ético de las demandas, sino sobre la admisibilidad de ellas conforme al derecho vigente. Lo contrario, importa reemplazar la opción ética personal realizada por el justiciable a la hora de decidir el contenido del reclamo que incoa, selección que se encuentra amparada por el ámbito de privacidad que garantiza el art. 19 de la CN (doctrina de CS, Fallos: 308:1160).

En mi opinión, el tribunal de grado utilizó la moral para negar la restitución del pago y, con esa negativa que parece respetuosa de la unión convivencial, en realidad, la privó de todo efecto jurídico.

(b) Por el contrario, en agosto de 2020, una sentencia reconoció claramente que hay vida familiar con efectos jurídicos aunque la pareja no haya celebrado matrimonio; ante el pedido de reunificación, impedida por el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 de “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” que determinó la obligación de todas las personas de permanecer en sus residencias habituales, el tribunal rechazó la excepción de falta de legitimación activa interpuesto por la demandada, en tanto “una unión convivencial entre los interesados implica que asiste al amparista un interés jurídico suficiente para instar la jurisdicción requiriendo que se autorice a su pareja ingresar al territorio nacional por razones de reunificación familiar” (10).

(c) La cuestión planteada tiene efectos, incluso, en materia procesal. En efecto, quienes niegan derecho a la vida familiar en la unión convivencial entienden que el conflicto generado al momento del cese debe ser resuelto por el juez civil, no por el juez de familia. Al inicio, esta posición fue asumida por jueces conservadores de distintas provincias argentinas, pero hoy prevalece ampliamente la opinión de quienes atribuyen la competencia al juez de familia, aun cuando la norma procesal local presente dudas (11).

(d) En definitiva, el Código Civil y Comercial subió al escenario de la juridicidad diferentes formas familiares; son, pues, aplicables las palabras del juez William Brennan, quien en su disidencia en la sentencia recaída en “Michael H. vs. Gerald”, de 1987, dijo: “No somos una sociedad asimiladora, homogénea, sino una facilitadora, pluralista, en la que debemos estar dispuestos a respetar a alguien desconocido o incluso una práctica repelente, porque el mismo impulso tolerante protege nuestra propia idiosincrasia”.

III. Breve presentación de la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial

El reconocimiento del derecho humano a la vida familiar construida dentro o fuera del matrimonio impuso la incorporación de la unión convivencial en el Código Civil y Comercial.

line: AR/JUR/34861/2020. Un caso similar fue resuelto por la CFed., “V., D. L. A. vs. Dirección Nacional de Migraciones s. Amparo Ley 16986”, Paraná, 21/07/2020 (ordenó tramitar el amparo que había sido rechazado *in limine*).

(11) En esta línea, ver, ST Córdoba, 10/05/2018, JA 2018-IV, fasc. 10 05/12/2018 p. 73; C2º Civ. y Com., Sala I, La Plata, Buenos Aires, “M. M. c. L. R. L. A. s/ materia a categorizar”, 03/12/2019, AR/JUR/57993/2019.

Por eso, el libro II (destinado a las relaciones familiares) la regula en el tít. III (inmediatamente después del matrimonio y de sus efectos patrimoniales, arts. 509/528), en cuatro capítulos cuyo contenido versa sobre: Constitución y prueba (arts. 509-512); Pactos de convivencia (arts. 513-517); Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia (arts. 518-522) y Cese de la convivencia. Efectos (arts. 523-528).

La mejor comprensión de la jurisprudencia que comento exige tener presente, entre otros artículos, los siguientes:

“Art. 510. Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años”.

“Art. 518. Relaciones patrimoniales. Las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella”.

IV. La dificultad de regular las uniones convivenciales

La escueta normativa no ha satisfecho a todos. Algunas voces críticas no advierten que, en la Argentina, regular las uniones convivenciales no es tarea fácil dada la gran variedad que presenta la realidad: grupos sociales vulnerables y no vulnerables, con mayor y menor formación cultural, etcétera.

Las normas mencionadas parten de las siguientes bases:

a) La carencia de todo efecto genera situaciones de notoria injusticia. Diez Picazo afirma: “Por lo general, las pretensiones que se formulan en las llamadas uniones de hecho al momento de la liquidación son *justas y atendibles*” (12).

b) Existe derecho a casarse y a no casarse; o sea, al lado de la libertad positiva (casarse) se ubica la libertad negativa (no casarse). “La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir, *contra su voluntad*, el estado civil de casado, ni las radicales consecuencias jurídicas que conlleva. En otras palabras, el ordenamiento no puede imponer a los particulares la celebración de un matrimonio, del mismo modo que no puede prohibirlo” (13).

c) Resulta contradictorio que los integrantes de una pareja exijan solidaridad al Estado (por ej., en el régimen de la seguridad social, al pretender cobertura por pensiones) y responsabilidad de las demás personas (por ej., al reclamar legitimación para ser sucesores en los vínculos contrac-

tuales locativos) pero, al mismo tiempo, pretendan vivir sin ningún tipo de obligaciones internas.

d) Dado que la pareja no casada tiene derecho a no casarse y, al mismo tiempo, obligaciones derivadas de la vida familiar constituida, el legislador:

(i) no puede aplicar a la unión convivencial todos y los mismos efectos del matrimonio, porque esa solución implica eliminar la opción, en tanto cualquiera sea, se producen los mismos efectos.

(ii) no puede privar de todo efecto jurídico a la unión.

Por lo tanto, y conforme a su propia realidad, el legislador debe decidir qué efectos jurídicos corresponde atribuir a esta unión. El argentino consideró que para respetar la autonomía (libertad de casarse o no) y también la solidaridad y responsabilidad familiar, independientemente de los pactos que los integrantes puedan celebrar, debía regular el deber de asistencia, la protección de la vivienda familiar y el régimen de las compensaciones económicas. La reforma implica, así, una solución transaccional para poder cubrir las distintas modalidades existentes en la sociedad argentina (14).

Las críticas formuladas a la *transacción legislativa*, denominada *espíritu de moderación* por los franceses, y *law of compromise* por los anglosajones, son conocidas; se afirma que dos semi-justicias no hacen una justicia. Sin embargo, como dice Carbonnier, soluciones semi-satisfactorias pueden hacer la vida común tolerable, y representar un paso importante en la evolución del derecho hacia soluciones más justas. Por lo demás, nadie puede negar el avance que supone pasar de un régimen que nada protege, a otro que abre el camino de la protección; puede ocurrir que el tiempo muestre que sea necesaria mayor amparo al previsto o, por el contrario, que se acredite que debe dar más juego a la autonomía. “Las legislaciones están expuestas a reveses porque pueden quedar más o menos inefectivas. Las reformas del derecho de familia han tenido a veces la humildad de integrar la previsión del fracaso con la espera del éxito” (15).

V. Un requisito relevante para la existencia de la unión convivencial y, consecuentemente, para la generación de los efectos legalmente previstos

Conforme al art. 509, el presupuesto para la aplicación de esta figura legal es que dos personas *convivan* y compartan un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo. Además, según el art. 510, inc. e) esa convivencia debe haber durado como mínimo dos años.

Algunos detractores del Código Civil y Comercial han sostenido que resulta contradictorio que se haya eliminado el deber de convivencia en el matrimonio y que, en cambio, esa convivencia se exija en la unión convivencial. Esa crítica no comprende la verdadera sustancia de la figura regulada; justamente, como el propio nombre lo indica, el presupuesto de su

(8) FRANK, Rainer, “Mariage et concubinage. Réflexions sur le couple et la famille”, en *Études offertes à Rubellin Devichi*, Litec, Paris, 2002, p. 3.

(9) CS, 17/09/1996, DJ 1997-2, 587, Cita Online: AR/JUR/543/1996; LA LEY, 1997-C, 434, con nota aprobatoria de URBANO SALERNO, Marcelo, “Unión de hecho: la obligación de pagar los gastos de enfermedad del concubino”, Cita Online: AR/DOC/15625/2001.

(10) JFed. Nº 2, Mar del Plata, 26/08/2020, Cita On-

(12) DIEZ PICAZO, Luis, Prólogo al libro de ROCA, Encarna, *Familia y cambio social. (De la “casa” a la persona)*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 19.

(13) GUTIÉRREZ DEL MORAL, María Jesús, “El derecho a no contraer matrimonio”, en AA.VV., *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 516.

(14) LAMM, Eleonora - MOLINA de JUAN, Mariel F., “Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-3, Uniones convivenciales, Rubinzal-Culzoni Edit., p. 299.

(15) CARBONNIER, Jean, “A cada uno su familia y a cada uno su derecho”, en *Ensayo sobre las leyes*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, trad. de Luis Diez Picazo, ps. 147-149.

existencia es la convivencia, que no se da en otras situaciones de pareja, como, por ej., el noviazgo si cada uno sigue viviendo en su casa.

Véase el siguiente caso, dudoso, por cierto, resuelto por un tribunal del interior de la provincia de Córdoba (16):

La peticionante es médica; el demandado es un abogado periodista. Ella reclama compensaciones económicas y distribución del 50% de los bienes; él se defiende afirmando que tuvo con la actora una relación de noviazgo, que nunca se concretó en una convivencia real, ni mucho menos, que haya durado dos años.

En el expediente se incorporó la siguiente prueba: (i) un certificado de convivencia del año anterior; (ii) testimonial que declara que un hijo de la actora, menor de edad tenía su centro de vida en la localidad de Carlos Paz; (iii) mails enviados entre las partes; en uno de ellos, la actora dice: "... recién llego de Jesús María... me vine así me pongo al día con la casa...".

El tribunal decidió que la prueba rendida era insuficiente para acreditar los dos años de convivencia en Jesús María (ciudad donde residía el demandado) y, por lo tanto, rechazó la demanda, porque: (A) Es poco probable que el niño quedara a cargo de una tercera persona en otra ciudad, dada su edad (entre 11 y 12 años); (B) las expresiones del mail deben entenderse como que alude a su casa en Carlos Paz, con lo cual no podría sostenerse que ese año residía en Jesús María con el demandado; (C) No hay otras pruebas; (D) Es propio de cualquier relación de pareja compartir salidas, esparcimiento y reuniones sociales con amigos y familiares de la otra parte; hasta incluso vacaciones en forma conjunta; pero no puede sostenerse que, por ello, se haya iniciado un proyecto de vida en común.

VI. Un punto de partida respecto a las consecuencias económicas al cese de la unión convivencial

El art. 518 del Cód. Civ. y Com. antes transcrito configura un punto de partida para decidir las cuestiones patrimoniales al cese de la unión convivencial. En primer lugar, se aplica el pacto (17); si no existe, o no tiene previsiones, la unión convivencial no da derecho a la mitad de los bienes adquiridos por el otro. En este sentido, jurisprudencia anterior y posterior a 2015 coincide en que "Resulta objetivamente inadmisibles una demanda que peticiona la liquidación por partes iguales de bienes adquiridos por cada uno de los convivientes durante la existencia de la unión convivencial *con sustento en la mera existencia y cese de esa unión convivencial*" (18). Las consecuencias económicas se canalizan, entonces, según las circunstancias del caso, por diversas vías, entre otras: disolución de una sociedad irregular; división de condominio sobre cosas; simulación; interposición de personas; atribución del uso de la vivienda; compensaciones económicas, enriquecimiento sin causa, etc. (19). Este trabajo, insisto, se refiere solo a la reacción jurisprudencial respecto a las dos últimas figuras mencionadas (compensaciones económicas y enriquecimiento sin causa).

VII. Las compensaciones económicas

VII.1. Aclaración inicial

No pretendo hacer un estudio exhaustivo de esta figura, incorporada en la legislación argentina en 2015 (20); mi propósito es mostrar cómo está siendo usada por la jurisprudencia para decidir cuestiones patrimoniales generadas entre personas que desarrollan su vida familiar bajo la forma de una unión convivencial.

No obstante, para la mejor comprensión de los casos que comento, cabe recordar el art. 524:

"Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.

"Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez".

VII.2. La compensación económica como instrumento para obtener derecho sobre la vivienda en la unión convivencial

Un abogado planteó una petición compensatoria en un proceso sucesorio contra los herederos denunciados (hijos de un matrimonio anterior del causante); la pretensión fue acogida por un tribunal del interior de la provincia de Corrientes después de sortear varias barreras gracias a una interpretación sistemática, como paso a relatar (21).

a) La situación fáctica era la siguiente: La actora invocó una convivencia de 25 años, con un hijo en común. Relató que antes de la convivencia trabajaba como modista y solventaba sola todos sus gastos, pero, cuando nació el hijo, renunció a esa actividad para dedicarse a los quehaceres del hogar y al cuidado de su hijo y su pareja. La unión convivencial cesó por fallecimiento del causante.

b) La conviviente solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 510, inc. d (impedimento de ligamen) del Cód. Civ. y Com., dado que el causante, aunque estuvo separado de hecho por más de 25 años de su cónyuge, no tenía a su favor sentencia de divorcio de la primera unión.

El juez hizo lugar a la inconstitucionalidad planteada con estos argumentos:

(i) No hay motivos para estigmatizar un acto que en sí mismo no es irreligioso, ni inmoral, ni opuesto a las buenas costumbres, ni antijurídico. La relación comprometida, continua, prolongada con neta vocación de permanencia no puede resultar indiferente a la comunidad.

(ii) Creer que nuevas figuras paralelas al matrimonio pueden llegar a afectar la institución configura una paranoia social auto defensiva de resistencia al cambio.

(iii) En el caso, sostener que la situación creada no encuadra en la figura regulada con sus respectivas consecuencias jurídicas desconoce la verdad real, es decir, la situación de hecho realmente producida.

(iv) Probada que esta unión tuvo al menos 18 años de permanencia, desconocerle derechos sería discriminatorio, en tanto castiga a las partes por el modelo de familia elegido; desproteger esa opción es contrario a la Constitución Nacional en tanto implica ignorar que durante esa convivencia la pareja construyó el hogar en que la familia vivió; tuvo un hijo, que a la fecha es mayor de edad, pero que desarrolló toda su infancia en el seno de un hogar donde los roles estaban divididos (mientras el padre aportaba con el trabajo diario la madre contribuía con las tareas domésticas y la crianza del niño).

(v) La actora no pretende derechos sucesorios (o sea, no pide se la declare heredera y recibir bienes de la masa), sino un crédito nacido de la unión convivencial (compensación).

(vi) A los efectos de fijar la compensación económica cabe considerar que, al inicio de la convivencia, la pareja vivía en un departamento sobre el que recaían deudas; al momento del fallecimiento, gracias al esfuerzo común, lo hacía en una casa libre de deudas y de hipotecas. Por lo tanto, la compensación económica debe consistir en un derecho de usufructo sobre esa vivienda, por el término de 17 años, duración que tuvo la unión conforme la prueba incorporada.

(c) Esta interesante decisión genera las siguientes reflexiones:

(i) El juez no necesitaba declarar la inconstitucionalidad del art. 510, inc. d (*no tener impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea*); bastaba una interpretación sistémica y finalista (art. 2º) (22). Explicaré por qué:

— muy frecuentemente, a partir que los cónyuges interrumpen su convivencia, aun sin haberse divorciado, forman una unión de hecho con una tercera persona. No se trata de dos uniones simultáneas; solo una se muestra en la realidad porque la primera, aunque formalmente no se ha disuelto, no tiene respaldo fáctico. En el caso, el causante estuvo separado de hecho de su esposa, como mínimo, 17 años durante los cuales convivió con la peticionante sin vínculos de ningún tipo con la cónyuge quien, por otra parte, nada reclamó en el juicio sucesorio.

