En la ciudad de **SANTA ROSA**, capital de la **Provincia de La Pampa**, a los *dieciocho* (18) días del mes de febrero de 2022, se reúne en ACUERDO la **SALA 1** de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería para resolver los recursos de apelación interpuestos en causa: **"A. S. P. c/D. P. M s/ LIQUIDACIÓN DE COMUNIDAD DE BIENES"** (Expte. Nº 129513) -Nº **22155** r.C.A.- originaria del Juzgado de la Familia, Niñas, Niños y Adolescentes Nº 2 de la Ira. Circunscripción Judicial y de acuerdo al orden de votación sorteado (arts. 254 y 257 CPCC): **1º) jueza Marina E. ALVAREZ**y **2º) jueza Laura B. TORRES**, dicen:

**La jueza ALVAREZ:**

**I.- La sentencia en recurso**

Viene apelada la sentencia de fecha 24.08.2021 (fs. 344/351 y act. SIGE 1073605) dictada por juez Andrés N. ZULAICA mediante la cual en el marco de la demanda de liquidación de la comunidad de bienes que S.P.A. promovió contra P.M.D (su *ex* cónyuge) en razón de la unión conyugal habida (que concluyó por divorcio vincular decretado el 11.11.2016) hizo lugar a la misma, parcialmente.

En consecuencia, determinó como bienes gananciales *"...los vehículos automotor marca DODGE, mod. RAM 2500 SLT 4x4, dominio HWD 699; el motovehículo, marca DUCATI, mod. 1198, dominio 241 HIA y un juego de dormitorio de roble ...",* reconoció a favor de aquella una compensación *"...por la privación de uso de los vehículos gananciales equivalente al 10% del valor de los mismos con más intereses tasa mix Banco de La Pampa a patir de la fecha de la audiencia de mediación..."*, pero desestimó la pérdida de su valor venal.

Asimismo, rechazó el reclamo derivado de las mejoras realizadas en el inmueble asiento del hogar conyugal (propiedad de la madre de su*ex*cónyuge), como el carácter ganancial de la moto marca BMW, el fondo de comercio (de venta y reparación de celulares) y los frutos devengados por aquel tras el cese de la sociedad conyugal (no así los producidos durante su vigencia, que sí fueron admitidos), excluyéndolos de la masa común partible.

Estableció que para la actualización de *"...la valuación, distribución /liquidación de los bienes integrantes de la comunidad..."*, las partes deberán presentar propuestas conciliatorias (dentro del plazo de treinta días) y postergó su tratamiento a resultas de una audiencia que convocará al efecto.

Por último, en cuanto a las costas generadas en el proceso las impuso por su orden (art. 62, segundo párrafo del CPCC) mientras que las derivadas de la pericial arquitectónica fueron a cargo de la actora, en tanto que difirió la regulación de honorarios (de abogados y perito actuantes) hasta tanto se acrediten los recaudos del art. 35 de la ley 1007.

**II.- Las apelaciones**

Lo así decidido viene impugnado por la actora S. P. A. (act. 1115278), quien se agravia porque el juez: (1) rechazó el reclamo derivado de las mejoras introducidas durante la vigencia del matrimonio en el inmueble que fue sede del hogar conyugal pero propiedad de una persona ajena al proceso (Sra. Morales), dado que conforme se fijó en la audiencia preliminar, no fue un hecho controvertido; (2) consideró ganancial sólo el juego de dormitorio de roble, no así el resto del mobiliario del hogar conyugal siendo que también lo eran dado que se acreditó su existencia al tiempo de concluir la comunidad (inventario realizado en el acta de exposición cuando se retiró del hogar); (3) excluyó el motovehículo BMW de la comunidad de bienes cuando existe prueba no desconocida por el demandado (informe periodístico obrante a fs. 30), que acredita que lo adquirió durante la vigencia de la comunidad; (4) le asignó al fondo de comercio el carácter de bien propio como así a los frutos producidos por aquel frente a la conclusión de la sociedad (cfe. art. 465 CCC); y, (5) le impuso las costas de la pericial arquitectónica.

Finalmente (6) plantea la nulidad de la sentencia (cfe. 250 CPCC) por*"defectuosa"* en tanto no cumple con los arts. 3, 465, 466 y 710 del CCC y, en especial, por carecer de perspectiva de género.

Por su parte, el demandado P. M. D. respondió esos agravios (act. 1149103.) y también apeló la sentencia, pero sólo en cuanto a la imposición de costas por su orden (act. 1125203), dado que según afirma, la actora es quien detenta la calidad de vencida debiendo asumirlas; agravio que, a su vez, fue contestado por aquella (act. 1140184).

**III.- Su tratamiento y decisión**

Reseñada la materia de agravios en ese marco corresponde abordar la revisión en esta instancia (arts. 257 y 258 CPCC) y, en ese orden, no obstante denunciar la actora en su último agravio nulidad de la sentencia, sin embargo, por la implicancia que de ello deriva, corresponde dirimirlo en primer término; dado que, de lo que al respecto se decida y eventualmente no resultar aquella un acto jurisdiccional válido, dependerá que se ingrese, o no, al tratamiento de los restantes.

**III.- a) De la nulidad**

En tal sentido, sostiene la actora que la sentencia es *"defectuosa"* porque no satisface los recaudos previstos por los arts. 3, 465, 466 y 710 del CCC y en especial, por carecer de perspectiva de género, tras lo cual refiere que en los *"considerandos"* el juez no sólo adelantó la solución del proceso, sino que no efectuó una correcta valoración probatoria de lo cual derivan contradicciones.

Señala que no sólo omitió efectuar el correcto proceso de subsunción de los hechos probados con el derecho que debía aplicar, es decir, dar la motivación o fundamento en cada uno de los puntos a resolver, sino que, además, se limitó a señalar que su parte incurrió en carestía probatoria, pero sin advertir que -conforme a los principios generales del derecho de familia- existen las cargas probatorias dinámicas como así también la presunción de ganancialidad; por lo cual, probar lo contrario, era carga del demandado por ser quien negó aquel carácter.

