

SOCIEDAD CONYUGAL

- Bienes gananciales
- Prueba testimonial
- Testigo de oídas
- Costas

“Lipshitz Raul c/ Campili Monica s/ Disolución de sociedad conyugal”

Tribunal: Excma. Cámara de apelación Civil y Comercial - Sala I

Causa: 49257 **R.S.:** 323/03 **Fecha:** 18/11/03

Confirmó S.C.B.A.: Ac. 90.993 (05/04/06)

/// la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los DIECIOCHO días del mes de noviembre de dos mil tres, reunidos en la Sala I del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores José Eduardo Russo, Juan Manuel Castellanos y Liliana Graciela Ludueña, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "LIPSHITZ RAUL C/ CAMPILI MONICA S/ DISOLUCION DE SOCIEDAD CONYUGAL" y habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código de Procedimientos Civil y Comercial), resultó que debía observarse el siguiente orden; Dres. LUDUEÑA - CASTELLANOS - RUSSO, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 203/238?

2da.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION: la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

I) Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 203/211, interpone la parte actora recurso de apelación, que libremente concedido, es sustentado a fs. 229/238, replicado a fs. 241/244.

Desestimó la Sra. Juez a quo la pretensión deducida por don Raúl Lipshitz, en relación a que se declare propio el bien de la calle Tacuarí n° 358 de Haedo (Ptdo. de Morón), declarando en consecuencia su carácter de ganancial, acogiendo así la pretensión de doña Mónica Graciela Campili. Disponiendo que se efectúe la venta y distribución del producto por partes iguales, bajo apercibimiento de realización forzosa, con costas al demandado vencido.

II) Concluyó la Sentenciante que el bien de la calle Tacuarí n° 358 de la localidad de Haedo, reviste el carácter de ganancial y no propio como pretende el accionante, de lo que se agravia el apelante.

Tengo dicho con anterioridad que es claro el artículo 1271 del Código Civil al disponer que pertenecen a la sociedad conyugal, como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación.

Tal precepto establece una presunción iuris tantum de que los bienes existentes al disolverse la sociedad conyugal son

gananciales; quien afirma lo contrario deberá probarlo (esta Sala Cs. 42.144 R.S. 182/99; Borda, "Tratado de Derecho Civil-Familia", T.I-nº 344, Mazzinghi, "Derecho de Familia", T.II nº 223, pág. 212, Vidal Taquín, "Régimen...", pág. 233-nº 200; id. Méndez Costa, "Efectos patrimoniales del matrimonio" en "Derecho de Familia", T.I pág. 346, nº 99; Zannoni "Derecho de Familia", T.I-517, nº 357).

Lo único incontestable es -como señala la Sentenciante- que con la misma fecha, esto es, el 27 de noviembre de 1987, el actor vendió un bien propio y adquirió el inmueble de la calle Tacuarí nº 358 de Haedo, constando en la escritura traslativa de dominio que lo hizo conjuntamente con la demandada, a esa época su cónyuge (posición 11, pliego de fs. 167, acta de fs. 168, artículo 421 párrafo 1ero. C.P.C.C.). Para acreditar el carácter de bien propio trajo el testimonio de la Sra. Gloria del Carmen Roca quien depone conocer al actor por ser compañeros de trabajo en la empresa de Hilos Cosefil, que recuerda que un día el padre del actor hizo un retiro importante de dinero y luego se enteró por comentarios del Sr. Guillermo Lipshitz, que ese valor era destinado para dárselo a Raúl para que cambie su casa (pregunta 4º y 1º repregunta, acta de fs. 113). Sergio A. Zelavayan compañero de trabajo en Cosaco, donde el actor se desempeñaba como técnico electrónico, también sabe por comentarios del propio accionante que su padre le ayudó a comprar la casa (pregunta 5º, acta de fs. 111, artículo 456 C.P.C.C.). Hasta aquí la prueba arrojada al respecto.

El testigo, es por definición, el tercero que comunica datos que no eran procesales en el momento de su observación; ahora bien, al enfrentarse al dato comunicado por el testigo no puede olvidarse que la inexactitud y la mendacidad no se presumen, sino, por el contrario,

"el testimonio se funda en una doble presunción: la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad y la de su fundamento moral; es decir, que el testigo no se ha engañado y que no trata de engañar al Juez", ya que "la fe en la palabra del hombre que ha presenciado el hecho es uno de los pocos recursos que restan al juez para la averiguación de la verdad" (Alsina, "Tratado...", Ediar, 1958, pág. 530 y sgts.).

Pero cuando lo que se relata no es el hecho que se pretende probar, como en la especie, sino la narración que sobre éste han hecho otras personas, el testimonio se llama de oídas o ex auditu. No existe una representación directa o inmediata, sino indirecta o mediata del hecho por probar, el testigo narra, no el hecho representado, sino otro representativo de éste -el relato de tercero-, en el caso del accionante.

Uno de los principios generales de la prueba judicial es el de su originalidad, es decir, que en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, porque si apenas se refiere a hechos que a su vez sirven para establecer aquél, se trataría de prueba de otra prueba, que no produce la misma convicción y encierra el riesgo de conducir a conclusiones equivocadas (Devis Echandia, "Teoría General de la Prueba Judicial", T II-76).

La prueba no original -la prueba de otra prueba- presenta una doble posibilidad de engaño: la posibilidad inherente a sí misma y aquella inherente a la prueba original que contiene; cuanto más se aleja de la fuente original, más disminuye la eficacia de la prueba, es que la desconfianza crece, cuanto más son los grados por los que el testimonio pasa (Ellero, "De la certidumbre...", pág. 170; Cs. 30.209, R.S. 184/93).