(ii) El juez fijó la compensación mediante un derecho real de usufructo sobre la vivienda. Esta determinación está expresamente autorizada por el art. 524 que dispone "Puede pagarse... con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez".

(iii) Esta inteligente determinación benefició a la conviviente y a los herederos.

— A la peticionante, porque tiene un derecho real sobre la vivienda (con todas las implicancias que la casa tiene para la

dignidad de la vida) por un tiempo muy superior al previsto en el art. 527 (dos años); además, a diferencia de los supuestos en los que la compensación se fija en una suma de dinero, no corre el riesgo de la insolvencia del deudor.

— A los herederos, pues si bien se ven privados del uso de la vivienda por un tiempo prolongado, no tienen que afrontar pagos de sumas de dinero.

(iv) Independientemente de algunos argumentos que pueden o no ser compartidos, el juez ha mostrado una gran comprensión del nuevo sistema jurídico y una enorme sensibilidad ante la problemática planteada. Advierto que se trata de un juez del interior de una provincia que no es juez de familia, sino el juez civil encargado del juicio sucesorio.

VII.3. La compensación económica como remedio para paliar los efectos de la violencia familiar en la unión convivencial

a) Una señora relató al juez los siguientes hechos: Mantuvo con el demandado una unión afectiva, singular, pública, notoria, estable y permanente de más de seis años compartiendo un proyecto de vida común. Con anterioridad, vivía con sus dos hijos menores de edad y trabajaba como empleada en casas particulares realizando tareas de limpieza. Cuando conoció al demandado, abandonó su trabajo para dedicarse por completo al cuidado de la vivienda rural a donde se trasladó con sus hijos; allí, por expreso pedido del demandado, se dedicó a la cría de cerdos, gallinas y conejos para vender y para consumo. Esa actividad significó un importante aporte económico para los gastos del núcleo familiar y el alimento diario para todos sus integrantes. El demandado es propietario de tres autos *remises*, dos trabajados por choferes. Después de un par de años, se produjo una grave situación de violencia; decidieron mudarse a zona urbana, pensando que la relación mejoraría, pero los hechos de violencia siguieron hasta que se produjo la ruptura. Ese hecho "la dejó en soledad, al cuidado de sus dos hijos, sin trabajo, fuera del mercado laboral durante más de seis años, incapacidad manifiesta de producir bienes u obtener ingresos, con 50 años, y habiendo perdido experiencia. Carece de beneficios previsionales, dado que durante la convivencia y rol desempeñado en la pareja no se le efectuaron aportes jubilatorios; el demandado sigue desarrollando su actividad económica y arrendando el campo".

b) El tribunal hizo lugar a la demanda (23). Para llegar a esta solución tuvo en consideración:

(i) El demandado no contestó la demanda y no compareció a la audiencia en la que se rindió prueba confesional.

(ii) Los hechos relatados por la actora han sido acreditados por prueba testimonial y por la documental en la que constan las denuncias por violencia.

(iii) La equidad debe impedir que la ruptura deje desamparado al conviviente que invirtió su tiempo en tareas que no le produjeron ningún rédito económico.

(16) JCiv., Com. y Flia., 1ª Nom., Sec. 1, Alta Gracia, Córdoba, 16/04/2018, Protocolo de Sentencias, resolución 38, año 2018, t. 1, Folio: 146-154.

(17) Compulsar MOLINA de JUAN, Mariel F., "Forma de los pactos convivenciales y consentimiento informado", Cita: RC D 1405/2019; de la misma autora, "Pactos convivenciales y muerte: el fantasma de las legítimas", Rev. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Buenos Aires, Ed. Erreius, vol. 10, 2019, p. 711; MEDINA, Graciela, "Pactos en previsión de la ruptura y compen-

sación económica", DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017, p. 3, Cita Online: AR/DOC/2999/2017.

(18) CCiv., Com. y Lab., Curuzú Cuatiá, Corrientes, "M. S. B. c. G. M. R. s/ división de bienes de la unión convivencial", 19/06/2019, AR/JUR/23563/2019; CCiv., Com., Lab. y de Min., Neuquén, sala I, "B. M. c. A. V. J. L. s/ disolución de sociedad", 27/07/2017, AR/JUR/51693/2017 y en Derecho de Familia y de las Personas, 1, año X, febrero 2018, p. 65, con nota de IZARRUALDE, Horacio, "División de bienes entre convivientes ante la inexistencia de pactos".

(19) Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz, Tributario y Familia de San Rafael, Mendoza, "L., S. vs. T., R. O. s/ División de condominio", 05/07/2016.

(20) La bibliografía sobre el tema es muy extensa. Véase, por todos, MOLINA de JUAN, Mariel, "Compensación económica. Teoría y práctica", Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 2018.

(21) JCiv. y Com. N° 1, Oberá, Misiones, 00/08/2017 (inédito).

(22) Para otras sentencias que no exigen cumplimiento simultáneo de todos los requisitos, CCiv. y Com., Junín, 07/11/2017, Cita Online: AR/JUR/77859/2017, RCCyC 2018 (febrero), 02/02/2018, p. 189. LA LEY, 2018-A, 312, con nota de SAMBRIZZI, Eduardo A., "Uniones convivenciales: la necesidad del cumplimiento simultáneo de los requisitos del Código Civil y Comercial", Cita Online: AR/DOC/237/2018.

(23) TColeg. Familia N° 5 de Rosario 05/04/2019, Cita Online: AR/JUR/8483/2019.

En la causa se advierte, como mínimo, la pérdida de chance de tener más ingresos frustrada por la circunstancia de unirse al demandado.

(iv) La conducta del accionado encuadra en el estereotipo del art. 5º, inc. c) de ley 26.485 (Violencia Económica) esto es, la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna. La violencia de género pone el eje en las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Esto implica reconocer que no se da como un fenómeno aislado, sino que responde al sostenimiento de patrones socioculturales arraigados que promueven y asignan en forma estereotipada y dicotómica características, roles, funciones, aptitudes diferentes para hombres y mujeres, colocando a estas últimas en una situación de subordinación e inferioridad.

(v) Para determinar el monto, el juez dio prioridad a la pauta prevista en el art. 442, inc. d) (capacitación laboral y posibilidad de acceder al empleo del cónyuge que solicita la compensación económica) y fijó una suma final que calculó sobre la base de las remuneraciones del servicio doméstico, otorgando al demandado la posibilidad de pagarlo en tres cuotas.

c) La sentencia merece las siguientes reflexiones:

(i) El modo de cálculo no termina de convencer. Es cierto que el razonamiento judicial comienza calificando el crédito de “chance”, pero como bien se ha señalado, la noción de “desequilibrio” va más allá de aquello que se ha dejado de percibir; la conviviente no es una simple “dependiente laboral” y, por eso, la pretensión deducida no es equivalente al lucro cesante (24).

(ii) En cambio, resulta adecuada la invocación de la violencia económica, desde que de los hechos relatados y no negados por el demandado surge que, no obstante que la actora colaboró en una actividad rentable mientras vivieron en zona rural, se vio privada de toda posibilidad de disposición de dinero, a punto tal que, al cese de la unión convivencial, quedó desprovista de bienes y de la posibilidad de adquirirlos.

VIII.4. Una reflexión de cierre sobre las prestaciones compensatorias

La incorporación de las prestaciones compensatorias al régimen jurídico argentino ha sido vista como un elemento de apoyo a la mujer a quien, normalmente, los estereotipos sociales hunden en una situación de inferioridad. La pregunta es si ese instrumento es válido para el cambio social.

El interrogante me recuerda un diálogo entre dos de las feministas más influyentes del siglo XX, Simone de Beauvoir y Betty Friedan, durante un encuentro entre ambas. Cuando la psicóloga norteamericana le comentó que había organizado un programa para establecer un salario mínimo para la mujer de forma tal que pudiese computar económicamente para las pensiones, Simone de Beauvoir replicó: no se trata de eso; esa solución condena a la

mujer a la casa y santifica la segregación. De lo que se trata es de destruir el sistema, de aniquilar el mito de la maternidad en la que se educa a las mujeres. “Ninguna mujer debe tener esa opción. A ninguna mujer se le debe permitir quedarse en casa a cuidar de sus hijos. La sociedad debe ser totalmente distinta. Las mujeres no deben tener esa opción, precisamente porque si la tienen, demasiadas mujeres la escogerán. Es una manera de forzar a las mujeres en una dirección determinada” (25).

Quien adhiera al pensamiento de la filósofa francesa puede pensar que las compensaciones económicas facilitan la opción de la mujer por conservar los roles domésticos. Por mi parte, pienso que toda persona, mujer u hombre, tiene autonomía para decidir su proyecto de vida. Obviamente, el ideal es que el desequilibrio económico no se produzca, porque hombre y mujeres han aprendido a distribuir roles, ganancias y pérdidas, pero mientras ello no ocurra, el sistema legal debe brindar instrumentos para compensar los desequilibrios.

VIII. El enriquecimiento sin causa como instrumento para luchar contra los desequilibrios patrimoniales en la unión convivencial (26)

VIII.1. Breve presentación de la regulación del enriquecimiento sin causa en el Código Civil y Comercial

El Código Civil redactado por Vélez Sarsfield contenía artículos que se fundaban en el enriquecimiento sin causa (por ej., pago de las mejoras en el régimen de restitución de las cosas a su dueño, indemnización de daños causados involuntariamente), pero no regulaba esta figura jurídica en forma sistemática.

El legislador del nuevo milenio decidió incorporar un sistema básico, de solo dos artículos, que se transcriben.

“Art. 1794.— Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido.

“Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda”.

“Art. 1795.— Improcedencia de la acción. La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido”.

VIII.2. Pagos hechos por uno de los convivientes para adquirir bienes que son transmitidos a los herederos del conviviente fallecido

El enriquecimiento sin causa, al igual que las compensaciones económicas, ha sido usado contra los herederos del conviviente en casos en los que la unión convivencial ha cesado por muerte de uno de sus integrantes.

(a) Ante un tribunal de Mendoza, una mujer invocó haber convivido con un hombre que estaba casado pero separado de hecho. Relató haber pagado 39 cuotas de un automotor, que el hombre prometió

comprarla en condominio, pero finalmente registró solo a su nombre. El vehículo fue comprado para ser afectado a una actividad (transporte de elementos sanitarios) que ella desarrollaba. Demandó por enriquecimiento sin causa a los herederos declarados (dos hijos y la cónyuge). El Juez de primera instancia rechazó la demanda fundado en que los recibos estaban expedidos a nombre del hombre y no había prueba fehaciente de que los pagos hubiesen sido hechos por la mujer.

(b) Apelada la sentencia, la Cámara (27) la revocó parcialmente e hizo lugar a la demanda, con estos fundamentos:

(i) La actora no ha invocado una sociedad de hecho, ni un supuesto de simulación o interposición de personas. Por lo tanto, no existe otra acción, por lo que la demanda no afecta el carácter subsidiario de la *actio in rem verso*.

(ii) La unión convivencial y la separación de hecho han sido probadas con: el reconocimiento de la cónyuge ante el sistema de seguridad social, por lo que la pensión fue otorgada a la conviviente; las declaraciones de las hermanas del causante; el certificado de defunción, que indica como último domicilio del causante el lugar donde residía con su compañera.

(iii) El impedimento de ligamen, nudo de la controversia entre las partes a los efectos de poder establecer si existió o no una unión convivencial, es ajeno al tema que aquí debe decidirse. Interpretar que mientras perdure una unión matrimonial no es posible sostener la existencia de una convivencia de hecho en los términos del art. 509 del Cód. Civ. y Com., resulta contrario a cualquier tipo de interpretación a favor de la protección de las nuevas formas familiares que, en los hechos, se integran por personas que no están legalmente divorciadas. No puede negarse, como dato evidente de la realidad, que desde que los cónyuges interrumpen su convivencia, aun cuando lo sea de hecho, sin haberse divorciado, forman posteriormente una unión de hecho.

(iv) Las pruebas rendidas, analizadas conforme a las reglas de la sana crítica y desde una perspectiva de género (convenciones internacionales incorporadas a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22), permiten tener por acreditada la existencia de aportes mancomunados a través de presunciones serias, precisas y concordantes, como son: el hombre cobraba una jubilación por discapacidad cuyo monto no alcanzaba para pagar la cuota; como mujer y sujeto vulnerable dentro de esa unión de hecho, se le debe otorgar una protección especial al momento de dilucidar aspectos que tienen que ver con el reconocimiento de aportes económicos, en la mayoría de los casos, muy difíciles de acreditar dentro de una sociedad con eminente sentido patriarcal, en la que el varón es quien toma las decisiones sin dar mayores explicaciones, ni posibilidades de confrontación a su pareja, lo que permite entender, sin necesidad de mayores pruebas o explicaciones, por qué el vehículo en cuestión fue registrado solamente a nombre del causante.

(d) La sentencia concluye con las conocidas frases de Morello “El Derecho no

puede debilitarse en continua lucha con la realidad de los hechos” y “Los jueces no son fugitivos de la realidad”.

(e) Me parece interesante señalar estos aspectos:

(i) A diferencia de otra sentencia antes reseñada, el tribunal mendocino no declara la inconstitucionalidad del art. 510, inc. d) (impedimento de ligamen). Afirma que la cuestión es ajena al proceso (quizás porque no fue planteada específicamente) e invoca un argumento de la realidad: muchas parejas estables, donde se realizan proyectos comunes, se conforman sin que el vínculo anterior se haya disuelto por sentencia de divorcio.

(ii) Analiza coherentemente (28), desde una perspectiva de género, la prueba relativa a los pagos realizados y a la inscripción del automotor a nombre exclusivo del causante.

(iii) No se dejó atrapar por el carácter subsidiario de la acción aferrándose, adecuadamente, a los términos de la demanda.

VIII.3. El enriquecimiento sin causa como instrumento a favor de una mujer en especial situación de vulnerabilidad, que no ha probado el desequilibrio requerido por las compensaciones económicas

(a) La perspectiva de género adquiere relevancia cuando se trata de persona en especial situación de vulnerabilidad. Véase el siguiente caso (29):

Una mujer interpuso una demanda en la que solicitó una compensación económica, la atribución del uso de la vivienda y la reparación de daños extrapatrimoniales. Manifestó que convivió con el demandado durante nueve años; que juntos adquirieron un lote que se escrituró solo a nombre del hombre porque ella es de nacionalidad dominicana y no contaba con documento de identidad argentino; que la construcción en ese lote fue el producto del esfuerzo de los dos.

Por separado, ante un tribunal civil, el señor había iniciado una acción de desalojo, que prosperó.

(b) El juez de familia hizo lugar parcialmente a la demanda en una sentencia de algo más de cincuenta páginas, siguiendo esta línea argumental:

(i) La pretensión deducida es una compensación económica, pero, en verdad, hay marcado hincapié en el reclamo de resarcimiento con base en el enriquecimiento sin causa.

(ii) Si bien es deseable un mayor rigor técnico en la redacción de las demandas —menguado en el presente, así como la faena probatoria— la acción no se califica por la denominación que le da el accionante sino por los hechos en que la pretensión se sustenta.

(iii) El juez que decidió el desalojo relativizó la contribución que la mujer pudo haber hecho con la construcción de la casa porque, “si bien ella siempre trabajó, esos ingresos eran para mantener a su hija, por lo que difícilmente, haya podido contribuir con su propio peculio para la compra del

(24) Ver PELLEGRINI, María Victoria, “Una vez más, sobre cuantificación de la compensación económica”, LA LEY, 2019-C-325, Cita Online: AR/DOC/1622/2019; de la misma autora, “Dos preguntas inquietantes en la compensación económica”, RCCyC 2017 (marzo), 03/03/2017, p. 28, Cita Online: AR/DOC/356/2017.