**III.- a) 1. Su decisión**

Propuesto así el agravio, es preciso enfatizar que al denunciarse la nulidad de una sentencia no se está efectuando un nimio reproche, dado que en rigor, lo que se está afirmando es que no existe un *"acto jurisdiccional válido"*acorde al mandato constitucional de "re*solución fundada*" y, que nos interpela a resolver los casos (arts. 1 y 3 del CCyC y arts. 35 y 155 del CPCC) en congruente ajuste con las *"pretensiones debatidas, las pruebas colectadas y el derecho aplicable"* (cfe. dijimos en "BILBAO Susana Beatriz C/ TOLCA S.A. y Otro S/ Laboral", Expte. Nº L 105063, 20590/18 r.C.A., 26.3.2019, Sala 1, entre otras).

Por tanto, en principio, cabe efectuar un distingo respecto de los tipos de vicios que se denuncian para eventualmente nulificarla; por un lado están los de juzgamiento (*in iudicando*) porque el juez equivocó -por ejemplo- la fijación de los hechos o la aplicación del derecho y, por el otro, los que se produjeron en el trámite del proceso (*in procedendo*), anteriores a la emisión del acto.

El mecanismo recursivo de unos y otros es disímil; los primeros, quedan comprendidos en el recurso de apelación y pueden -o no- ser subsanados mediante esta vía recursiva, en tanto nuestro código procesal civil y comercial provincial no regula el recurso de nulidad en forma autónoma, sino comprendido dentro de la apelación (art. 250 del CPCC); los otros son impugnables conforme la vía incidental de nulidad (arts. 161 y sgtes. del CPCC).

Sentadas tales premisas y de conformidad con los términos del agravio, los que postula la actora se emparentan entonces con los vicios de juzgamiento porque, según denuncia, la sentencia no importa un acto jurisdiccional válido por carecer de fundamentación y, como se dijo, esa objeción viene comprendida dentro del recurso de apelación (cfe. art. 250 CPCC).

Razón por la cual, cuando se denuncia un vicio de tal gravedad, es preciso acreditarlo y, ciertamente, en este supuesto que nos convoca, la actora no explicitó debidamente las aristas que, particularmente, den cuenta de esa ausencia de tratamiento de las cuestiones propuestas de conformidad a la prueba colectada o el derecho aplicable acorde con la temática traída a decisión; no obstante que lo sentenciado, como tal, de no ajustarse a ello, pueda ser revisado a través de la vía recursiva propuesta.

Por el contrario, de los términos de la sentencia, se observa que el juez, a partir del contexto dado -cfe. la pretensión demandante como su respuesta defensiva- y de conformidad con la naturaleza de la acción propuesta -liquidación de la sociedad conyugal- determinó cuales eran las cuestiones en controversia y las que no lo son y, determinó también el derecho que aplicaría a la cuestión (considerandos I; II; III).

Luego dirimió en forma particularizada que bienes integraban la masa partible de la comunidad como los excluidos de ella (considerandos IV; IV.A; IV.B; IV.C; IV.E y IV.F) y, en cada acápite, expuso la razón de su decisión como la prueba considerada.

Por tanto, de lo analizado se colige que los vicios que la actora denuncia respecto de la *"construcción misma del decisorio"* no se encuentran acreditados, ni aparenta suceder tampoco, al menos a primera vista y menos aún en abstracto como ha sido propuesto, esa alegada falta de perspectiva de género que le endilga a la decisión.

Ahora bien, como dije, sin perjuicio que esa nulidad no proceda, ello no implica que las parcelas que motivan los agravios pudieran contener -o no- los desajustes que la actora refiere, mas, tales cuestiones, tendrán particular tratamiento por vía del recurso de apelación propuesto que, en este caso, garantiza un adecuado contralor de lo decidido (cfe. dije en "TORRES Irma Beatriz C/ GARCIA Cintia Vanesa S/ Despido Indirecto", 20432/17 r.C.A., 29.4.2019- Sala 2, ALVAREZ- ALBORES, entre otras ).

Es en ese marco en el cual, además, habrá de analizarse, en contexto y en concreto, si la carencia de perspectiva de género que le endilga al juzgamiento, de existir, tuvo ligamen o no con la solución dada a las parcelas que la agravian.

**III.- b) De los demás agravios**

Las restantes impugnaciones de la actora -en su mayoría- se orientan a cuestionar la calificación otorgada a determinados bienes como su exclusión de la masa común partible como la imposición a su cargo de las costas -periciales- mientras que, el demandado, se queja de la distribución dada - por su orden- a las del proceso.

De allí que, a fin de determinar si tales desajustes se concretan, es preciso confrontarlos con los términos sentenciados y de conformidad con los antecedentes que dieron marco a la controversia decidida.

Así, el juez, al iniciar su análisis (considerando II, fs. 348) determinó que S. P. A. y P. M. D. estuvieron unidos en matrimonio desde el 11 de noviembre de 2011 y hasta el 22 de diciembre de 2016, fecha en la cual se decretó su divorcio (fs. 9/10) y se declaró extinguida la comunidad con retroactividad a la separación de hecho, ocurrida el día 14 de diciembre de 2014.

Indicó que, posteriormente, la actora promovió esta demanda de liquidación de la comunidad (el 15.5.2018, fs. 40/43 y 45), la que fue respondida por D. (fs. 55/61) y, sustanciada que fuera, se fijó la audiencia preliminar (el 7.06.2019, fs. 84/85).

En esa oportunidad, fijó como hechos *no controvertidos* (1) la existencia de mejoras efectuadas durante el matrimonio sobre el inmueble de la Sra. Morales -madre del accionado y tercera ajena al proceso-; (2) el carácter ganancial del (a) automotor Dominio HWD 699 (DODGE RAM) y (b) del motovehículo Dominio HIA 243 (DUCATTI).