La amplitud probatoria que consagra nuestro código de fondo no puede ir en desmedro de la fuerza de convicción que los medios probatorios deben alcanzar para llevar al convencimiento del Juzgador que los hechos son ciertos, convicción que debe ser formada conforme a las reglas de la sana crítica que consagra con voz fuerte el artículo 384 del código ritual, y estos testimonios ex auditu (mi voto Cs. 42.710 R.S. 186/99) no son suficientes para tener por acreditado que el bien adquirido en 1987 sea un bien propio del accionante.

Pues si bien es cierto los cónyuges pueden desvirtuar el carácter ganancial del bien por todos los medios de prueba, no lo es menos que, la prueba ha de ser categórica y eficaz, por lo que propongo desestimar los agravios y confirmar el decisorio.

III) La recompensa por parte ganancial no fue en definitiva, un punto sometido a la decisión de la Sra. Juez de Grado y por lo tanto, esta Alzada encuentra una valla imposible de sortear (al leer del artículo 272 C.P.C.C.).

Los poderes de la jurisdicción de la Alzada quedan enmarcados dentro del postulado de congruencia y del sistema dispositivo. La primera limitación es la que resulta de la relación procesal que aparece en la demanda y en la contestación y la segunda, la que el apelante haya querido imponerle en el recurso (S.C.B.A. Ac. y Sent. 1971-II-920; 1978-III-191, etc.; esta Sala, mi voto Cs. 22.904 R.S. 175/89).

Si bien el recurso abre la jurisdicción de la Alzada a los efectos de resolver sobre la justicia de dicha sentencia, en manera alguna posibilita fallar sobre las peticiones formuladas en segunda instancia, con prescindencia de las cuestiones planteadas ante el Juez de

Primer Grado, pues el Tribunal ad-quem carece de atribución para resolver sobre capítulo alguno que no hubiere sido propuesto a decisión del inferior (esta Sala, mis votos, Cs. 30.605 R.S. 3/94; 31.873 R.S. 85/96).

IV) Finalmente, solicita el demandado se impongan las costas en el orden causado.

El artículo 68 en su primer párrafo de nuestra ley de enjuiciamiento, consagra, como regla general, el principio objetivo de la condena en costas por el vencimiento, pues, al vencedor no debe inferirle menoscabo patrimonial alguno la necesidad en que ha sido puesto de litigar para obtener el reconocimiento y declaración de su derecho, ya que no puede negarse que el litigante vencido, aunque no sea culpable, es la causa inmediata de la existencia del proceso, porque su existencia o pretensión injustificada da lugar a que no resulte inconveniente que pese sobre el la carga económica de atender a los gastos de dicho proceso (S.C.B.A. L.36.337 29/VIII/86; D.F. VI/86; n° 16; esta Sala, Cs. 4980, R.S. 193/78; 18.194 R.S. 7/87; Guasp, "Derecho Procesal Civil", 1968, T.I-573; Morello y otros, "Códigos...", 1970, T.II-359; Colombo, "Código...", 1969, T.I-385).

El sistema adoptado por nuestro código ritual (objetivo con atenuaciones), admite que los jueces eximan total o parcialmente de costas al vencido, pero claro está, es una facultad excepcional y de interpretación restringida donde las circunstancias subjetivas y la conducta asumida por las partes no pueden ser tomadas en cuenta, ya que ello desvirtuaría la regla madre.

Esa valoración de las excepciones debe revestir carácter objetivo y ser sumamente cuidadosa; en situaciones fronterizas

la duda debe inclinarse hacia la aplicación de la regla general (Morello, op. cit., T.II B, pág. 70 y sgts.).

Versando la discusión central sobre el carácter propio o ganancial del bien sub-discussio y, si vencido es aquél contra quien tiene efecto el reconocimiento judicial que emana de la sentencia, no cabe duda pues, que el apelante lo ha sido por lo que deviene de ineludible aplicación, a mi ver, la regla general que dicta el primer párrafo del artículo 68 del código adjetivo, no encuadrando dicha situación en ninguna de las atenuaciones excepcionales y de carácter restringido que consagra la segunda parte dicha norma (esta Sala, Cs. 19.564 R.S. 168/87; S.C.B.A., Ac. 36296 y 36.419, D.F. 7/86), por lo que propongo confirmar lo decidido en este aspecto.

V) Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (artículos 260, 261 y 266 C.P.C.C.) y, los expuestos no logran conmover el fallo apelado, propongo su confirmación, con costas de esta Instancia al apelante perdidoso (art. 68 párrafo 1ero. C.P.C.C.), difiriendo las regulaciones de honorarios (art. 31 ley 8904).

Voto, en consecuencia, por la AFIRMATIVA.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Castellanos y Russo, por iguales fundamentos votaron también por la AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION, la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior corresponde confirmar la sentencia apelada de fs. 203/211, con costas de esta Instancia al apelante perdidoso, difiriendo las regulaciones de honorarios.

ASI LO VOTO

Los señores Jueces doctores Castellanos y Russo por los mismos fundamentos, votaron en análogo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Morón, 18 de noviembre de 2003.-

AUTOS Y VISTOS: De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad se confirma la sentencia apelada de fs. 203/211, costas de esta Instancia al apelante perdidoso, difiriéndose las regulaciones de honorarios.

Fdo: Dra. Liliana Graciela Ludueña, Dr. Juan Manuel Castellanos, Dr. José Eduardo Russo. Ante mí: Esteban Santiago Lirussi.-