(25) Relatado por DE LORA, Pablo, “Lo sexual es polí-

tico y jurídico”, Ed. Alianza, Madrid, 2019, p. 15.

(26) El enriquecimiento sin causa también ha sido usado en España, a esos mismos fines. Ver FARIÑA, Rebeca, “Algunas consideraciones sobre la aplicación del enriquecimiento sin causa para resolver controversias patrimoniales entre convivientes”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nro. extra 8, 2, 2018, ISSN 2386-4567,

ps. 275-288.

(27) C4a Civ. y Com., Mendoza, “A., A de las M. c. Sucesión de R., R. A. S/ ordinario”, 06/12/2019.

(28) Digo “coherentemente”, porque algunas sentencias presentan ciertas contradicciones. Es lo que ocurre, en mi criterio, con la dictada por Cámara de Apelaciones de Esquel, 11/08/2020, LA LEY 13/10/2020 p. 5, Cita

Online: AR/JUR/32308/2020, que declara la inconstitucionalidad del plazo de caducidad en cuanto empieza a correr con el cese de la unión, haciendo un erróneo paralelismo con el matrimonio, y no especificando a partir de cuándo comienza a computarse en la unión convivencial.

(29) J1a Inst. Distr. Familia, Villa Constitución, “P. S. Y. c/ V. R. s/ compensación económica”, 19/11/2020.

terreno y para los materiales de construcción del inmueble”.

Esa afirmación, razonable para el proceso en que fue formulada (desalojo), en este juicio, dada la especialidad del fuero, debe ser “mirada con otros ojos”, debiéndose tener en consideración que:

— La hija era una persona menor de edad. Según el art. 520, Cód. Civ. y Com., los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos; además, el Código Civil y Comercial incorporó la figura del progenitor afín (arts. 672 a 676) que, conforme al art. 676, tiene obligación alimentaria (subsidiaria), mientras dure la convivencia, con fundamento en los principios de solidaridad familiar y del interés superior del NNA. Si los ingresos por el trabajo de la señora alcanzaban para mantener a su hija, en correlativa proporción, el señor se vio liberado de sufragar tales gastos y pudo destinar el dinero para invertir en la construcción de la vivienda o la adquisición de vehículos.

— El art. 660 otorga valor económico a los denominados “quehaceres del hogar”; no se trata de una mera declaración, sino que ese valor debe ser reconocido de manera efectiva y palpable.

— Ella es una mujer migrante, pobre, y en algún momento indocumentada, a quien le son aplicables las 100 Reglas de Brasilia. El CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) al participar en el procedimiento que llevó adelante la Opinión Consultiva 18/2003 (OC 18-03) manifestó: “En el continente americano los trabajadores migrantes en situación irregular han sido objeto de numerosas prácticas discriminatorias y abusivas que se observan en su ingreso traumático al Estado receptor, en la discriminación y en los ataques xenófobos que sufren en su vida cotidiana, en los malos tratos que reciben en su trabajo, y en el modo en que son expulsados del Estado receptor”. “La situación de las mujeres migrantes merece una mención especial pues son víctimas de una doble discriminación, primero por ser mujeres y luego por ser migrantes”. Doctrina especializada señala que “en la última década el fenómeno de la movilidad humana experimentó muchos cambios. Por un lado, los flujos migratorios crecieron y se hicieron más dinámicos. Por otro, la migración de ha feminizado a tal punto que en algunos países más del 50% de quienes migran son mujeres”.

(iv) La unión convivencial no genera los mismos efectos que el matrimonio; por eso, el Código Civil y Comercial no regula un régimen legal supletorio en materia de bienes para las uniones convivenciales, sino que, a falta de pacto, la propiedad de los bienes se conserva dentro del patrimonio del conviviente al cual ingresaron. Justamente, por esa razón, la norma deja a salvo la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa u otros.

(v) La prueba rendida en este expediente muestra indubitablemente que la mujer participó personal y activamente en la dura tarea de la construcción. El enriquecimiento sin causa evita el despojo de los aportes de uno de los miembros, que beneficiarían sin causa al otro (o a sus herederos), por-

que sin el funcionamiento de la figura habría una transmisión desde el patrimonio de uno de los integrantes de la unión hacia el del otro integrante, sin ninguna contraprestación lícita que se constituya como causa del negocio jurídico, resultado que no puede merecer amparo ni en la ley ni en la justicia. La demanda, en consecuencia, prospera para evitar ese enriquecimiento (se liquida en el 25% del valor del inmueble).

(vi) El daño extrapatrimonial causado por la violencia económica ejercida por el demandado sobre la actora también debe ser reconocido.

(vii) Se rechaza la pretensión de atribución de la vivienda, por lo que la sentencia de desalojo dictada en la causa paralela debe ser cumplida.

(c) Esta sentencia emanada de un juez de provincia de primera instancia presenta varios puntos de especial interés:

(i) En una materia en la que el abogado puede perderse entre las diversas vías posibles, el juez reivindica el poder de calificación: mientras no se modifiquen los hechos [y consecuentemente no se viole el derecho de defensa (30)] el juez es quien califica la acción (31).

(ii) El activismo judicial permite recurrir a la figura del enriquecimiento sin causa cuando se advierte que no se dan los requisitos de la compensación económica.

(iii) Rescata el valor económico de las tareas domésticas regulado en el art. 660 no con carácter declarativo sino con importantes efectos prácticos (32).

(iv) Más allá del carácter subsidiario, valoriza razonablemente la figura del enriquecimiento sin causa con un argumento simple: si la unión convivencial no presume un régimen de comunidad, pero la realidad muestra que la realización de un proyecto de vida en común implica desplazamientos patrimoniales, entonces, el enriquecimiento sin causa, mencionado en la misma norma, debe ser el instrumento que evite el despojo de las personas en situación de vulnerabilidad.

VIII.4. El enriquecimiento sin causa involucrado, subsidiariamente, para el supuesto que no se acredite la existencia de una sociedad irregular entre convivientes

(a) La jurisprudencia mayoritaria, anterior y posterior a la vigencia del Código Civil y Comercial, afirma que la unión convivencial no presume la existencia de una sociedad irregular entre sus integrantes; consecuentemente, la carga de la prueba recae sobre quien la invoca. A ese fin, algunas sentencias exigen una “cabal acreditación de la existencia de aportes tendientes a la formación de un capital social, con participación en los beneficios y soporte de las pérdidas; con menor flexibilidad, se sostiene, incluso, que la parte que invoque haber participado de manera directa (aportando los fondos para la adquisición de bienes) o indirecta (aportando fondos o esfuerzos que hayan contribuido al pago de otros gastos que posibiliten la obtención concreta de bienes), tiene la carga ineludible de

acreditar su participación económica durante la convivencia *para la formación de un sujeto distinto de derecho*”.

Por eso, no es infrecuente, que la parte planteé la acción de enriquecimiento sin causa, en subsidio, para el supuesto que la sociedad irregular no pueda ser acreditada.

Un caso tramitado en la provincia del Neuquén muestra esta situación. Así, el juez de primera instancia hizo lugar a la acción de disolución de una sociedad de hecho; la Cámara (33), en cambio, entendió que la sociedad no se había acreditado, pero que era procedente la acción de enriquecimiento sin causa. Argumentó de la siguiente manera:

(i) Las partes constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada para la explotación de una veterinaria, pero esto sucedió con posterioridad a la compra de dos lotes, a la constitución de una hipoteca sobre ellos, y a la posterior construcción de la vivienda en uno de ellos, por lo que “no guarda relación a los fines de determinar que, producto de esa sociedad, las partes con fondos comunes adquirieron los terrenos y con posterioridad construyeron —crédito hipotecario por medio— la casa que la actora pretende dividir en partes iguales”. La prueba de las labores materiales desarrolladas por la actora en la veterinaria y con anterioridad en otro empleo “resulta insuficiente para acreditar que, efectivamente, se han traducido en aportes para la formación de una sociedad”.

(ii) En cambio, la acción de enriquecimiento sin causa interpuesta en subsidio es procedente por las siguientes razones:

— “La acción tiene una finalidad eminentemente correctora, para equilibrar los patrimonios frente a una sinérgica relación de empobrecimiento de una persona, contrastada con el enriquecimiento de la otra”.

— En el caso, está probado que, durante una vida en común de más de diez años, los contendientes formaron un proyecto familiar y distribuyeron roles, en forma consiente o por mandato cultural. “El modelo de familia de base patriarcal que surge del relato de ambas partes (la actora llevaba adelante el hogar y la crianza del hijo en común, y el demandado valoró tales trabajos), constituye un modelo familiar que favorece la acumulación de riqueza del hombre a expensas de la mujer”. En concreto, el trabajo activo de la actora en la veterinaria y sus actividades hogareñas, redundaron en un provecho para el demandado, desde que, aunque no constituyen un aporte societario, no pueden dejar de ser observados como una ventaja patrimonial, consistente en la apropiación de la energía del trabajo de la actora”. En otros términos, la actividad de la accionante, “es y debe ser apreciada en término pecuniarios y evidencia una carga que el demandado no soportó, lo que razonablemente impactó positivamente en el desarrollo de su actividad profesional y comercial”.

(iii) “La energía que la demandante puso a favor del demandado y que representó para este una ventaja” justiprecia-

da en conjunto (actividades en la veterinaria y en el hogar) equivale a una tercera parte de los ingresos necesarios para adquirir los terrenos y posteriormente edificar”.

(c) Creo oportuno señalar algunos puntos de la sentencia reseñada:

(i) La revocatoria de la sentencia de primera instancia que había reconocido la existencia de la sociedad irregular tiene por base una interpretación carente de flexibilidad desde que, aunque los bienes cuya liquidación se pretende se compraron con anterioridad a la sociedad regularmente constituida, señalan una actividad común generadora de recursos.

(ii) La aceptación de la acción de enriquecimiento sin causa se funda, casi exclusivamente, en una visión de género. No encuentro razones para no aplicar esa misma visión a la acción de disolución de una sociedad irregular delimitando los bienes que se estima se adquirieron durante la vida en común.

(iii) La liquidación sobre la base de un porcentaje de los ingresos necesarios para la adquisición de los inmuebles no responde a una motivación suficientemente convincente.

d) Un caso con algunas similitudes se planteó ante la justicia de la provincia de Córdoba. Con mayor flexibilidad, el tribunal de apelaciones concluyó:

“La demanda debe admitirse, sea porque se encuadre como sociedad de hecho, juzgando con un criterio amplio la existencia de aportes, conforme lo expresado, sea porque *iura novit curia* se aplique la figura del enriquecimiento sin causa” (34).

VIII.5. Una visión flexible sobre la sociedad irregular que desplaza a la acción de enriquecimiento sin causa

(a) Al contrario de lo sucedido en el caso anterior, un tribunal provincial revocó la decisión que había hecho lugar a la acción de enriquecimiento sin causa, por entender que es subsidiaria y, en cambio, hizo lugar a la disolución de la sociedad irregular (35) en la cual adjudicó a la actora el 25% de todos los bienes adquiridos durante 28 años de unión convivencial, por las siguientes razones.

(i) La demanda invocó la existencia de una sociedad de hecho.

(ii) La prueba debe ser analizada con visión de género y, desde esa perspectiva, se considera probado que ambas partes realizaron aportes. En efecto:

— Los estereotipos socioculturales fuertemente arraigados deben ser dejados de lado; solo entonces, se visualiza adecuadamente la efectiva contribución que la actora tuvo en la conformación de la empresa familiar (arts. 2º, 5º, 11, 16 y concs. de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” —CEDAW—, ratificada por ley 23.179; art. 75, inc. 22, CN; arts. 1º, 3º, incs. c y j, 4º, 5º, inc. 4º y ccs. de la “Ley 26.485 de Pro-

(30) Esta es la razón que invocó el tribunal de Alzada para rechazar la apelación deducida por quien en primera instancia había solicitado la restitución del total de los inmuebles que estaban inscriptos a nombre de su pareja, con el argumento de que habían sido adquiridos con fondos por él aportados y en la apelación solicitó el 50% argumentando la existencia de una sociedad irre-

gular (CNCiv., sala A, 21/11/2017, LA LEY, 2018-B, 92, Cita Online: AR/JUR/93720/2017).

(31) Conf. C8a Civ. y Com., Córdoba, 22/12/2019, “V., P. G. c. F., W. E. s/ ordinario - otros”, AR/JUR/58693/2019. Igual criterio sostuve, siendo jueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en una ya vieja sentencia de 15/12/1989, publicada en ED 144-114, con nota de BI-

DART CAMPOS, Germán, “La verdad real y la veracidad judicial (un caso interesante fallado por la Corte de Mendoza)”; también en LA LEY, 1991-C, 378; DJ 1992-I-256 y en RDF, 5-98.

(32) Una argumentación análoga usó la C8a Civ. y Com., Córdoba, “V., P. G. c. F., W. E. s/ ordinario - otros”, 22/12/2019, AR/JUR/58693/2019.

(33) CCiv. y Com., Neuquén, sala III, 15/07/2020.

(34) C8a Civ. y Com., Córdoba, “V., P. G. c. F., W. E. s/ ordinario - otros”, 22/12/2019, AR/JUR/58693/2019.

(35) CCiv. y Com. Dptal., Sala II, 17/03/2020.

tección Integral a las Mujeres”). Los precedentes de Corte provincial reconocen que “la mujer se encuentra dentro del grupo de personas que siguen enfrentando desigualdades económicas, a menudo arraigadas en patrones históricos en los que la distribución de roles dentro de la familia se realizaba en función del género, desigualdad que merece protección para alcanzar una igualdad *de iure* y de facto, a la cual la prestación alimentaria no puede permanecer ajena”.

— En el caso, no quedan dudas de la participación preponderante que le cupo al demandado en la génesis y conformación del giro comercial (su vínculo con el mundo del motociclismo arrancó desde muy temprana edad, desde una faceta puramente lúdica o recreativa a la que con el correr del tiempo le agregó una comercial, transformándose así en su principal medio de vida). La demandante recién se asoció cuando comenzaron la convivencia, varios años después.

— La intervención del demandado en el aludido giro comercial, si bien preponderante, no tuvo carácter de única, exclusiva y excluyente pues también la actora hizo su aporte a la empresa común mientras duró la convivencia. La contigüidad y comunicabilidad física interna entre ambos inmuebles, enmarcada en una relación sentimental de más de veinte años de la que nacieron dos hijos en común, constituyen hechos que, debidamente ponderados bajo criterios socioculturales contemporáneos, llevan a concluir que la presencia habitual de la actora en el local comercial realizando diversas tareas representaba su aporte de trabajo personal para con el taller/comercio de motos.

(b) La sentencia utiliza la visión de género para un análisis flexible de la sociedad irregular, y en un claro intento de fijar el porcentaje que corresponde a la actora, utiliza criterios objetivos, como son los años de convivencia, la cercanía entre inmuebles, que facilitaba la posibilidad de que la mujer prestase también asistencia en el negocio, etcétera.

VIII.6. La visión “ortodoxa” impide que la distribución de los bienes se cuele a través del enriquecimiento sin causa

Sin embargo, no todas las respuestas son tan protectoras de los derechos del conviviente, como lo muestra el siguiente caso.