Mientras que, como *hechos controvertidos* (1) el carácter ganancial: (a) del mobiliario de la comunidad (pto. f de fs. 41); (b) el motovehículo Dominio FAR 824 (BMW) y (c) el fondo de comercio -de elementos y accesorios de celulares para la venta-, como (2) la privación de uso y la pérdida del valor venal de dichos bienes.

Esgrimió que el proceso de liquidación de comunidad de bienes comprende*“...el conjunto de operaciones que deben realizarse con posterioridad a la extinción de la comunidad, art. 475 C.C.C....”*y en forma previa a la partición propiamente dicha, que tiene por finalidad *“...determinar el carácter de los bienes y diferenciar los propios de los gananciales, inventario y avalúo de los gananciales, determinar las deudas y créditos entre los esposos y definir en consecuencia la masa común que se ha dividir oportunamente en mitades por los cónyuges...”,* según lo determina el art. 498 CcyC.

Bajo tales premisas y de conformidad a los términos fijados en la audiencia preliminar en relación a los hechos no controvertidos y controvertidos que las partes -dijo- consintieran (fs. 349), se expidió respecto de cada uno de los bienes denunciados como gananciales y los derechos que integran la comunidad sujetos a la liquidación y posterior partición.

**III.- b) 1 Las mejoras**

En ese orden, al tratar esa cuestión (considerando 4.A) el juez expresó que *“... Se determinó como hecho no controvertido las mejoras efectuadas durante el matrimonio sobre el inmueble de un tercero ajeno al presente proceso...”*; esto es *“...sobre un inmueble de un tercero -en el caso de autos, de la Sra. Maria del Carmen MORALES- efectuadas con fondos gananciales...”*y que en ello “... existe consenso entre las partes del proceso...”.

Sin embargo, dijo, en este caso *“no juegan las reglas de la comunidad y su liquidación que se aplican solo entre esposos”,*sino que “...*. Es un crédito que deberá determinarse en otro proceso, integrado con otras partes... -por ello no se hizo lugar a la citación de un tercero a fs. 44, consentido por el actor- a fin de determinar la existencia y extensión del crédito.”.*

Señaló que*“...en la liquidación de la comunidad, se trata de mantener la integridad de las masas patrimoniales de cada cónyuge, evitando que uno se beneficie en desmedro del otro, aplicándose en consecuencia el sistema de recompensas entre los ex cónyuges y la comunidad, y viceversa...”* y sostuvo que:*“... el reclamo de las mejoras introducidas en el inmueble de la Sra. Morales, tercero ajeno al proceso de liquidación de la comunidad...”,*resulta improcedente.

Contra lo así decidido, la actora -en su primer agravio- cuestiona que se rechazara su reclamo respecto de las mejoras efectuadas en el inmueble de propiedad de su *ex*suegra cuando no fue un hecho controvertido; y que, si bien el juez señaló que su determinación puede efectuarse en otro proceso, sucede que, de querer hacerlo ahora, esa acción se encontraría prescripta.

Lo así fallado -dice- refleja la falta de perspectiva de género y desprotección del juez a su respecto, en tanto le reconoce su derecho, pero le restringe la posibilidad efectiva de reclamarlo.

Señala que -conforme la pericia arquitectónica efectuada-, las mejoras ascienden a $ 757.369 y de ese monto le corresponde el 50%, que del informe de dominio del inmueble (fs. 253) *"surge la existencia de usufructo a favor del demandado...”* y al venderlo su dueña (en el año 2019) *“... uno de los cónyuges (D) se benefició con la venta del inmueble, siendo además capaz de afrontar las recompensas generadas; y que éstas recompensas constituyen un derecho creditorio de carácter personal, es claro que deben ser exigidas al cónyuge que las generó y no al titular del bien donde las mejoras fueron realizadas"*.

Al responder D. ese agravio, esgrime que la colaboración de los integrantes de la comunidad en relación a esas mejoras *“... lo fue solo en pequeña parte y que esas mejoras fueron solventadas por la madre del aquí demandado...”*y que lo único probado es “*...que el matrimonio vivió en el domicilio propiedad de la madre del demandado, que durante su estadía no abono suma alguna por la misma y que las mejoras en el inmueble se hicieron mientras ellos estaban en el domicilio...”*, pero no significa que ellos las hubieran realizado y solventado su costo.

Concluye que “*La acción en su caso debió dirigirse contra la titular del bien. no existe legitimación pasiva en el caso..”,* conforme lo expresó el juez “*en el punto 4A de los considerandos”.*

**III.- b) 1.1 La decisión**

Cotejado el agravio como su respuesta y los términos en los que quedó fijada al controversia se advierte que, efectivamente, memorando la demanda promovida (pto II.e), fs. 40/43) las mejoras fueron parte de la pretensión actoral.

Invocó la actora que fueron realizadas con fondos gananciales durante el matrimonio y sobre el inmueble propiedad de Morales; tras lo cual detalló que consistían en *"...Pileta de natación, quincho, ampliación, aberturas y todas las conexiones de servicios de agua y gas";* ofreció prueba pericial técnica (arquitecto y/o maestro mayor de obras, fs. 43) a fin que efectúe su constatación, como su antigüedad, para el caso de desconocerse su ganancialidad; posteriormente, el juez le requirió que explicitara el monto pretendido por tal concepto, estimándolo en la suma de $ 300.000 (fs. 45).

Al responder la demanda y puntualmente respecto de esa pretensión, D. expresó*"... que la improcedencia de la petición es total, teniendo en cuenta al efecto lo que dispone y prevé el párrafo 7 del art. 1272 del Código Civil aplicable (...) las mejoras a las que hace referencia la actora fueron introducidas en el ámbito de una vivienda que ocupáramos y que era (como es) propiedad de mi madre, a quien se cita como tercero en estas actuaciones."*

Agregó que*"... En modo alguno esas mejoras integran en su caso el capital de la sociedad conyugal, ni es éste el ámbito de reclamo y en la medida que esos bienes no integran ni integraron la sociedad conyugal. (...)".*

Dijo que "..*el inmueble que era sede del hogar conyugal, era un inmueble propiedad de mi madre y que en esas mejoras, hemos (en el mejor de los supuestos) puesto una mínima colaboración, porque en su mayoría fueron abonadas por mi madre, aquí citada como tercero"* y que *"Ese pequeño aporte en las mejoras realizadas en el inmueble, se determinaban en la gratuidad de la ocupación que hacíamos del inmueble, toda vez que en todo el curso de la convivencia en el inmueble de calle Jazmines con la actora (desde el año 2005) nunca se abonó nada a su titular".*

Concluyó allí que*"...básicamente la actora debe acreditar la existencia de bienes al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal y de eso se trata este caso"* (fs. 55/61).

Advino luego la audiencia preliminar (art. 343 del CPCC), marco en el cual el juez fijó los hechos controvertidos y, en punto a las *"I) Mejoras efectuadas durante el matrimonio sobre el inmueble de un tercero ajeno a este proceso (Sra. María del Carmen MORALES);"*estableció que no lo era; extremo que fue reafirmado al tiempo de sentenciar al sostener (considerando IV, fs. 349) que existe consenso de las partes *"...en relación a los hechos no controvertidos como controvertidos…".*

Por tanto -como bien señala la apelante- la existencia de las mejoras que invocó como realizadas por el matrimonio durante su vigencia en el inmueble de propiedad de Morales -madre del demandado- no fue un hecho controvertido, sino que -reitero- la ausencia de discordancia al respecto quedó así fijado en la audiencia preliminar (fs. 84/85).

Razón por la cual, sentenciar luego que aquel reclamo resulta*“improcedente”*dado que ese crédito debe ser pretendido en otro trámite y entre otras partes (sin tampoco explicitar cuáles), importa una conclusión desajustada al contexto antecedente que signó especialmente la controversia y sobre la cual debía expedirse (art. 155 CPCC).

Desde esa óptica asiste razón a la apelante cuando sostiene que el juez, contradictoriamente, está desconociendo una pretensión que fue motivo de particular pedimento en la demanda y respecto de la cual se determinó la inexistencia de controversia.

Sin perjuicio que lo dicho fundamenta por sí mismo la revocación de esa parcela sentenciada, erróneo resulta además su razonamiento. Sucede que se confunde la*propiedad* del inmueble en el cual se hicieron las mejoras con el crédito que titulariza la actora derivado de la realización de aquellas contra su *ex*cónyuge.

Es claro que la demandante no le está reclamando -ni debe reclamarle- a su *ex* suegra derecho alguno sobre tales mejoras (no era con ella con quien tenía el vínculo matrimonial ni sociedad que liquidar), sino que lo hizo contra su *ex*cónyuge en virtud del crédito derivado a su favor por las mejoras que introdujeron -reitero- durante la vigencia de la comunidad con aquel, en la propiedad de su madre.

Por tanto, ningún obstáculo legal ni sustancial existe para que la actora reclame en este proceso de liquidación de la comunidad de bienes ese crédito -como lo hizo-, máxime cuando -como el juez sostuvo-, el proceso de liquidación de la comunidad de bienes tiene como finalidad determinar *"...las deudas y créditos entre los esposos y definir en consecuencia la masa común que se ha dividir oportunamente en mitades por los cónyuges...”* (considerando IV, fs. 348 vta).

Pero, además, de haber considerado el juez que no correspondía serlo, así debió decirlo tempranamente o, en su caso, al celebrar la audiencia preliminar (art. 343 CPCC), pero, al expedirse luego de haber admitido ese reclamo como parte de la*litis* y que esa cuestión no era un hecho controvertido, denota que esa conclusión no se presenta congruente con el devenir procesal previo.

En concordancia con ello, se observa además, que no sólo se avanzó con su trámite incluyendo el reclamo dentro de las propuestos a decisión, sino que, admitió la producción de la prueba pericial técnica ofrecida por la actora (fs. 94) como los puntos de pericia propuestos a ese fin (fs.43. punto e), respecto de lo cual el demandado expresó su desinterés (cfe., art. 453 inc. 2, del CPCC; fs. 93).

Tampoco resulta adecuado fundamento para concluir en la improcedencia del reclamo que, como sostiene el juez -y comparte el demandado en su agravio-, si bien la actora requirió la citación de la propietaria del inmueble (Sra. Morales), le fue rechazada (a fs. 44) y, aquella la consintió.

Es que, de los términos de aquella citación (punto II de la demanda, fs. 40 vta.) surge que al requerir aquella la citación de Morales, lo hizo en los términos del art. 85 del CPCC dado su calidad de titular registral del inmueble (sito en Jazmines Nº 175, de esta ciudad), en tanto -según dijo- allí se encuentran *"...mejoras propiedad de la comunidad de bienes creada por el matrimonio de A. con D. ..."* y *"Dado que en la presente demanda se reclama la porción correspondiente a la actora, y que en parte se encuentra adherida en forma indivisible con el inmueble de la Sra. Morales, es necesaria su comparecencia al presente juicio en virtud que lo resuelto en la sentencia podría afectar directamente su derecho de propiedad".*

Al proveer la demanda (fs. 44) el juez dijo*"...previo a lo demás, atento lo requerido en el punto II.-apartado e), deberá indicar el monto pretendido por las mejoras denunciadas"*y, a renglón seguido, expresó "*Sin perjuicio de lo indicado precedentemente, con relación a la citación de tercero indicada en el punto II, no dándose los presupuestos establecidos por el Art. 85 del CPCC, NO HA LUGAR por no corresponder".*

Lo así dicho, en rigor, antes que obstar al reclamo por no intervenir en este proceso la titular registral de la vivienda donde constan las mejoras, viene a corroborar que al desestimar esa citación el juez consideró que aquella resultaba ajena al proceso de liquidación de comunidad de bienes promovido por la actora contra su *ex*cónyuge ni tenía ligamen con el reclamo pretendido derivado de tales mejoras; en definitiva, la controversia no le era común.