(a) Una señora inició demanda contra los sucesores de quien en vida fuera su conviviente, con fundamento en el art. 1794 del Cód. Civ. y Com. Dijo haber convivido durante 46 años extenso tiempo en el que compartieron un proyecto de vida en común hasta el día de su fallecimiento; los hijos que Los hijos que ambos habían tenido de diferentes uniones y uno en común vivieron junto a ellos hasta que se casaron; que en todos esos años trabajó como mandataria del registro automotor y esa actividad colaboró para que la pareja adquiriese un inmueble y un local sitios en la CABA, un vehículo y tres lotes en la provincia de Córdoba. Argumentó que otorgar el 100% de esos bienes a los herederos produciría un enriquecimiento ilícito por cuanto los bienes en cuestión fueron producto de su trabajo. En definitiva, peticionó la restitución del 50% de esos bienes más el daño moral por haberse visto privada de la mitad de ellos.

La jueza de primera instancia rechazó la demanda, con estos argumentos: (i) las uniones convivenciales se rigen por la regla de la autonomía de la voluntad (art. 528, Cód. Civ. y Com.) y, ante la falta de pacto, supletoriamente, por las mismas reglas que el régimen de separación de bienes, es decir, que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron; (ii) La prueba incorporada es insuficiente para acreditar los presupuestos de la acción, en tanto no se ha acreditado ni el enriquecimiento patrimonial del causante, ni el correlativo empobrecimiento de la actora, la relación de causalidad entre una y otra situación y la falta de justificación del enriquecimiento, puesto que ambos desarrollaron una vida en común decidiendo en un marco de libertad y de autonomía el modo en que se adquirirían o distribuirían los bienes, tal como cabe inducir de los conocimientos de índole comercial de ambos convivientes.

(b) La actora apeló; denunció, además, que la sentencia de primera instancia había omitido tratar la acción de daños tam-

bién deducida. La Cámara confirmó la decisión, con estos argumentos:

(i) No se encuentra en tela de juicio el plan de vida familiar elegido por la actora y su compañero de vida; esa modalidad no es menos valiosa que otras que puedan adoptarse; sencillamente, cada una tiene consecuencias jurídicas distintas, tal como lo muestran las diferencias legalmente establecidas en el Código Civil y Comercial.

(ii) La constitucionalidad del régimen legal no ha sido objetada.

(iii) Pese a recurrir a la figura del enriquecimiento sin causa, en realidad, la actora pretende la aplicación del régimen de comunidad de bienes propio del matrimonio (art. 463, Cód. Civ. y Com.) aun cuando junto a su pareja eligieron libremente no encontrarse sometidos a esa regulación.

(iv) La omisión del tratamiento de la acción de daños, planteada en subsidio, no resulta relevante para modificar el resultado de la sentencia; es válido interpretar que la acción deducida encuentra sentido en un requerimiento sucedáneo de la imposibilidad de restitución en especie de lo habido indebidamente (art. 1794, segundo párrafo del Cód. Civ. y Com.). En consecuencia, el rechazo del enriquecimiento indebido, que lo tornaría aplicable, deja sin fundamento lo solicitado.

(v) La prueba incorporada acredita que la mujer no está privada de todos los bienes desde que tres lotes de la provincia de Córdoba están en condominio y ella titulariza el 50%.

(c) La sentencia comentada contiene argumentos objetivos en defensa de la autonomía, ejercida plenamente en la situación planteada. En efecto, hace mención a la formación de ambos convivientes en el ámbito negocial y a la existencia de algunos bienes en condominio, lo que implica que cuando quisieron reconocer cotitularidades, lo hicieron.

IX. Breves conclusiones provisionales

El análisis de la jurisprudencia reseñada permite extraer las siguientes conclusiones provisionales:

a) Cada vez más, los jueces incorporan la visión de género para resolver cuestiones patrimoniales emergentes del cese de las uniones convivenciales. La perspectiva de género exige examinar la prueba, aplicar la normativa y tomar la decisión de modo de asegurar la igualdad, la no discriminación y el acceso a la justicia. Para eso, hay que analizar el contexto de los hechos y los derechos reclamados, ubicar a las partes procesales desde una categoría sospechosa e identificar las relaciones de poder, roles, estereotipos, mitos y prejuicios que puedan surgir.

La metodología utilizada no siempre es clara en el análisis de todos estos aspectos, pero, en general, los jueces describen las circunstancias fácticas que justifican la aplicación de esta visión, a punto tal que cuando la rechazan indican por qué, en ese supuesto, la plena autonomía está justificada.

b) Las reglas jurídicas no deben ser bastardeadas. El excesivo rigor ritual procesal tampoco es admisible. El equilibrio solo puede ser alcanzado con buena formación jurídica de abogados y jueces de modo tal que, sin violar el derecho de defensa, las pretensiones de las partes, tan diversas como las realidades sociales, puedan ser calificadas para llegar a soluciones equitativas.

Cita on line: AR/DOC/209/2021

MÁS INFORMACIÓN

[Mainardi, Yael; Urtubey, Lola](#), “Desafíos para la justicia en materia de compensación económica: un recurso jurídico con perspectiva de género”, Publicado en: RDF 94, 126, AR/DOC/853/2020

[Ríos, Juan Pablo; Nicolino, Marcela](#), “La compensación económica en las uniones convivenciales”, RDF 93, 88, AR/DOC/269/2020

LIBRO RECOMENDADO

[Manual de Derecho de las Familias](#)

Autora: Herrera, Marisa

Edición: 2da. Actualizada y ampliada, 2019

Editorial: Abeledo Perrot, Buenos Aires

Nota a fallo

Derechos de autor

Coautor de obra teatral. Demanda de daños por ausencia de reconocimiento como tal. Guionista. Valoración de la prueba testimonial, documental y electrónica.

- 1.- El recurso interpuesto contra la admisión parcial de la demanda incoada por el coautor —no reconocido— de una obra teatral debe ser desestimado, pues el quejoso ataca los dichos de los testigos, pero nada dice acerca de los elementos probatorios sobre cuya base el colega de grado reputó al actor como guionista de la obra, esto es, las bases y condiciones del concurso de selección, los correos electrónicos de corrección, y una nota dirigida al INCAA.
- 2.- El agravio sobre la cuantía fijada para la retribución del trabajo realizado por el actor debe ser desestimado, pues su afirmación de que el porcentaje informado —de entre el 5% y el 7% del presupuesto del proyecto— no debe ser asig-

nado enteramente a los guionistas, sino que se debería dividirse a prorrata entre estos últimos y los autores de la obra, a quienes debería atribuirse el porcentaje más elevado, resulta una mera opinión, que no ha sido objeto de acreditación probatoria.

- 3.- Si el perito en informática indicó en su dictamen —que no fue impugnado por las partes— que, a fin de verificar la autenticidad del correo electrónico, debía peritar la casilla de correo de la demandada, y esta última no la puso a disposición del experto, pese a haber sido intimada a ello bajo apercibimiento de deducir, a partir de su falta de colaboración, una presunción en su contra; es claro que —en los términos del art. 163, séptimo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com.—, la falta de colaboración de la demandada debe redundar en su contra, por lo que habré de juzgar válido el correo en cuestión.
- 4.- Aun cuando el recurrente alega que resultaría acreditado el daño moral a tra-

vés de dos publicaciones realizadas en el sitio de internet, en las que se omite mencionarlo como coautor de una obra, la prueba que invoca en esta instancia no puede ser admitida, debido a que esos videos no fueron ofrecidos oportunamente en la demanda, sino que en ese momento fueron mencionados en la sentencia por el juzgador y esto violó las reglas procesales, que exigen que sean ofrecidos por las partes en la etapa de postulación; o bien que se ordene una medida para mejor proveer, que requiere sustanciación.

- 5.- En cuanto al supuesto impedimento para cobrar por derecho de autor, atento a que aún no se ha comercializado la obra, se resalta que la decisión desestimatoria del colega de grado sobre este aspecto se encuentra firme y no se vincula a la retribución por la locación de obra, de cuya cuantía se agravia el recurrente.
- 6.- El recurso contra la sentencia que desestimó el pedido de inconstitucionalidad

del art. 4 de la ley 25.561, respecto de la prohibición de indexar deudas, porque el planteo fue formulado en forma genérica y sin fundamentos, debe ser desestimado, pues en su expresión de agravios el quejoso menciona argumentos que no fueron enunciados en su escrito de demanda y considerarlos importaría violar el principio de congruencia.

CNCiv., sala A, 30/10/2020. - [Amato, José Reinaldo c. Dreamakers Producciones SRL s/ daños y perjuicios.](#)

[Cita on line: AR/JUR/56929/2020]

COSTAS

A la demandada vencida.

Excesos en la prueba electrónica: su producción al momento de sentenciar

Incorporación y valoración probatoria de videos subidos a la plataforma YouTube



Gastón E. Bielli

Abogado (UNLZ). Presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI). Director de la Comisión de Informática Jurídica e Inteligencia Artificial de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA). Miembro del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE). Secretario de la Comisión de Informática del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (ColProBA). Presidente de la Comisión de Derecho Informático del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora (CALZ). Director de la Diplomatura en Derecho Procesal Informático (UNLZ). Docente universitario de grado y posgrado (UBA - UNLZ). Maestrando en Derecho Procesal (UNR).



Carlos J. Ordoñez

Abogado (UNMDP). Vicepresidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI). Miembro Académico del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE). Secretario del Tribunal del Trabajo N° 4 de Mar del Plata. Autor de numerosas publicaciones sobre Derecho Procesal Informático y Prueba Electrónica, autor y coautor de libros sobre tales temáticas. Docente de grado (UADE) y posgrado (UNLZ - UCALP), expositor en jornadas académicas en la materia. Doctorando en derecho (UNMDP).

SUMARIO: I. Introito.— II. Los hechos.— III. El fallo de primera instancia.— IV. El fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.— V. Sobre la incorporación probatoria de videos subidos a la plataforma YouTube.— VI. Sobre la interpelación vía correo electrónico suscitada y las consecuencias de la falta de colaboración probatoria de la parte contraria.— VII. Prueba electrónica de oficio: la mirada del tecnoactivismo probatorio.— VIII. Prueba electrónica de oficio: la mirada del tecnogarantismo probatorio.— IX. Crítica a la actividad probatoria oficiosa del órgano jurisdiccional al momento del dictado de la sentencia.— X. Conclusiones.

I. Introito

La prueba electrónica es presente y futuro de la litigación moderna, y cada vez son más los precedentes judiciales que se ven obligados a adentrarse a su abordaje, pues existe una clara e irrefrenable tendencia a que los hechos que preceden a una contienda queden registrados en estos formatos masivamente utilizados.

Toda actividad que realizamos, decimos o publicamos en entornos digitales deja un rastro digital, cuya debida exploración y recolección puede adquirir una relevancia determinante en el marco de un proceso judicial.

Eso sí, lejos está de ser una tarea fácil o al menos similar a la que estábamos acostumbrados con las fuentes probatorias tradicionales, por lo contrario, se trata de una ardua tarea que exige comprender conceptos técnicos propios de otras profesiones y, además, conlleva saber cómo trasladar adecuadamente los mismos al escenario normativo vigente (sustancial y procedimental).

Estos ribetes especiales de la probática electrónica colocan a los letrados litigantes y al órgano judicial en una posición muy particular, obligándolos a asumir la cautela del caso, so pena de caer en graves incongruencias, o inconsistencias jurídicas, con plena incidencia en el resultado de la causa o en los derechos de los justiciables.

Particularmente, desde la óptica del juzgador, venimos sosteniendo que el arrollador e incesante avance tecnológico existente en la comunidad moderna está colocando a la función judicial contra la espada y la pared, en un callejón oscuro y sin salida, donde la única opción posible es autoabastecerse de nuevas herramientas conceptuales (1).

Se trata de una empresa para nada sencilla, pues convergen escenarios novedosos, cuestiones eminentemente técnicas y previsiones procesales ideadas a la luz de otras tecnologías, hoy obsoletas.

Amén de estas dificultades adicionales, la prueba electrónica en nada difiere de los postulados que sustentan a la teoría general de la prueba, aunque, por razones obvias, deben ser adaptados a las aristas especiales

que caracterizan a estas modernas fuentes y, además, armonizados al orden jurídico vigente, donde hemos registrado importantes avances en este último tiempo.

Esta compleja tarea, en algunos casos, no está exenta de evidenciar ciertos desbarajustes, sobre todo cuando existe una desmedida voracidad de develar —a toda costa— la información que almacenan estos registros telemáticos, inclusive por encima de derechos y garantías de rango constitucional.

A lo largo del presente, veremos un ejemplo de las encerronas que puede generar el propio órgano judicial producto de la inadecuada producción oficiosa de fuentes probatorias de origen electrónico.

II. Los hechos

El fallo en comentario se trata de una sentencia dictada por el la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de fecha 30 de octubre de 2020, en el marco de los autos caratulados “Amato, José R. c. Dreamakers Producciones SRL s/ daños y perjuicios”, expte. 21.231/2016.

El actor —autor *freelance* de libros y libretos para contenidos audiovisuales y guiones de novelas, series, miniseries y películas, entre otros— inicio demanda contra la empresa Dreamakers Producciones SRL, a raíz de un incumplimiento contractual —locación de obra— motivado en la adaptación de diversas producciones de teatro, con el fin de convertirlas en ficciones, para luego ser presentadas en diversos concursos realizados por el INCAA.

Para cada certamen el actor debía escribir los capítulos y las sinopsis —labor que oportunamente manifestó haber cumplido en un 95%—.

Como contraprestación por la labor a cumplirse, se pactó entre las partes —en forma verbal— un porcentaje del premio que se obtuviera, en caso de que la adaptación se consolidase ganadora.

Conforme surge de los antecedentes del fallo de primera instancia, la producción denominada “Si me volviera a enamorar” fue presentada por la demandada (cesión de derechos mediante) en el concurso invoca-

do y se hizo acreedora de un premio, otorgándose un monto para su materialización de pesos tres millones seiscientos cuarenta mil (\$3.640.000).

Sin perjuicio de lo mencionado, el actor manifestó, en su escrito de inicio, no haber percibido retribución alguna por las tareas realizadas.

Es así que reclama el cobro de los honorarios prepagados desde la fecha de la interpelación, más intereses, daño moral generado por el incumplimiento, como así también, el respeto de sus derechos sobre la paternidad de la obra al tiempo de la promoción o rodaje de la miniserie.

Por su lado, la parte demandada estableció, en su conteste, que no existió contrato de locación de obra alguno, que fue otro autor el que generó las adaptaciones y, a su vez, que “la expectativa de retribución de los autores está exclusivamente ligada a la comercialización que el titular de los derechos hiciere de la obra, circunstancia que no se concretó hasta el momento”.

En consecuencia, solicitó el rechazo de la acción incoada más costas.

Aclarado el marco conflictual suscitado, pasaremos a analizar los fundamentos vertidos tanto en el fallo de primera instancia como en el de la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil.

III. El fallo de primera instancia

El juez hizo lugar parcialmente a la demanda de la parte actora, condenando a la empresa Dreamakers Producciones SRL.

Para el magistrado, no existió controversia acerca de que las partes celebraron un contrato verbal de locación de obra para la presentación de un material “Si me volviera a enamorar” al concurso “Series de ficción para productoras con antecedentes”, generado bajo la órbita del INCAA, siendo el material acreedor del eventual premio. Es decir, el objeto del contrato de obra con el actor fue convertirla a un formato específico a fin de ser introducida en el mencionado concurso.

Uno de los fundamentos para arriba a dicha conclusión fue lo dictaminado por el pe-

rito informático al analizar el intercambio de correos electrónicos que se suscitó entre las partes, desde donde se concluyó que la comunicación se producía asiduamente entre los involucrados en el pleito, en pos de avanzar con la concreción del proyecto.