No otra interpretación cabe darle dado que, no obstante desestimar esa citación -conforme surge de la reseña antecedente- aquella cuestión siguió su curso; es más -como dije- el juez le requirió a la actora (a fs. 44) que estimara el monto pretendido por tal concepto y cumplido ello (fs. 45 $ 300.000) ordenó el traslado de la demanda y que, anudado en esos términos, derivó luego que en la audiencia preliminar se lo fijara como un hecho no controvertido.

Por tanto, en ese contexto, concluir que no es este el ámbito para que la actora reclame las mejoras no sólo resulta una conclusión inexacta -por lo antes dicho-, sino que, además, manifiestamente tardía, y que, sorpresivamente, la expone a la eventual pérdida del derecho a reclamar tal crédito en otro proceso, cuando en este, lo hizo en tiempo y forma.

De allí que, independientemente que la propiedad estuviera inscripta a nombre de la madre de su *ex*cónyuge, lo cierto es que no está controvertido que las mejoras fueron hechas durante la vigencia del matrimonio de A y D con fondos gananciales; como tampoco que el demandado era usufructuario de esa vivienda (informe de dominio de fs. 259 así lo corrobora), la cual, fue vendida por la Sra. Morales en el año 2019 (hecho que el demandado no controvierte); es decir, luego de iniciada esta demanda de liquidación de bienes, pero sin que se le retribuyera -al menos no surge así probado- la parte en la que contribuyó a efectuarlas.

Lo así analizado viene confirmar que admitida la existencia de mejoras en el inmueble propiedad de Morales realizadas durante la vigencia de la comunidad y con fondos gananciales -tal los términos que surgen de la audiencia preliminar fijándolo como un hecho no controvertido-, la conclusión sentenciante se presenta errónea, puesto que, debía expedirse al respecto, sin perjuicio que, luego, pudiera determinar a tenor de la prueba producida (tanto por la actora como el demandado) la medida de su extensión.

Por tanto, corresponde revocar la sentencia en cuanto sostiene la improcedencia de ese reclamo y, en consecuencia, expedirse ahora (art. 258 CPCC).

**III.- b) 1.2** En ese orden -como antes reseñé- la actora las reclamó y estimó en la suma de $ 300.000 (fs. 45), para lo cual ofreció prueba pericial arquitectónica; D., por su parte no desconoció su realización, sino que afirmó que la colaboración de ellos había sido de menor cuantía y que en su mayoría fueron afrontadas por su madre (tesitura que mantiene al responder el agravio).

Por lo cual, sin perjuicio que la existencia de las mejoras no es un hecho controvertido, igualmente la prueba pericial arquitectónica realizada viene a corroborarlo; y, además, da cuenta del valor al que ascienden (la suma de $ 757.369); el demandado, sin embargo, no trajo prueba que diera cuenta de la medida de ese menor aporte que según dijo efectuaran ni que aquellas hubieran sido efectuada por su madre y, en su caso, de esa mayor proporción invocada.

Además -en este estadio- se limitó a pedir el rechazo del agravio pero sin efectuar replanteo de la cuestión (art. 244 CPCC) o esgrimir objeción respecto de la pericial producida.

En consecuencia, cabe admitir a favor de S. P. A. el crédito derivado de las mejoras denunciadas en la demanda (pto II.e), fs. 40/43) y que resulta del 50% del monto determinado en aquel dictamen pericial no impugnado ($ 757.369), lo que así propicio resolver, en tanto resulta integrante de la masa de bienes y derechos sujetos a liquidación entre los *ex*cónyuges.

**III.- b) 2. Del carácter ganancial del mobiliario del hogar conyugal**Respecto de esa cuestión, el juez dijo (considerando 4.C) que la actora reclama los bienes (detallados en el punto f) a fs. 41) como su carácter ganancial; mientras que el demandado desconoce (a fs. 59) la existencia de aquellos, a excepción del juego de dormitorio de roble.

Refirió entonces que *“...si bien la parte accionante alega su existencia y los enumera someramente sin individualizarlos no ha producido prueba alguna que determine su existencia, cuando y por quien fueron incorporados a la comunidad...”*, de lo que deriva que *“...no corresponde en consecuencia expedirse respecto del carácter de unos bienes, cuya existencia se desconoce, a excepción del juego de dormitorio de roble cuya existencia sí es reconocida por el demandado, y se presume conforme lo determina el art. 466 del C.C.C. el carácter ganancial del mismo.”.*

Respecto de lo así decidido -en el segundo agravio- la actora impugna que el juez otorgó carácter ganancial sólo al juego de dormitorio de roble siendo que de conformidad al art. 466 del CCyCN, se presumen gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad.

Expresa que el juez se limita a señalar que su parte no produjo prueba para demostrarlo cuando es el demandado, al afirmar el carácter propio, quien debía probarlo; sin embargo, este se limitó a negar la ganancialidad y su madre -Sra. Morales- a manifestar que, cuando su parte se mudó, lo hizo a una casa *"montada"*, mas, sin precisar cuales eran los muebles que en ese momento tenía.

Que la*"realidad"* dice, es que cualquier pareja para convivir requiere de bienes muebles y en este caso, son los que surgen del acta de exposición (obrante en expte. 107386), tampoco puede obviarse que debió retirarse del hogar conyugal en un contexto de violencia de género, por lo que "*no se le puede exigir que acredite desembolsos económicos efectivos, sino que debe recurrirse a la prueba presuncional, flexiblemente analizada y en especial con una mirada de género que es la que indica que si dos personas convivían, ambas trabajaban, lo razonable es que ambas hayan aportado a tales efectos, en la medida que no exista ninguna prueba que la contradiga."*

**III.- b) 2.2 Su decisión**

Propuesta así la crítica se observa que, al demandar, la actora no sólo alegó el carácter ganancial del mobiliario integrante de la comunidad de bienes, sino que lo detalló (fs. 41, pto. II.f):*"Juego completo de dormitorio de roble, juego completo de comedor de algarrobo, placar de madera, 1 TV led de 47´, 1 LCD de 47´, 3 puertas balcón de madera, vidrios repartidos, 1 consola de X-VOX 360, 2 aires acondicionados, 3 calefactores, 1 microondas,1 lavarropas automático, 1 ventana de estructura de madera con postigos, bienes que se encuentran en la vivienda que fuera sede del hogar conyugal".*

Esos bienes fueron desconocidos por D. (fs. 59), quien negó la existencia del TV led de 47, LCD y X-BOX y solo reconoció como parte de la sociedad conyugal "*el juego de dormitorio de roble"*. En cuanto al placard y juego de comedor dijo que eran de su madre, y que el resto eran bienes anexados al inmueble donde ellos vivían -no colocados por ellos-, del cual aquella era propietaria (aires acondicionados, calefactores, ventana, etc).

En ese marco, en principio, asiste razón a la apelante al reprochar que el juez le exigiera a ella la acreditación del carácter ganancial del mobiliario del hogar conyugal, dado que esa calificación surge legalmente presumida (art. 466 CCyC) y quien afirma lo contrario -en este caso su carácter propio o de un tercero-, es quien debía probarlo.

En tal sentido, frente a esa presunción era el demandado quien debía desvirtuarla; mas, para su aplicación, se requiere primeramente de la acreditación de la existencia de esos bienes cuya ganancialidad se pretende, presupuesto que, tal como surge de las actuaciones conexas (expte. 107.386) encuentra cumplimentado por la actora.

Efectivamente, conforme refiere en su agravio (fs. 365vta.) de aquellas actuaciones surge que al retirarse de la vivienda que fuera asiento del hogar conyugal, detalló los bienes que lo integraban (cfe. acta de exposición de fecha 29.1.2015, 16/17 de aquel trámite); documental esta de la cual tomó conocimiento el demandado (por notificación personal en el trámite fs. 48 por el retiro del expediente por parte de su abogado) pero, sin embargo, no la desconoció; tampoco contradijo la versión dada por aquella con otras probanzas.

Por tanto, contrariamente a lo sostenido por D., la existencia de aquellos bienes no está *"limitada a la mera referencia genérica de la parte actora",*sino que aportó prueba respecto de su verosímil existencia.

Pero, sin perjuicio de la prueba referenciada -no desconocida, reitero-, se colige además que es la renuencia demostrada por aquel frente a la orden judicial de inventariarlos (cfe. surge de fs. 24/25) al negar el ingreso a la vivienda del oficial de justicia encargado de esa diligencia, lo que viene a corroborarla; puesto que antes que interpretar ese accionar como favorable a su postura, la desvirtúa.

Cabe aquí hacer un paréntesis respecto de lo allí acontencido, puesto que si bien la actora para efectivizar ese inventario pudo requerir el auxilio de la fuerza pública, luego de aquella diligencia frustrada, explicó las razones por las cuales no lo hacía (“*...es mi intención no solicitar medidas que puedan violentar de manera alguna a mi esposo...", fs 26*).

Frente a esa situación, el impedimento a una orden judicial generado por el propio arbitrio del demandado antes que validarlo, debió alertar al tribunal actuante a fin de arbitrar las medidas necesarias para su realización, ello considerando que la requerida (como cautelar y en el proceso de divorcio) advino a resultas del contexto de violencia denunciado que, en ese momento, surgía verosímilmente acreditado (cfe. denuncia que derivó en la investigación penal como en la orden de restricción de acercamiento de D. a su respecto según constancias del legajo penal nº 38459 aportadas a fs. 14/18).

Por lo demás, en cuanto al específico régimen de comunidad de bienes derivado del matrimonio que prevé el CCyC, resulta oportuno memorar que el artículo 472 prevé que en caso de "***Ausencia de prueba****. Se reputa que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas los bienes respecto de los cuales ninguno de ellos puede justificar la propiedad exclusiva".*

En consecuencia, frente a la probada existencia del mobiliario en la vivienda que fuera sede del hogar conyugal (Jazmines 175 y en la que convivían desde el año 2005, según dijo el demandado a fs. 6, final) y en la que su propietaria nunca vivió (como refiere la apelante en su agravio por haberlo así expresado la Sra. Morales al declarar, fs.125), habilita a aplicar la presunción de ganancialidad (art. 466 del CCyC), dado la ausencia de prueba que la desvirtúe por parte de D. (carga que le incumbía por afirmar que esos bienes eran suyos y de propiedad de su madre) y lo previsto por el art. 472 del CCyC, me determinan a admitir el agravio propuesto y, por ende, a incluirlo dentro la masa común, lo que así resuelvo.

**III.- b) 3 Del motovehículo BMW**

Respecto de ese bien, el juez ponderó (considerando 4.D) que *“...si bien la parte actora alega la existencia de dicho bien y su carácter ganancial a fs. 41, la misma es desconocida por la parte demandada, a fs. 56, alegando desconocer su existencia y que la misma "no fue nunca de la sociedad conyugal"*(a fs. 54); así surge del informe de dominio histórico, dado que las partes no figuran como titulares de dicho motovehículo y, corrido traslado a la actora de esa documental, esta no se expidió al respecto.

Expresa la apelante -en el tercer agravio- que de acuerdo al informe periodístico aportado (fs. 30) dicho bien fue adquirido por D. durante la comunidad de bienes; y, considerando que en los procesos de familia (art. 710 CCyC) y de acuerdo al principio de*"carga dinámica probatoria",*aquel debía probar que los dichos del diario no eran ciertos o que vendió el bien con posterioridad a la carrera, sin embargo se limitó a negar su ganancialidad como a acompañar un informe de dominio que demuestre quién sería actualmente el titular registral, pero nada dice de su adquisición durante el matrimonio.

Expresa que los *"indicios"*que surgen de la compulsa de las actuaciones y el comportamiento procesalmente *"inactivo"*de aquel no fueron ponderados en la sentencia, puesto que, prácticamente, no produjo prueba ni concurrió siquiera a las audiencias testimoniales por el ofrecidas; mas aún -dice- cuando aquel reconoció haber adquirido dicho bien y, por tanto, a tenor de la teoría de los actos propios debe incorporarse, como tal, al acervo conyugal.