Como bien establece el magistrado en su pronunciamiento: “Entre los que involucran a la obra Si me volviera a enamorar, cabe distinguirlos entre los que se enviaron en forma anterior a la presentación del concurso y los enviados en forma posterior. El primer grupo (correos N° 11, 15, 30) da cuenta del trabajo en coautoría en la adaptación de la obra para el concurso (correos N° 11, 15, 30). En cambio, el segundo está integrado por los correos N° 15, 34, 36, 37 y 38, que contienen comentarios, correcciones y sugerencias a los primeros tres guiones escritos por el actor”.

Se menciona que existieron otros correos cuya autenticidad no pudo ser cabalmente determinada por el especialista, conforme solo se constataron las correspondientes remisiones generadas a través de la casilla del actor, pero no así la recepción de las misivas. Es que el perito informático manifestó, a través de su dictamen, que solo se puso a su disposición la casilla de correo del actor (cuestión que analizaremos más adelante).

Y a tenor de lo esbozado, se colige que existieron elementos valorativos que llevaron al magistrado de primera instancia a razonar, pese a la falta de documentación de la relación jurídica, la oportuna existencia de un vínculo contractual entre las partes en lo que hace a la adecuación de una producción teatral.

Sobre el incumplimiento en el pago de los honorarios del actor por las labores producidas, el juez fue determinante al sostener que la expectativa de retribución “estaba vinculada a la comercialización que pudiese hacer el INCAA de la obra, situación no materializada hasta al momento del dictado de la sentencia” (2). Consecuentemente, no pudo hacerse lugar al reclamo de los derechos patrimoniales de autor en atención a la circunstancia esbozada.

Ahora bien, la cuestión particular del fallo gira en atención al daño moral reclamado por el actor. Es que la mencionada parte es-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., “El Juez y la prueba electrónica”, LA LEY, 2019-F, 1065; RCyS 2020-II, 171, Cita Online: AR/DOC/3942/2019.

(2) Conforme estableció el magistrado textualmente: “La resolución 1844/2014 se dejó asentado que os

titulares de los proyectos ganadores debían ceder los derechos al Estado Nacional, quien gozaría de los derechos patrimoniales o de explotación que de los mismos se derivan (fs. 209), sin perjuicio de la autorización a los presentantes de la comercialización internacional durante veinticuatro meses, contados a partir del séptimo

mes de la exhibición del último capítulo por la Televisión Digital Abierta de la República Argentina (art. 22.1). En tal plazo, en caso de venta al exterior, el autor del argumento, el director, el compositor y los coautores tienen derecho a percibir, como mínimo, el veinte por ciento (20%), del monto total (art. 27.5), además, del derecho

a percibir los derechos económicos de autor establecidos en el art. 27.6 (fs. 217 y 231). Ello sin perjuicio del reconocimiento de paternidad y de integridad de la obra del/los Autor/es a partir del cual se deberá consignar en todo momento el nombre del/los mismos, acorde a lo establecido en los arts. 51 y 52 de la ley 11.723 (fs. 230)”.

grimió en el texto de la demanda que: "... en oportunidad de grabar, publicar y promocionar la miniserie se omitió mencionarlo como coautor de la obra, circunstancia que comprobó en los distintos reportajes que fueron subidos a redes sociales y a YouTube".

Como detalló el juzgador, para la configuración del daño era requisito inexcusable que se haya producido alguna difusión —con fines promocionales— del material, en alguna plataforma cuya visualización no se encontrare restringida o limitada al público en general.

Y a fin de verificar la ocurrencia del hecho acaecido en el mundo virtual (material subido a la plataforma YouTube), se vislumbra, del texto del fallo de primera instancia, que la parte actora solo se remitió a acompañar capturas de pantalla del contenido solicitando, a su vez, que se remita prueba informativa a Google con el objeto de que se explique sobre la autenticidad de la fuente probatoria.

La entidad oficiada solo se limitó a contestar la imposibilidad de concreción de lo solicitado, entre otros motivos, dado que "el contenido de ese sitio es altamente dinámico".

Atento el naufragio del material probatorio producido en pos de procurar certeza sobre el acontecimiento de los hechos, el juez de primera instancia no tuvo mejor idea que generar su propio convencimiento produciendo prueba electrónica de oficio —al momento del dictado de la sentencia— de la siguiente manera (la transcripción es exacta al texto del fallo de primera instancia): "informo que ingresé al sitio web *www.youtube.com* y efectué una búsqueda con la frase Si me volviera a enamorar que arrojó dos resultados relacionados con la serie televisiva. El primero de ellos, en orden de aparición, es un tráiler de 4 minutos 17 segundos de duración que introduce a los personajes y sus distintas historias. Al comienzo del video se indica que está basada en una 'obra teatral de Edgardo Azzarita' —extremo no dubitado en autos—, mientras que al final se deja aclarado que la producción general está a cargo de Edgardo Azzarita y el concepto y dirección general, de Franco Verdoia. El usuario emisor del video es Dreamarkers Producciones SRL, fue subido a la red el 13 de marzo de 2017 y, al momento de su consulta, tenía 1105 vistas (<https://www.youtube.com/watch?v=YzAaT7wZB6Q>). No hay más créditos".

Continuó al sostener que: "El otro video *Si me volviera a enamorar - Rodaje (Alfombra Roja)* aparece en cuarto lugar en los resultados del sitio y durante poco más de veintidós minutos muestra entrevistas a actores y otros miembros del equipo de producción, dirección, además de material del *backstage* o detrás de cámara. Fue publicado el 28 de junio de 2015 por Alfombra Roja Producciones y visto por 752 usuarios (<https://www.youtube.com/watch?v=GiGouuIR-kE>). En los créditos se menciona como coautores a Azzarita y Villanustre y a Hermida como guionista".

Finalmente: "Esta última filmación es, precisamente, la individualizada por el accionante en la informativa ofrecida fs. 68 acápite 3, cuya impresión de pantalla acompañó a fs. 38/39. Lo curioso es que el actor centró su reclamo en un video no emitido

por la demandada y que no resulta promocional, es decir, no es un tráiler, sino que es una nota realizada por una productora distinta. Esta circunstancia resulta óbice para la procedencia del rubro, toda vez que no ha sido Dreamarkers Producciones SRL la que publicó el video por el cual se pretende un resarcimiento".

Así las cosas, también se sucedió una cuestión de interpelación mediante correo electrónico, que fue motivo de pericia informática y debemos destacar.

La parte actora requirió, mediante la mencionada vía, que se le abone lo acordado de palabra siendo que —y con base en dicha circunstancia— en el texto de la demanda se solicitó que se compute el plazo para el cálculo de los intereses desde el momento en que se produjo la interpelación electrónica.

Sobre el particular, el perito informático indicó en su dictamen, que revestía necesidad la constatación del arribo del correo electrónico a la casilla de la parte demandada, a fin de determinar su autenticidad; evento que únicamente podría comprobarse mediante el peritaje de la casilla de correo de esa parte. Pues bien, como ya se mencionó *supra*, nunca se puso a disposición del experto la posibilidad de acceder a la misma.

Dadas las circunstancias aquí enunciadas, se condenó en primera instancia a Dreamarkers Producciones SRL a abonar al actor la suma de \$45.000 en concepto de pacto de retribución, más intereses y, bajo fundamento de la prueba oficiosa, producida al momento del dictado de la sentencia, el juez resolvió que la parte demandada cumpla con la Ley de Derechos de Autor (paternidad de la obra), incorporando al accionante como coautor del material subido a la plataforma aludida "como en cada una de las copias, reproducciones, videos y reproducción de la serie en cualquier tipo de formato". Asimismo, se rechazaron los demás rubros peticionados.

IV. El fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Atento al resolutorio analizado, se alzan ambas partes.

Cuestiona la parte demandada la valoración probatoria efectuada por el *a quo*, como así también, lo relativo al monto fijado, en la sentencia de primera instancia, como retribución del actor.

Cuestiona la parte actora que el anterior sentenciante desestimó la procedencia de la reparación del daño moral reclamado

Los magistrados del tribunal, en primer lugar, efectuaron un análisis del contenido de los recursos, a través del cual se estableció que los argumentos incoados solo llegaron a revestir el carácter de meras discrepancias con la postura que el magistrado de primera instancia tomó en su resolutorio, cuestión que no reúne los recaudos que establece el art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com.

En segundo lugar, esgrimieron que el decisorio se fundó correctamente en la prueba pericial informática producida, específicamente en lo que hace al intercambio de correos electrónicos entre las partes y los testigos.

Ya entrando en los agravios de la parte actora, los magistrados de la Cámara sostuvieron que, efectivamente, quedó demostrado la celebración de un contrato de locación de obra —de manera verbal— entre las partes en litigio. Siendo que, asimismo, quedó demostrada la ocurrencia de un incumplimiento contractual en lo referido al pago de los honorarios pactados en favor del actor, por las tareas realizadas.

Así las cosas, se confirmó el monto establecido en la sentencia de primera instancia rechazándose dicho punto de los agravios vertidos. A su vez, se desestimó el reclamo patrimonial sobre los derechos de autor, conforme no se encontraba comercializada la obra.

Pues bien, volviendo al punto más interesante del caso aquí en tratamiento, el demandante, en su expresión de agravios, cuestionó la desestimación efectuada sobre la reparación del daño moral, en la sentencia de primera instancia, conforme argumento que se omitió realizar mención alguna a su persona en los videos que fueron publicados a través de la plataforma YouTube.

Sobre el particular, los magistrados de la Cámara señalaron, a nuestro modo de ver correctamente, que: "... la prueba que invoca [la parte actora (3)] en esta instancia no puede ser admitida a fin de acreditar el daño invocado, debido a que dichos videos no fueron ofrecidos oportunamente en la demanda, sino que recién fueron mencionados en la sentencia por el juzgador. Es claro que, en este aspecto, la sentencia incorporó elementos de prueba en violación a las reglas procesales, que exigen que ellos sean ofrecidos por las partes en la etapa de postulación, o bien que, si el magistrado lo considera oportuno, ordene una medida para mejor proveer, cuyo resultado requiere forzadamente de sustanciación (arts. 36 inc. 4º, 333, 360, 484 y concs., Código Procesal). Lo que no puede hacer el juez, en cambio, es introducir en la sentencia pruebas que no fueron sometidas previamente al contralor de las partes, pues eso implica una clara violación del derecho de defensa de los litigantes". Prosiguieron sosteniendo que: "... Así las cosas, la supuesta prueba constituida por esos videos no puede ser considerada por este tribunal. Por consiguiente, ante la respuesta de Google Argentina SRL a fs. 174, quien indicó que le era imposible informar si la impresión de pantalla se correspondía con el contenido de un video alojado en YouTube, y la ausencia de toda otra prueba válida, concluyo que el actor no acreditó el daño cuyo resarcimiento pretende (art. 377, Código Procesal) (4).

Por último, en lo relativo a la interpelación vía correo electrónico, y siendo que el dictamen pericial informático no fue debidamente impugnado por la parte demandada, para los magistrados de la Cámara la falta de colaboración constituida mediante el impedimento infundado de acceso a la casilla de correo electrónico fue configurativo de una presunción en contra de dicha parte, motivado lo cual se tomó por válido el correo remitido oportunamente por la actora.

Finalmente, la Cámara resolvió admitir parcialmente el recurso del actor en cuanto a la fecha de comienzo del cálculo de los intereses (se tomó la fecha de intimación que exhiben los correos electrónicos), rechazando el agravio de la demandada, y confirmar

la sentencia de primera instancia en todo lo demás que decide y fuera objeto de apelación y agravios.

V. Sobre la incorporación probatoria de videos subidos a la plataforma YouTube

La plataforma YouTube es un sitio web estadounidense que ofrece una amplia variedad contenidos audiovisuales generados por usuarios de la plataforma. El material disponible incluye videoclips, programas de televisión, videos musicales, cortometrajes, documentales, grabaciones de audio, avances de películas, transmisiones en vivo y otros elementos como *blogs* de videos, y videos educativos (5).

En el concepto general, se le llama "video" al medio electrónico para la grabación, copia, reproducción, transmisión y visualización de contenidos visuales en movimiento.

Los sistemas de video varían en resolución de pantalla, relación de aspecto, frecuencia de actualización, capacidades de color y otras cualidades. Las variantes analógicas y digitales existen y se pueden transportar en una variedad de medios, incluyendo transmisión de radio, cinta magnética, discos ópticos, archivos de computadora y transmisión en red (6).

Ahora bien, el video digital es una representación electrónica de capturas en movimiento en forma de datos digitales codificados, siendo que comprende una serie de imágenes digitales que se muestran en rápida sucesión. Se puede almacenar en medios digitales como discos *Blu-Ray*, en el almacenamiento de datos de la computadora o transmitirse por Internet a los usuarios finales que visualizan el contenido en la pantalla de una computadora de escritorio o en un televisor digital inteligente (7).

Haciendo un estudio pormenorizado acerca de la naturaleza jurídica de esta clase de ficheros, los clasificamos como documentos electrónicos, con la capacidad de contener en sí mismos, imágenes, audios o ambos a la vez.

Y, como es sabido, dentro del proceso civil existe la práctica de aportar pruebas videográficas para demostrar de una forma visual al juez los hechos que se demandan, o aquellos otros que se oponen por el demandado.

Ahora bien, en el texto del fallo se hizo alusión a que se intentó demostrar la ocurrencia de los hechos acaecidos en el mundo virtual (es decir, un contenido subido a la plataforma YouTube) mediante la incorporación de meras capturas de pantalla.

Ya hemos sostenido en trabajos anteriores que las capturas de pantalla impresas no son prueba electrónica, sino una mera representación física materializada en soporte papel de un hecho acaecido en el mundo virtual. Y, con base en lo fundamentado, asentamos primariamente que una simple aportación de estas copias impone la efectiva omisión de importante información, de la cual el juzgador carecerá al momento de efectuar su valoración y consecuentemente proceder al dictado de la sentencia (8).

Esa copia no es el documento electrónico original generado a través de la plataforma, sino su simple reproducción (carente de metadatos), que por más que permite entrever

(3) El agregado es nuestro.

(4) A fin de fundamentar la postura esbozada, los magistrados citaron el precedente "González, Elisa M. c. Santoro, Carlos H. y otro/a s/ despido" de la SC Buenos Aires, donde se dispuso en el marco de una producción probatoria de oficio al momento del dictado de la sentencia que: "declaró: 'Tal circunstancia —sin más— alcanza para evidenciar el absurdo incurrido por el juzgador de

grado, en tanto la definición censurada se exhibe desprovista de sustento probatorio idóneo, apoyándose —en definitiva— en su exclusivo arbitrio (...). En otras palabras, el pronunciamiento del tribunal del trabajo carece de razones fácticas suficientes, llegando de tal modo a una conclusión contraria a las constancias objetivas que resultan de la causa, en tanto y en cuanto no responde a ellas, siendo lo decidido configurativo de absurdo, por

lo que el fallo debe ser descalificado". Cita incorporada en el fallo en tratamiento: SC Buenos Aires, 13/05/2015, "González, Elisa M. c. Santoro, Carlos H. y otro/a s/ despido", LLOnline AR/JUR/22012/2015.

(5) Google Inc. compró la plataforma en octubre de 2006. Ver más info en: <https://elandroidelibre.elpaol.com/2016/10/diez-anos-compra-youtube-google.html>.

(6) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., "La prueba electrónica. Teoría y práctica", Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 711.

(7) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., *ibidem*, p. 711.