**III.- b) 3.1 Su decisión**

Pues bien, planteada así la cuestión recursiva, cierto es que existe un informe del registro histórico del referido dominio expedido por el RPA; mas no se trata de cuestionar la validez o no de los datos informados (como pareciera interpretar el juez al expresar que la actora no desconoció esa documental), sino de determinar el tiempo en que el cual, eventualmente, el demandado adquirió ese vehículo o si existe prueba que dé cuenta que, efectivamente, ese bien fue incorporado durante la vigencia del matrimonio.

En ese extremo -como bien apunta la actora- el juez se limitó a señalar que las partes no surgen inscriptas como sus titulares; pero, para considerar la eventual ganancialidad de un bien al tiempo de la liquidación del régimen de comunidad, resulta indistinto que esté a nombre de la actora o a nombre de D.

Esa inscripción registral facilitaría la prueba en punto a la fecha de adquisición del dominio respecto de ese vehículo pero, de no contarse con ese dato registral, no implica que igualmente pudiera probarse por otros medios.

Sucede que, independientemente que se registre el vehículo a nombre de uno de los cónyuges, ello no es lo dirimente, sino acreditar si ese bien ingresó al patrimonio de alguno de ellos durante la vigencia del vínculo matrimonial, a fin que, el derecho a su parte proporcional de los gananciales que durante su vigencia se encuentra latente, paradojalmente, se operativiza recién al tiempo de concluirla.

Pues bien, como dije, el hecho que un vehículo estuviera inscripto en el RPA hubiera zanjado objetivamente la fecha de adquisición del bien, mas ello no obsta a que pudiera haber otras probanzas que den cuenta de su existencia; ahora bien *¿a quién correspondía en este caso probar su existencia como fecha de adquisición?.*

En este caso, la actora sostiene que el informe periodístico resulta suficiente prueba de la existencia de ese bien como para determinar que fue adquirido por su *ex* cónyuge durante la vigencia del matrimonio; éste, a su vez, invoca que esa crónica sólo refiere que habría adquirido el vehículo "*durante el 2011",* pero que ellos contrajeron matrimonio*"prácticamente sobre fines de ese año",*el 11.11.2011, lo que ratifica *"el desconocimiento de este bien como integrante de la comunidad y tal como se indicara al tiempo del responder"*(fs. 377 final/vta.).

Esgrime que, además, no existe identidad entre el dominio reclamado por la actora (BMW) y el que da cuenta aquel artículo periodístico (marca Zanella), conforme surge de la documental que acompañó al contestar demanda.

Ya expresé antes que para aplicar la presunción de ganancialidad del art. 466 del CCyC, es preciso demostrar previamente la existencia de bienes al tiempo de extinguirse la sociedad conyugal; prueba que, en este caso, corresponde a la actora (art. 360 CPCC) porque afirmó que ese bien integraba la sociedad y porque el demandado, al responder, negó no ya su ganancialidad sino la existencia misma de aquel como integrante del patrimonio común.

Por tanto, la presunción del art. 466 del CCyC sólo alcanza a la calificación ganancial del bien, pero no para acreditar su existencia; y, en ese orden, la actora postula que tanto la existencia como el carácter ganancial del bien se encuentran acreditadas con el informe periodístico aportado.

A tenor de la crónica allí efectuada ("*El piloto M. D., con una moto BMW 450, disputó por primera vez el Rally Cross country..."*), lo que da cuenta es que D. en ese momento disputaba una carrera y en principio, estaba en posesión de la moto en la que se lo observa en esa fotografía (no se distingue allí su patente dominial identificatoria); más, de ese texto periodístico no podría derivarse que fuera su propietario o que la hubiera adquirido; a lo sumo es dable presumir que detentaba el carácter de guardián (art. 1758 CcyC).

Por tanto, aún cuando el razonamiento del juez no sea totalmente apropiado para rechazar su reclamo -como antes expresé-, sin embargo no habilita a admitir el agravio dado que, a diferencia de los anteriores bienes, el motivo dirimente de la exclusión de la moto BMW de la masa común partible, es la ausencia de prueba idónea para acreditar que ese bien, primeramente, existiera como integrante del patrimonio de D. y, en su caso, que fue incorporado durante la vigencia del matrimonio o que se constató al tiempo de su extinción.

Motivo por el cual, dado que tales extremos no surgen eficazmente probados, obstan considerar a ese motovehículo como un bien integrante de la comunidad entre los cónyuges y, por tanto, no autoriza tampoco a aplicar a su respecto la presunción de ganancialidad (art. 466 CCyC), dado que, como dije, aquella se operativiza una vez acreditado aquel preliminar presupuesto, mas no ante su ausencia.

**III.- b) 4. El carácter propio del fondo de comercio como la ganancialidad de sus frutos (art. 465 CCC)**

Al expedirse el juez (considerando 4.E) en relación al carácter ganancial del*“Fondo de comercio, elementos y accesorios para la venta”* expresó que dicho carácter *“es desconocido por el demandado”*quien alegó que el emprendimiento comercial*“...lo inicia previo a la celebración del matrimonio...”.*

Expresa que, al igual que en los anteriores *ítems*, se está ante *“...una carestía probatoria que dificulta la resolución de los presentes...”* dado que si bien existe una presunción legal establecida por el art. 466 del C.C.C “...*no alcanza para tener por acreditado lo manifestado por la parte acccionante en relación al fondo de comercio...”.*

Señala que de la misma prueba documental incorporada por la parte actora (a fs. 24/27) surge que*“el contribuyente de la tasa municipal por el comercio es exclusivamente P. M. D.”*, y también que el monotributo corresponde*“...exclusivamente a dicha persona física...”*, que uno de ellos fue abonado *“...antes de la celebracion del matrimonio (19-08-11)”.*

Refiere que “...*en la declaración de parte de la accionante, a fs. 122, a la pregunta 7...”*respecto de si *"...durante la convivencia matrimonial (e incluso antes), los ingresos de la pareja lo constituían exclusivamente los ingresos de un comercio de reparación de celulares de propiedad del Sr. D.",* respondió:*"Si"*.