(8) BIELLI, G. E., "Prueba electrónica: incorporación, admisión y valoración de capturas de pantalla en el proceso de familia". Comentario al fallo 'M. E. B. c. S. W. M. B. s/ plan de parentalidad (queja)', expte. 125731-2 de la

la ocurrencia de aquellos sucesos invocados, no causa, *per se*, la necesaria convicción, como para tener a estos por ocurridos. Tampoco se podrá establecer la integridad del documento (es decir, que el mismo no fue alterado por la parte o por terceros), o asegurar su necesaria preservación a los efectos de ser peritado con posterioridad.

Igual de desacertada resulta ser la prueba informativa ofrecida, conforme surge de los antecedentes del fallo aquí en tratamiento, con la finalidad de que un buscador (en el caso, Google) se expida sobre la autenticidad de la captura de pantalla incorporada. Dicha probanza, por razones más que obvias, no pudo ser evacuada por el requerido, quien se limitó a señalar la imposibilidad de efectuar el cotejo de ese documento con algún video alojado en YouTube, puesto que el contenido de ese sitio es altamente dinámico.

Aclarado lo anterior consideramos, en lo que refiere a la preconstitución de dicho material probatorio y su incorporación al proceso, que bien podría haberse extraído el fichero de la plataforma, mediante el uso de diversas aplicaciones disponibles a la fecha (9). Pero, aclaramos que mediante la metodología esbozada solo crearíamos certeza sobre la existencia del contenido, mas no así, sobre su publicación en la plataforma YouTube. Y a dichos fines, reflexionamos viable realizar una certificación notarial, solicitar como prueba anticipada un reconocimiento judicial, o bien emplear terceros de confianza (10).

Asimismo, aconsejamos establecer una estrategia procesal acorde mediante el empleo de otros medios de prueba que consagra la normativa ritual (p. ej., testigos, pericial informática sobre los documentos electrónicos incorporados y los originales existentes en la plataforma, prueba informativa correctamente conducida, entre otros).

Aquí se demuestra la importancia de comprender los aspectos técnicos que rodean a estas dinámicas fuentes probatorias y de conocer los medios probatorios idóneos para incorporar al proceso estos valiosísimos fragmentos de la realidad.

No debemos perder de vista que uno de los reclamos en el caso en comentario se sustentaba únicamente en las difusiones de la obra efectuadas en YouTube, vale decir, del éxito de la pesquisa probatoria electrónica dependía la procedencia del rubro. Ello no es un dato para nada menor y debe servir de alerta o disparador para todos aquellos que todavía no dimensionan la importancia de manejar acabadamente estos nuevos conceptos probatorios.

Además, este escenario es cada vez más habitual en la litigación actual, que está destinada a centrarse en probanzas informáticas. Ya no es ninguna novedad que el uso de soportes inmateriales es moneda corriente en la vida de las personas. Los registros físicos tradicionales se están convirtiendo en un recurso poco común, propio de otra época, y su aportación al proceso va a ir en franco descenso.

El peor error que podemos cometer es relativizar la importancia de la prueba electrónica, dando por sentado que podemos seguir probando bajo las mismas premisas que

aprendimos en nuestra formación profesional, como si nada hubiera cambiado (11).

VI. Sobre la interpelación vía correo electrónico suscitada y las consecuencias de la falta de colaboración probatoria de la parte contraria

Consideramos al correo electrónico como un método de intercambio de mensajes entre personas que utilizan dispositivos electrónicos y, como tal, permite el envío de documentos que bien pueden instrumentar actos y hechos jurídicos. No deja de ser un intercambio de correspondencia epistolar a través de Internet, modificándose solamente el medio a través del cual se efectúa el envío, la inmediatez o manera en cómo se efectúa ese intercambio, pero su naturaleza jurídica y concepto se mantienen idénticos (12).

Jurisprudencialmente se ha sostenido que es una realidad incontestable que el correo electrónico (*e-mail*) emergió como un nuevo medio de comunicación que permite transmitir datos, información y mensajes a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras, sistema que ha prácticamente reemplazado la antigua forma de correo postal (13).

Pues bien, en el fallo de marras, la parte actora requirió, mediante esta vía que se le abone los honorarios pactados siendo, y atento al incumplimiento del pago, se requirió oportunamente en la demanda que se compute el plazo para el cálculo de los intereses desde el momento en que se produjo la comunicación electrónica.

Y, al efecto, se produjo prueba pericial informática, siendo que, en el dictamen, el especialista estableció que pudo verificar la remisión de la comunicación a través del acceso otorgado por la actora a su casilla de correo electrónico, mas no así la recepción del contenido, conforme la demanda no concedió el correspondiente acceso.

El art. 388 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, establece expresamente que: "Si el documento se encontrare en poder de una [1] de las partes, se le intimará su presentación en el plazo que el juez determine. Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo constituirá una presunción en su contra".

El mentado precepto señala que cuando la prueba que se ofrece es denunciada como obrante en poder de la contraria, se le intimará a esta su presentación en el plazo que el juez señale, y en el caso de que no se proceda a cumplir con esta manda, podrá generarse una presunción en su contra, siempre que su ausencia se condiga con las otras probanzas existentes en la causa.

El que tiene en su poder la prueba de la verdad y se rehúsa a suministrarla a los jueces, dice Couture, "lo hace por su cuenta y riesgo. Como litigante, él es libre de entregar o no esas pruebas, como es libre de comparecer o no a defenderse en el juicio o a absolver posiciones. Solo sucede que, si no lo hace, la ley supone que carece de razón y puede pasarse por las manifestaciones del adversario. Si las afirmaciones del contrario son falsas, él puede concurrir con su decla-

ración o con sus documentos a desvirtuarlas; si no lo hace, lo menos que se puede suponer es que la verdad o los documentos no le favorecen (14).

Como bien establece Palacio, es en la oportunidad del fallo final cuando el juez debe apreciar el alcance de la negativa, pero para que esta constituya presunción en contra del requerido no bastan los elementos de juicio inicialmente aportados por el interesado en la exhibición, sino que se requiere la producción de otras pruebas corroborantes acerca de la existencia y el contenido del documento (15).

De la negativa infundada a presentar la prueba electrónica requerida, y del análisis de las demás probanzas elaboradas por la parte (v.gr., el acompañamiento de capturas de pantalla, actas de constatación notariales, videos, testigos, entre otros), se podrá generar una presunción más en contra del reticente, que en mayor o menor medida incidirá en el decisorio final del juez. Es lo que se denomina indicio endoprocesal. Aquel que se desprende de la estrategia adoptada por la conducta procesal de la parte dentro del proceso o con vistas al mismo.

Aclaramos que muchas de las situaciones con que nos podemos encontrar no serán tan claras como el ejemplo brindado *ut supra*. Existen zonas grises donde la obligación de acompañar documentos electrónicos puede entrar en conflicto con otros derechos involucrados, tales como la violación de un secreto profesional, o afecciones al honor o la imagen, entre otras, por lo que habrá que estarse a cada caso en particular, y a los demás elementos de juicio que surjan de la causa, no pudiendo emplearse la presunción de forma mecánica.

No podemos dejar de citar el art. 48 de la ley 15.507 —reforma del procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires—, que prevé que cuando se encontraren en poder del empleador los elementos informáticos y/o tecnológicos (v.gr., correos electrónicos, los mensajes de texto, los mensajes de voz, páginas *web*, videgrabaciones, etc.) y se solicitare su exhibición, constituirá presunción en su contra si nos los exhibiere o intencionalmente no los hubiere preservado, siempre que mediare juramento de la parte trabajadora o sus derechohabientes sobre el contenido de los mismos.

Pues bien, como se desprende del texto del fallo, los magistrados valoraron correctamente dicho impedimento como una manifiesta falta de colaboración, actuar que provoca una presunción en contra de la parte reticente, siendo que se tomó por válido el correo remitido oportunamente por la actora.

VII. Prueba electrónica de oficio: la mirada del tecnoactivismo probatorio

Para abarcar esta cuestión, en primer lugar, establecemos que el magistrado tecnoactivista sustenta su posición en el objeto-fin de la tarea probatoria, que no es más que procurar la llamada "verdad jurídica objetiva" a partir del proceso, obrando en razón de ello (16).

Bajo los postulados de esta propuesta se sostiene que la prueba constituye el canal

mediante el cual se obtiene la ilación entre la disertación procesal y los hechos veraces ocurridos en el ámbito real concreto. Dentro de este orden de ideas, con el fin de buscar la verdad jurídica objetiva, los juzgadores tendrán el deber de constatar, ampliar, confrontar, confirmar y disentir la prueba electrónica propuesta por las partes; u ordenar medidas para mejor proveer, entre otros actos procesales, cuando aún consideren que no se ha llegado a procurar la necesaria convicción sobre dicha verdad jurídica objetiva existente.

De allí que, aquellos doctrinarios sustentadores de esta corriente, lo hacen arguyendo sobre lo acertado que es para la figura del juzgador el hecho de gozar de amplias facultades conferidas por la norma de fondo y/o de forma a fin de procurar un eficaz encauzamiento del material probatorio traído al proceso y, más aún, cuando nos referimos a las fuentes probatorias electrónicas en particular, conforme la proximidad y facilidad de acceso existente en estos tiempos a herramientas informáticas que puedan ayudar y colaborar con la búsqueda de la verdad jurídica objetiva.

Quadri, en una magistral publicación digna de lectura, explica que tecnoactivismo judicial en el ámbito de la prueba estaría caracterizado como el activismo judicial que, además, de los medios probatorios clásicos, comienza a aprovechar aquellas posibilidades que le brindan al juez las TIC y así se vale, especialmente, del documento electrónico, en sus diversas variantes (17).

Asimismo, el prestigioso autor citado, lo califica como un activismo 2.0, pues la creciente disponibilidad de fuentes probatorias a las cuales puede acceder el magistrado tiene potencialidad suficiente como para considerar instalada su nueva versión (18).

A la vez, reflexiona que cuando se trata de prueba electrónica, es muchísima la información que circula en la red, y muchísima también la que puede obtenerse del análisis de diversos tipos de dispositivos, especialmente aparatos de telefonía celular, pero sin que ellos agoten el catálogo, porque pueden recabarse datos de los equipos más insospechados (IoT). Entonces, cuando se le abre al juez semejante gama de posibilidades, su deber de buscar (no necesariamente hallar) la verdad jurídica objetiva parece reconfigurarse (19).

Efectivamente, este razonamiento se fundamenta en la finalidad del proceso judicial, que no es otro que la obtención de la verdad jurídica objetiva. Y con el objeto de procurar esta clamada meta no debe restringirse dicha búsqueda por formalismos inútiles que van en detrimento de una adecuada administración de justicia. Por tanto, es menester que todo juzgador, y de manera consciente, pondere la obtención de la verdad, debiendo utilizar todas las herramientas tecnológicas que se encuentren a su alcance, siempre y cuando no vulneren el derecho de defensa en juicio (20).

Así se sostiene que aun cuando las partes disponen de autonomía para la promoción de las pruebas electrónicas tendientes a sustentar sus pretensiones, no puede dejarse a un lado que el director del proceso es el juez. Limitar la actividad probatoria exclu-

C2a Civ. y Com., La Plata, sala III, LA LEY, 2019-E, 194; AR/DOC/3148/2019.

(9) P. ej., <https://www.4kdownload.com/products/product-videodownloader>.

(10) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., "La prueba electrónica. Teoría y práctica", ob. cit., p. 75.

(11) Para mayor profundización sobre la correcta incorporación probatoria de videos subidos a la plataforma YouTube, véase: BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., "La prueba electrónica. Teoría y práctica", cit.

(12) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., "La prueba electrónica. Teoría y práctica", ob. cit., p. 456.

(13) CNCom., sala A, 29/04/2008, "Vázquez, Walter M. c. Pomeranec, Diego E.", AP 70047032.

(14) COUTURE, E. J., "Estudios de Derecho Procesal Civil", Ed. La Ley, 2010, t. II, p. 144.

(15) PALACIO, L. E., "Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4ª ed. actualizada por Camps C. E., t. II, p. 1627.

(16) Ha sido criterio de nuestro máximo tribunal que,

la prescindencia de la verdad no se corresponde con un adecuado servicio de administración de justicia; si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma, según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes —*secundum allegata et probata partium*— nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la augusta misión de dar a cada uno lo suyo. (CS, sentencia de fecha 17/10/2017, en autos "Figueroa, Juan Carlos y otros c. Municipalidad de La Banda y otro s/ recurso de amparo"). Véase también Fallos

198:95; 212: 280; 234: 769; 249: 203; 245: 311 y 290: 337.

(17) QUADRI, G. H., "Manifiesto del tecnoactivismo judicial (en el ámbito probatorio)", Temas de Derecho Procesal, Ed. Erreius, marzo 2020.

(18) QUADRI, G. H., "Manifiesto del tecnoactivismo judicial...", ya cit.

(19) QUADRI, G. H., "Manifiesto del tecnoactivismo judicial...", ya cit.

(20) BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J., "El juez y la prueba electrónica", ob. cit.

sivamente a la producida por las partes, implicaría limitar las facultades del juez para arribar a su convencimiento pleno sobre los hechos acaecidos en el caso particular y, en consecuencia, a la verdad material. Consecuentemente, la realidad se encontraría recortada, inicialmente, por las afirmaciones de las partes, no pudiendo el juzgador extenderse sobre aquellas en pos de la búsqueda de la verdad; la limitación intrínseca sobre la posibilidad de disponer de otras fuentes probatorias no ofrecidas por las partes; la supresión de pruebas concretas por omisión, error o dolo de los sujetos intervinientes; la generación de falencias en la valoración efectiva de la prueba, entre otras (21).

VIII. Prueba electrónica de oficio: la mirada del tecnogantismo probatorio

Ya hemos esbozado en trabajos anteriores como percibe el garantismo probatorio a la cuestión de la prueba electrónica de oficio (22).

Y el maestro Alvarado Velloso sostuvo oportunamente que el problema de determinar a quién le incumbe aportar al proceso la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra (itero que esos son los hechos controvertidos) es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos (23).

Pues bien, la tesis concibe al proceso como un método de debate, dialogal, argumentativo en el que dos desiguales por naturaleza, se igualan jurídicamente por la imparcialidad del juzgador. Las partes se encuentran en un mismo pie de igualdad, ante un tercero imparcial e independiente que es el juez, no pudiéndose este colocar en el rol de alguna de ellas con la intención de favorecer activamente, mediante la producción de prueba de oficio, alguna posición (24).

Entonces, se vislumbra que el garantismo procesal se rige bajo la premisa de resguardar el derecho de defensa de las partes en litigio. Son aquellas quienes tienen la exclusividad de ofrecer los elementos de convicción para probar sus pretensiones ante el juez, es decir, se suprime la facultad que tiene el juzgador de ordenar —de oficio— la práctica de diligencias que no fueran ofrecidas por las partes, con el fin de arribar a su convencimiento.

Y en materia de prueba electrónica, la doctrina es crítica al establecer que el rol del juez activo, que investiga (p. ej., al entrar a una base de datos o registro donde existan datos personales relevantes de alguna de las partes), ofrece pruebas (p. ej., solicita que se audite de oficio un sistema informático) con fundamento en un neoconstitucionalismo moderno que aumenta y otorga poder al funcionario público que más poder tiene en un Estado, o sea el Juez, es contraproducente (25).

A su vez, se ha dicho que juez activista que ordena a través de medidas para mejor proveer la producción de pruebas electrónicas que confirman alguno de los hechos vertidos por las partes, o que aportan hechos nuevos no alegados por ellas —y lo que es aún más grave, al momento del dictado de la sentencia, provocando un estado cuasi total de indefensión—, adulteran la pretensión que sustenta al proceso, en una clara viola-

ción al principio de congruencia, cual surge en resguardo de los derechos de defensa en juicio (26).

No se concibe, bajo la mirada aquí invocada, un juez parcial que tome posturas en favor de alguno de los involucrados. Y, peor aún, mediante la producción de prueba electrónica al momento del dictado de la sentencia. Si el juez activista interfiere en el desarrollo del proceso mediante sendas conductas, es porque ya no está interesado en su curso mismo, sino en su resultado.

El magistrado tecnogantista ponderara, como principio en materia probatoria, que el fin de la prueba es procurar el convencimiento o certeza sobre la realidad los hechos que las partes traen a sus estrados, pero únicamente mediante los medios y el material probatorio ofrecido por estas, auto-limitándose en la producción de actos procesales de oficio.

Y como bien se cita en el fallo en comentario, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ya ha descalificado sentencias en las cuales, para decidir, el órgano jurisdiccional se apoyó en información recabada —por el Tribunal— directamente de Internet, que no había sido ofrecida ni producida como prueba (ni siquiera dentro de las potestades oficiosas del órgano jurisdiccional). Señaló al respecto el Alto Tribunal bonaerense que una decisión dictada en esas condiciones carece de sustento probatorio idóneo, apoyándose en su exclusivo arbitrio (27).

IX. Crítica a la actividad probatoria oficiosa del órgano jurisdiccional al momento del dictado de la sentencia

Dejando de lado la discusión doctrinaria existente sobre la producción oficiosa de prueba, concebimos que toda evidencia de origen electrónico necesariamente debe ingresar al proceso por los carriles previstos por la legislación adjetiva, en cuyo entramado encontraremos las vías pertinentes para que los registros informáticos involucrados puedan ser explorados y confrontados por todos los sujetos intervinientes en la relación procesal, y eventualmente, sean de utilidad para el basamento del pronunciamiento definitivo.

Como se desprende del análisis aquí vertido, el magistrado de primera instancia no debió ingresar a recabar prueba a la plataforma YouTube al momento del dictado del resolutorio.

La integración de prueba electrónica en el procedimiento debe efectuarse respetando las solemnidades previstas en el orden procesal, resguardo en todas las ocasiones la plena vigencia del contradictorio, la bilateralidad, y fundamentalmente la plena operatividad del debido proceso adjetivo.

La garantía del debido proceso, consagrada en el texto constitucional y en tratados internacionales de igual jerarquía, comprende al conjunto de derechos fundamentales e irrenunciables tendientes a resguardar el ejercicio del derecho de defensa en instancias judiciales o administrativas, erigiéndose en una suerte de valladar contra cualquier tipo de atropello contra los mismos.

Esta regla sagrada, aplicable obviamente al ámbito probatorio, no solamente se en-

cuentra dirigida a las partes, sino también al propio órgano jurisdiccional que no puede desatenderse de las previsiones legales vigentes (procesales, sustanciales y constitucionales), ni actuar por encima de ellas, so pena de poner en grave riesgo estos pilares del proceso.

Lorenzetti tiene dicho que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado sino en leyes, ya que, nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsible (28).

En ese andarivel, la recolección oficiosa de material probatorio a puertas cerradas, es decir, en la privacidad del recinto judicial y sin la debida intervención o noticiamiento a las partes, vulnera flagrantemente estos postulados, sobre todo cuando se realiza intempestivamente al momento del dictado de la sentencia definitiva (como sucedió en el fallo en comentario).

El maestro Gozaíni explicita que el control de la actividad probatoria se agrega como un requisito en el debido proceso, y ha dado lugar desde hace mucho tiempo, a motivos propios para rechazar la validez de las sentencias que se fundamentan en pruebas autoadquiridas o logradas con intervención de solo una de las partes. Agregando que el principio exige que se haga efectiva la publicidad de la prueba y que ella se realice con suficiente información y control de las partes, extremo que también deben respetar las medidas para mejor proveer (29).

Entonces, la publicidad de la prueba se transforma en una garantía esencial para el pleno ejercicio del contradictorio y del derecho de defensa en juicio, permitiendo que las partes puedan supervisar la producción probatoria y/o en su caso, cuestionar o argumentar a favor, o en contra de su admisibilidad o procedencia.

Los poderes de investigación del juez no pueden ejercerse en las penumbras, fuera de la órbita de conocimiento de las partes y en contraposición a estas elementales premisas.

Los jueces deben ser muy cuidadosos y responsables en el uso de las facultades instructorias que les reconoce el orden procesal, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva no puede convertirse en un cheque en blanco para la judicatura, máxime cuando su uso abusivo o irrazonable puede derivar en claras infracciones al debido proceso adjetivo.

La enorme facilidad de acceso a la información que prima en el mundo moderno, donde todo se encuentra al alcance de un *click*, no autoriza a saltar sin mayores formalismos las previsiones legales que rodean la incorporación de prueba en el expediente.

Como ya se mencionó, la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones cita un pronunciamiento de la SCBA, en autos “González, Elisa M. c. Santoro, Carlos H. y otro/a. Despido”, sentencia del 13 de mayo de 2015, en donde se analiza un proceder semejante y se desaprueba la prueba oficiosa recolectada por el tribunal votante.

El referenciado tribunal fue contundente al expresar que: “... el sentenciante echó mano a un elemento de juicio ajeno al expediente —esto es, una prueba no ofrecida ni producida, ni siquiera ordenada en el marco de las atribuciones conferidas a los jueces del trabajo en el art. 12 de la ley 11.653— constituida por los supuestos ‘medios informáticos a disposición’ que —según se estableció en el fallo— permitió el acceso a una supuesta página *web* de la que el tribunal tomó datos e infirió conclusiones incorporadas al pronunciamiento, que gravitaron como factores esenciales de la decisión bajo censura... Tal circunstancia —sin más— alcanza para evidenciar el absurdo incurrido por el juzgador de grado, en tanto la definición censurada se exhibe desprovista de sustento probatorio idóneo, apoyándose —en definitiva— en su exclusivo arbitrio (conf. causa L. 49.062, ‘Dutkiewics’, sent. del 04/08/1992)...”

Unos años después, en los caratulados “Barbas, Juan Alberto c. Racing Club Asociación Civil. Diferencias salariales”, sentencia del 28 de noviembre del 2018 (L. 120.519), la Suprema Corte bonaerense volvió a expresarse sobre la temática, particularmente con relación a la recolección oficiosa —al tiempo del dictado de la sentencia definitiva— de información existente en la página *web* del club demandado, reflexionando sobre si tales elementos pueden ser valorados en la causa o, por el contrario, resultan violatorios de las reglas del debido proceso.

Otra vez, el Alto Tribunal no dejó lugar a dudas, remarcando que: “... el ejercicio de las facultades conferidas en el art. 12 de la ley 11.653 encuentra un límite infranqueable en el respeto a la igualdad de quienes se hallan involucrados en el proceso. Durante el litigio, las partes deben soportar diversas cargas y no es la menor la de aportar las pruebas que hacen a su derecho. La omisión en que alguna incurriera en su ofrecimiento (lo que podemos ver claramente en el caso) no puede ser suplido por la actividad del juez, porque incorporarla sin más al proceso impediría el apropiado control de su producción y, con ello, se afectaría el derecho de defensa constitucionalmente amparado. Los datos que surgen de la página *web* citada (que, además, no son fehacientes) no pueden ser usados para probar la antigüedad del actor...”

Los precedentes citados, como así también la sentencia bajo examen, ponen en evidencia las debilidades que detenta dicho actuar irregular, menoscabando derechos y garantías unguadas en nuestra Constitución.

X. Conclusiones

Queda en evidencia que la prueba electrónica es el presente y futuro de la litigación moderna, y que cada vez son más los precedentes judiciales que deben valorar estas poderosas y particulares fuentes.

También salta a la vista las complejidades que se generan en torno a su incorporación, ofrecimiento, producción y valoración, tanto en los litigantes como en el órgano judicial, ofreciendo un nuevo escenario probatorio que no siempre llega a ser del todo comprendido.

La especialidad que prima en la materia y las facilidades existentes para acceder o verificar los contenidos informáticos que

(21) QUADRI, G. H., “La prueba en el proceso civil y comercial”, Ed. Abeledo Perrot, cap. 12, p. 443.

(22) BIELLI, G. E. - ORDÓÑEZ, C. J., “El juez y la prueba electrónica”, ob.cit.

(23) ALVARADO VELLOSO, A., “Lecciones de derecho procesal civil”, Ed. Juris, Rosario, Santa Fe, 2009, p. 429.

(24) ALVARADO VELLOSO, A., “Lecciones de derecho procesal civil”, Ed. Juris, ya cit., p. 7.

(25) FORNETTI, O. E. - GATICA, G. J., “El activismo procesal tecnológico y el debido proceso legal —Una historia de ‘Black Mirror’ Judicial—”.

(26) FRASSI, M. E., “El technoactivismo judicial y la consecuente vulneración de principios —garantías constitucionales y procesales —Comentario al fallo ‘Feitas, Olga E. c. Empresa del Oeste SA y otros s/ daños y perjuicios de la Cámara Civil y Comercial de Morón’, AR/

JUR/8560/2019.

(27) SC Buenos Aires, 13/05/2015, “González, Elisa M. c. Santoro, Carlos H. y otros. Despido”, AR/JUR/22012/2015.

(28) Disidencia parcial del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti en autos “Daverede, Ana María c. Mediconex SA y otros y otro s/ despido”, 29/05/2007, CS, Fallos: 330:2445; “Fiorentino, Roxana M. L. c. Socialmed SA y otro s/

multas l.e. - solid. art. 30 LCT”, 29/05/2007, Fallos: 330:2452.

(29) GOZAÍNI, O. A., “El debido proceso. Derecho Procesal Constitucional”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, ps. 262-263.

muchas veces se encuentran disponibles en la *web*, al alcance de la mano, no debe abrumar a sus operadores al punto tal de perder de vista su esencia, o dejar de lado elementales derechos y garantías que invisten al procedimiento.

El rol determinante que asume el juez en el proceso, y más aún en materia de prueba electrónica, exige probidad y diligencia en el ejercicio de las atribuciones que le son conferidas. La búsqueda de la verdad jurídica objetiva, independientemente de la postura

jurídica en que nos posicionemos, en ningún caso legitima un accionar contrario al debido proceso.

El repudio legal que merece la recolección ilegítima o irregular de elementos probato-

rios, no se ve aminorado o mitigado por la investidura pública del generador de esa información, sino todo lo contrario.

Cita on line: AR/DOC/4016/2020

Texto completo de fallo de p. 6

2ª Instancia. - Buenos Aires, octubre 30 de 2020.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Picasso* dijo:

I. La sentencia de fs. 624/636 —aclarada a fs. 641— admitió parcialmente la demanda incoada por José Reinaldo Amato contra Dreamakers Producciones SRL, y en consecuencia condenó a esta última, por un lado, a abonar a aquel la suma de \$45.000, dentro del plazo de 10 días, con más intereses y, por el otro, a mencionar al actor como coautor de la obra teatral “Si me volviera a enamorar” en el tráiler al que se accede mediante el dominio ..., obligación que deberá cumplir dentro del plazo de 15 días corridos, bajo apercibimiento de imponerle una multa de \$5.000 por cada día de retardo. Por último, impuso las costas a la emplazada vencida.

Contra dicho pronunciamiento se alzan las quejas de la demandada a fs. 657, que fueron contestadas —en forma electrónica— por el actor el 24/07/2020. A su vez, este último expresó agravios a fs. 661/668, los que no fueron respondidos por la contraria.

II. Ante todo, memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar en la sentencia cada una de las pruebas producidas en el proceso, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Código Procesal).

Asimismo creo menester poner de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, los hechos ventilados en el *sub lite* (y, por consiguiente, la constitución de la relación contractual invocada en la demanda, y de las obligaciones cuyo cumplimiento se persigue) han acaecido durante la vigencia del Cód. Civil derogado. Por consiguiente —en atención a que no estamos ante cuestiones regidas por normas imperativas—, el caso debe juzgarse a la luz de la legislación anterior, que mantiene ultraactividad en este supuesto (art. 7, Cód. Civ. y Com. de la Nación; *vid.* Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 148; Roubier, Paul, *Le droit transitoire*, Dalloz, Paris, 2008, p. 390 y ss.).

III. Desde ya adelante que los argumentos que vierte la demandada contra la decisión de grado solo resultan, en el mejor de los casos, meras discrepancias con el criterio del juzgador, y por lo tanto distan de contener una crítica concreta y razonada de los fundamentos esgrimidos en la sentencia de primera instancia.

La quejosa solo expresa su desacuerdo con los sólidos argumentos vertidos por el Sr. juez de grado, lo que no reúne los recaudos exigidos por el artículo 265 del Código Procesal. Como es sabido, esta norma exige que la expresión de agravios contenga una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. De esta manera, el contenido de la impug-

nación se relaciona con la carga que incumbe al apelante de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se ha incurrido, o las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (Gozáni, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, LA LEY, Buenos Aires, 2006, T. II, ps. 101/102; Kielmanovich, Jorge L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, T. I, p. 426).

La simple lectura de las quejas vertidas por la apelante permite advertir —como ya señalé— que en modo alguno se hace una crítica de los fundamentos que se esgrimieron en la decisión en crisis.

En efecto, en sus escuetos agravios la demandada se queja de que se haya tenido por probado que el actor redactó tres de los 10 guiones de la obra “Si me volviera a enamorar” y que, en consecuencia, existía un contrato de locación de obra. Sostiene que esta conclusión estaría en contradicción con la prueba producida en autos. Puntualmente, alega que los dichos de los testigos no probarían que la actora haya tenido participación en tres guiones de la obra. Señala que la deponente V. manifestó que el actor escribió un capítulo y medio, y que el testigo V. declaró que el Sr. Hermida fue quien corrigió lo escrito por el demandante y quien guionó los 13 capítulos.

Ahora bien, el anterior magistrado tuvo en cuenta los testimonios de los deponentes para indicar que sus dichos se condicen con el contenido del documento de fs. 113 bis, esto es, con el contrato de locación celebrado entre la demandada y el Sr. Hermida con posterioridad al alejamiento del Sr. Amato. En efecto, los dichos de los testigos dan cuenta de la calidad de guionista del actor, y de su posterior desvinculación y la consiguiente incorporación de Hermida (fs. 190 y 192).

En cambio, el quejoso nada dice acerca de los demás elementos probatorios sobre cuya base el colega de grado reputó al actor como guionista de la obra.

En ese sentido, en la sentencia de crisis se tuvieron en cuenta las bases y condiciones del concurso, que requerían que el proyecto presentara el guion literario de los primeros tres capítulos; de lo cual el colega de grado infirió que el actor intervino, al menos, en la confección del guion de los primeros tres capítulos, pues de lo contrario el proyecto no habría sido admitido en el certamen. La quejosa omite pronunciarse respecto de este punto.

El colega de grado consideró también que el actor había realizado el guion de los primeros tres capítulos, en la medida en que —según el contrato obrante a fs. 113 bis— el Sr. Hermida se incorporó al proyecto luego de la obtención del premio. Esto tampoco fue observado por el recurrente.

Tampoco rebate lo que surge de la nota que Azzarita —socio gerente de la firma demandada— dirigió al Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (en adelante, INCAA), donde indicó: “Motiva la presente la necesidad de informales y dejar debida constancia que el Sr. José Amato (DNI ...),

quien figura como uno de los guionistas del proyecto, ha decidido no continuar desempeñándose en ese rol (...) Para solucionar la situación creada, y continuar en el proceso de producción de la serie con el menor perjuicio posible, hemos incorporado al equipo de trabajo al Sr. Guillermo Hermida, para colaborar con la escritura de los guiones de los capítulos” (sic, fs. 82).

Por otra parte, el Sr. juez de grado también fundó su decisión en el intercambio de correos electrónicos que tuvo lugar entre el actor, el Sr. Azzarita y los testigos, sobre comentarios, correcciones y sugerencias a los primeros tres guiones escritos por Amato, y cuya autenticidad fue corroborada por la pericia informática (fs. 589 vta./591 vta., 592 vta./595 vta.). Nada de esto es rebatido por la quejosa, quien se limita a mencionar que, sobre la base de la interpretación de estos correos, el magistrado de la anterior instancia decidió que el actor había guionado los primeros tres capítulos, pero no explica los motivos por los cuales considera errada dicha interpretación.

Asimismo, el demandado se agravia de la cuantía fijada por el colega de grado para la retribución del trabajo realizado por el actor. Entiende que el porcentaje informado por Argentores —de entre el 5% y el 7% del presupuesto del proyecto— no debe ser asignado enteramente a los guionistas, sino que se debería dividirse a prorrata entre estos últimos y los autores de la obra, a quienes debería atribuirse el porcentaje más elevado. Debo poner de relieve que lo indicado por el recurrente resulta una mera opinión, que no ha sido objeto de acreditación probatoria.

Por último, en cuanto al supuesto impedimento del Sr. Amato para cobrar por derecho de autor, atento a que aún no se ha comercializado la obra, resalto que la decisión desestimatoria del colega de grado sobre este aspecto se encuentra firme, y no se vincula a la retribución por la locación de obra, de cuya cuantía se agravia el recurrente.

Por todo lo dicho, propongo que se declaren desiertas las quejas del demandado (arts. 265 y 266 del Código Procesal).

IV. Antes de tratar los agravios del actor, creo necesario realizar las precisiones que siguen.

No se encuentra discutido en esta instancia que las partes celebraron un contrato de locación de obra, en forma verbal, a través del cual Dreamakers Producciones SRL encomendó a José Reinaldo Amato la tarea de realizar, juntamente con Edgardo Azzarita —socio gerente de la firma supra mencionada— y la Sra. V., la adaptación de la obra de teatro “Si me volviera a enamorar”, de autoría de Azzarita, a un formato televisivo, a fin de ser presentado en el concurso “Series de ficción para productoras con antecedentes”, patrocinado por el INCAA, conforme a la resolución N° 3170/2014. Por otra parte, llega firme a esta alzada la conclusión de que la demandada, pese a haber cobrado el premio, no cumplió con la contraprestación de pagar los honorarios correspondientes al actor. Por último, se encuentra firme también la desestimación del reclamo por los derechos de autor.

V. El quejoso alega que su tarea no solo habría consistido en la realización de los primeros tres capítulos, sino también en la

confección de la sinopsis de cada uno de ellos. Solicita entonces que se eleve la suma reconocida en la anterior instancia.

El colega de grado cuantificó los emolumentos en \$45.000, ya que consideró que el precio unitario por cada capítulo ascendía a \$15.000. Para así concluir, tuvo en cuenta la suma de \$195.000 presupuestada para los trece capítulos de la obra, de acuerdo con el informe del INCAA (vid. el plan operativo de promoción y fomento de contenidos audiovisuales digitales, fs. 383).

No se me escapa que cada postulante del concurso debía acompañar el guion literario de los primeros tres capítulos, así como la sinopsis, la descripción y el “story line” (conflicto matriz) de los capítulos restantes (vid. el informe del INCAA, fs. 235).

Tampoco pierdo de vista que, según el correo electrónico N° 12, enunciado en el dictamen pericial informático, el actor habría realizado la sinopsis y la “story line”. En efecto, el Sr. Amato envió un mensaje por esa vía a la demandada y a P. V., donde les comentaba: “Les mando la story line y la sinopsis de dos páginas” (sic, fs. 579).

Ahora bien, aun asumiendo que el recurrente efectivamente confeccionó la sinopsis y la “story line” de los restantes capítulos, considero que dicha tarea ya se encuentra retribuida con la suma reconocida por el anterior juzgador.

Es que, para realizar las tareas cuya retribución se reclama, el Sr. Amato trabajó juntamente con el Sr. Azzarita y la Sra. V. En efecto, el propio actor indicó en su demanda: “...debería mi mandante escribir los capítulos y las sinopsis para cada una de las categorías de dichos concursos, trabajo para lo cual contaría con la colaboración autoral del propio Sr. Azzarita y de la Sra. P. V.” (fs. 61 vta.). Por este motivo, juzgo que no debió habersele otorgado la retribución por el 100% de cada capítulo, sino solo una parte, dado que —como recién señalé— ellos fueron realizados juntamente con Azzarita y V.

En este orden de ideas, entiendo que el trabajo efectuado por el actor —que comprende la confección de los primeros tres capítulos y la sinopsis y “story line” de los restantes— se encuentra correctamente retribuido, por lo que mociono rechazar el agravio en este punto y confirmar la suma reconocida por el colega de grado.

VI. El demandante se agravia porque el anterior sentenciante desestimó la procedencia de la reparación del daño moral reclamado a raíz de la supuesta violación al art. 52 de la ley 11.723.

El Sr. Amato aduce que el derecho moral de autor fue lesionado, toda vez que la demandada habría omitido mencionarlo como autor en entrevistas publicadas en “YouTube”.

En primer lugar, no es cierto que el Sr. juez de grado haya considerado que no habría lesión al derecho moral de autor porque la obra aún no fue exhibida o reproducida. Por el contrario, el anterior sentenciante fundó su decisión en que el video cuyos créditos no mencionan al Sr. Amato como coautor de la obra en cuestión no fue publicado por la demandante, sino por una productora independiente (fs. 633 vta.).



TR
Podcast



WhatsApp y el derecho a la privacidad

Entrevista a **Jorge Litvin**

ESCUCHALO EN SPOTIFY



Por otra parte, el recurrente alega que resultaría debidamente acreditado el daño moral a través de las dos publicaciones realizadas en el sitio de internet www.youtube.com, en las que se omite, en forma intencional, mencionarlo como coautor de la obra.

Debo señalar que la prueba que invoca en esta instancia no puede ser admitida a fin de acreditar el daño invocado, debido a que dichos videos no fueron ofrecidos oportunamente en la demanda, sino que recién fueron mencionados en la sentencia por el juzgador. Es claro que, en este aspecto, la sentencia incorporó elementos de prueba en violación a las reglas procesales, que exigen que ellos sean ofrecidos por las partes en la etapa de postulación, o bien que, si el magistrado lo considera oportuno, ordene una medida para mejor proveer, cuyo resultado requiere forzosamente de sustanciación (arts. 36 inc. 4, 333, 360, 484 y concs., Código Procesal). Lo que no puede hacer el juez, en cambio, es introducir en la sentencia pruebas que no fueron sometidas previamente al contralor de las partes, pues eso implica una clara violación del derecho de defensa de los litigantes.

En ese sentido, en un caso en que el tribunal había echado mano a un elemento de juicio ajeno al expediente —esto es, una prueba no ofrecida ni producida, ni siquiera ordenada en el marco de una medida para mejor proveer—, constituida por los supuestos “medios informáticos a disposición”, que permitió el acceso a una supuesta página web de la que el tribunal tomó datos e infirió conclusiones incorporadas al pronunciamiento, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley deducido por la condenada, y declaró: “Tal circunstancia —sin más— alcanza para evidenciar el absurdo incurrido por el juzgador de grado, en tanto la definición censurada se exhibe desprovista de sustento probatorio idóneo, apoyándose —en definitiva— en su exclusivo arbitrio (...). En otras palabras, el pronunciamiento del tribunal del trabajo carece de razones fácticas suficientes, llegando de tal modo a una conclusión contraria a las constancias objetivas que resultan de la causa, en tanto y en cuanto no responde a ellas, siendo lo decidido configurativo de absurdo, por lo que el fallo debe ser descalificado” (SCBA, 13/05/2015, “González, Elisa M. c. Santoro, Carlos H. y otro/a s/ despido”, La Ley Online Nº AR/JUR/22012/2015).

Así las cosas, la supuesta prueba constituida por esos videos no puede ser considerada por este tribunal. Por consiguiente, ante la respuesta de Google Argentina SRL a fs. 174, quien indicó que le era imposible informar si la impresión de pantalla se correspondía con el contenido de un video alojado en YouTube, y la ausencia de toda otra prueba válida, concluyo que el actor no acreditó el daño cuyo resarcimiento pretende (art. 377, Código Procesal).

Por los motivos que anteceden, propongo al acuerdo rechazar el agravio en estudio y confirmar la sentencia de grado también en este aspecto.

VII. El actor se queja del *dies a quo* fijado para los intereses. El colega de grado decidió que ellos debían aplicarse a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el 17/04/2015, fecha en que la demandada puso en conocimiento al INCAA de la desvinculación del actor como guionista. El recurrente peticiona que aquella tasa se fije a partir de la interpelación por correo electrónico a la demandada, el 10/02/2015.

En el correo electrónico en cuestión, el actor requirió al Sr. Azzarita el pago de sus honorarios. En dicha comunicación se dejó asentado lo siguiente: “Mediante el presente correo electrónico, y ante el conocimiento de haber cobrado la primera cuota correspondiente al premio concursado en el INCAA de ‘Ficción para Productoras con Antecedentes’, que le fuera otorgada a la serie ‘Si me volviera a enamorar’ publicado en el Boletín Oficial bajo la resolución INCAA 3170/2014. Le solicito a usted, como productor del proyecto, me abone lo acordado de palabra, para continuar con la escritura de los diez capítulos restantes de la serie (...) El pago debe hacerse en las próximas 48 horas teniendo como límite las 12 horas del día viernes 13 de febrero de 2015” (*sic*, fs. 598).

El perito en informática indicó en su dictamen —que no fue impugnado por las partes— que, a fin de verificar la autenticidad del correo, debía peritar la casilla de correo de la demandada (fs. 599 vta.). Sin embargo, esta última no puso a disposición del experto su respectiva casilla de correo, pese a haber sido intimada a ello bajo apercibimiento de deducir, a partir de su falta de colaboración, una presunción en su contra (fs. 605). Es claro, entonces,

que —en los términos del art. 163, séptimo párrafo, del Código Procesal—, la falta de colaboración de la demandada debe redundar en su contra, por lo que habré de juzgar válido el correo en cuestión.

Así las cosas, considero que la suma reconocida debe llevar intereses, calculados desde el momento de la interpelación a través del correo electrónico, por lo que corresponde admitir el agravio y, por consiguiente, modificar lo decidido en la anterior instancia y disponer que los intereses corran desde el 10/2/2015. Lo que así propongo al acuerdo.

VIII. El colega de grado desestimó el pedido de inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 25.561, respecto de la prohibición de indexar las deudas. Para así decidir, consideró que el planteo fue formulado en forma genérica y sin fundamentos.

Ahora bien, en su expresión de agravios el quejoso menciona argumentos que no fueron enunciados en su escrito de demanda, sino recién ante esta cámara.

Como es sabido, no pueden efectuarse planteos en la alzada que no fueron sometidos a conocimiento del anterior sentenciante, pues aquello importaría violentar el principio de congruencia —de indudable rango constitucional, y reflejado también en los artículos 34, inc. 4º, y 163, inc. 3º, del Código Procesal—, que exige que exista concordancia entre la demanda, la contestación y la sentencia en lo que hace a las personas, el objeto y la causa, de modo que las partes, al fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica requerida, delimitan la actividad jurisdiccional a las cuestiones incluidas en la pretensión de los actores y la oposición de los demandados (esta Sala, 08/04/2013, “B., A. H. c. N., M. y otros s/ nulidad de acto jurídico”, L. Nº 611.653; 15/05/2013, “D. M., N. B. c. Hospital Nacional Dr. Alejandro Posadas y otros s/ daños y perjuicios”, L. Nº 605.263; 20/04/2015, “P., J. A. c. Valsugana SRL y otros s/ daños y perjuicios”, Expte. Nº 95.854/2012, entre muchos otros).

Por ese motivo, mociono rechazar la pretensión en estudio y confirmar la sentencia en este punto.

IX. En atención al éxito obtenido en esta instancia por cada una de las partes, juzgo que las costas de alzada deberían imponerse a la demandada, quien —de seguirse mi criterio— resultaría sustancialmente vencida (art. 68 del Código Procesal).

X. Por todo lo dicho, para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo admitir

parcialmente el recurso del actor y rechazar el de la demandada, y en consecuencia: 1) disponer que los intereses deberán computarse a partir del 10/02/2015; 2) confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 3) imponer las costas de alzada a la demandada vencida.

El doctor *Li Rosi* votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor *Picasso*.

La vocalía Nº 2 no interviene por hallarse vacante.

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve admitir parcialmente el recurso del actor y rechazar el de la demandada, y en consecuencia: 1) disponer que los intereses deberán computarse a partir del 10/02/2015; 2) confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 3) imponer las costas de alzada a la demandada. Atento lo decidido precedentemente corresponde entender en los recursos de apelación interpuestos contra los honorarios fijados en la instancia de grado. Ello así, valorando la calidad, extensión, importancia y resultado obtenido por los profesionales intervinientes dentro de las tres etapas en que se dividen los juicios ordinarios, monto de la condena con sus intereses, lo establecido por los artículos 1, 3, 16, 19, 20, 21, 29 y 59 de la ley 27.423 aplicable a todo el proceso (conf. CIV 09990/2011 del 18/03/2019), corresponde modificar la regulación apelada. Se fijan entonces los honorarios del letrado apoderado de la parte actora por su intervención en las tres etapas, Dr. E. S. Z., una única regulación de ... UMA pesos ... (\$...) mientras que por la incidencia de fs. 148 se fijan sus emolumentos en ... UMA pesos ... (\$...) y los del perito ingeniero en sistemas D. E. P. en ... UMA pesos ... (\$...); mientras que por el alcance de los recursos —altos— se confirman los fijados a favor del Dr. E. F. C. M. que a la fecha representan ... UMA por el principal y ... UMA por la incidencia de fs. 148, al igual que los de la perito calígrafa Á. M. T. ... UMA y los de la mediadora M. M. G. Por su labor en la alzada que diera lugar al presente fallo, de conformidad con lo establecido por el artículo 30 de la ley 27.423, se fijan los honorarios del Dr. E. M. en ... UMA pesos ... (\$...) los del Dr. E. Z. en ... UMA pesos ... (\$...). Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/2011, 38/2013 y concordantes de la CSJN, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN en la forma de práctica y devuélvase. — *Sebastián Picasso*. — *Ricardo Li Rosi*.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 5, Secretaría Nº 9, sito en la calle Libertad 731, piso 10º de la Capital Federal, hace saber que RODRIGUEZ ARAQUE OLIVER JESÚS DNI: 95.567.216 Nacionalidad Venezolana, ocupación contador, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su

oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días.

Buenos Aires, 6 de agosto de 2019
N. Javier Salituri, sec.
LA LEY: I. 08/02/21 V. 08/02/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria Nº 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º Piso de Capital Federal, hace saber que NELLY KHAZNE DRIKHA de nacionalidad venezolana

con DNI 95.469.192 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudieren obstar a dicho pedido.

Publíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 13 de noviembre de 2020

Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 08/02/21 V. 08/02/21