En consecuencia, dijo que de la prueba documental adjuntada por la accionante y su declaración de parte se puede concluir que el fondo de comercio *“es un bien propio del demandado”*, en el cual como surge*“de la prueba testimonial colectada*”,la actora realizaba tareas de colaboración.

Agrega que, sin perjuicio que el fondo de comercio es un bien propio, sus frutos eran gananciales -art. 465 C.C.C-, pero “...*fenecida la comunidad los frutos del fondo de comercio son propios...”*, por tanto, constituía carga de la accionante*“... determinar los frutos y si algunos de los mismos fueron reinvertidos en el fondo...”* y que *“...Los bienes inventariados a fs. 35/35 vta. del expte. 107386, son los bienes muebles propios del fondo de comercio y mercadería de reposición propia del giro comercial”.*

Contra lo así resuelto, la apelante -en su cuarto agravio- esgrime que era D. quien debió acreditar el carácter de propio del fondo de comercio (cfe. art. 710 del CCyC), pero no fue así, toda vez que el juez lo tuvo por acreditado por ser éste el contribuyente de la tasa municipal de comercio y existir constancia del monotributo de modo previo al matrimonio y, así también, porque su parte, al declarar, expresó que los ingresos de la pareja, antes de casarse, estaban constituidos exclusivamente por aquellos.

Sostiene en ese aspecto que hay un claro desconocimiento de la actividad comercial y su manejo, porque el contribuyente de la tasa municipal de comercio es quien solicita la habilitación pero resulta indistinto quien figure, dado que en la mayoría de los casos, esa solicitud la realiza uno solo de los integrantes del matrimonio.

Esgrime que el pago del monotributo nada dice sobre el carácter del fondo de comercio, pues la inscripción ante la AFIP es requerida para cualquier prestación de*"servicio, bienes o negocio"*que una persona quiera comenzar e incluso, señala, puede serlo al solo efecto del pago del componente *"previsional"* sin que ello signifique que se encontrara inscripto en actividad alguna.

Expresa que el juez nada dice tampoco de la declaración del testigo Rekofsky, quien refirió que adquirió el comercio con posterioridad al divorcio, con lo cual se generó una ganancia más para el demandado, pero de la cual no hizo partícipe a su parte, de lo cual surge que el juez discrimina su rol dentro del matrimonio dado que desconoce su colaboración que ha sido acreditada y, por tanto, deriva en la violación del art. 5 de la CEDAW.

Argumenta que en la sentencia pareciera que no existe el deber de juzgar con perspectiva y para lo cual resulta imprescindible acudir al contexto vivencial de las partes quienes -dice- desde que eran novios aportaron al fondo de comercio y los testigos dan fe que ambos lo atendían, compartiendo tareas; lo que ha quedado probado y firme.

Con relación a la prueba que el juez exige a su parte, señala que toda cuestión familiar -máxime en el marco de violencia de género- se encuentra con una dificultad probatoria por lo que aquel es quien deberá analizar el grado de probabilidad de que los hechos ocurrieran de cierto modo y, exigirle a ella que acredite todos y cada uno de los desembolsos económicos realizados, implica observar la realidad de los hechos con total desigualdad.

Respecto a los frutos del fondo de comercio, señala que el juez efectúa una interpretación errónea del art. 465 CCC; ello cuando considera que dejan de ser gananciales una vez fenecida la comunidad cuando, el nuevo código, modifica ese régimen incluyendo como tales a los frutos industriales de los bienes de los cónyuges y siendo indiferente su calificación, siempre que se hayan devengado durante la comunidad.

De los movimientos de cuenta bancaria acompañados (fs. 158/198, 262/303) surge que era el demandado quien la manejaba durante la comunidad fruto del fondo de comercio en común; pero nada de ello, dice, fue mencionado en la sentencia ni justifica el juez la razón por la cual considera los frutos como propios.

Sólo se limitó a decir que era carga de su parte probar su ganancialidad pero haciendo caso omiso a lo previsto por el art. 465 CCC y sin fundamento legal alguno; en definitiva, solicita se decrete la ganancialidad del fondo de comercio y de sus respectivos frutos.

**III.- b) 4.1 Su decisión**

Conforme los términos de la impugnación, el agravio se dirige contra la exclusión del fondo de comercio como ganancial al cual se le asignó el carácter de un bien propio de D., como la ausencia de ganancialidad de los frutos devengados por dicho emprendimiento no ya durante la vigencia de esa comunidad -los que el juez sí reconoce como tales, y viene consentido por aquel- sino luego de concluida aquella.

En principio, cabe señalar que la existencia del fondo de comercio al tiempo de la extinción de la sociedad conyugal no es un tema en cuestionamiento, sino cuando inició aquel y, por tanto, su carácter ganancial o propio.

En tal sentido, asiste razón a la actora cuando señala que el hecho que la habilitación comercial del fondo de comercio se encuentre a nombre del demandado no impide considerar, por esa sola razón, que ese bien resulte un bien propio de aquel; lo que interesa -reitero- no es a nombre de quien se encuentre inscripto el bien al tiempo de la extinción de la comunidad, sino si fue adquirido o incorporado durante la vigencia del matrimonio.

En ese sentido, resulta preciso recordar que durante la vigencia del matrimonio cada cónyuge conserva la administración de los bienes registrados a su nombre (arts. 469, 470 y sgtes. CCyC), más, no por ello, al tiempo de disolverse el matrimonio y extinguirse la comunidad, resultan excluidos de la masa de gananciales.

Por igual motivo, tampoco resulta dirimente para asignar el carácter propio que la inscripción en el monotributo sólo esté a nombre de D. o que este hubiera abonado un pago de ese impuesto de forma previa al matrimonio (19-08-11); lo que importa es si ese fondo de comercio estaba constituido desde antes de celebrar la unión conyugal; pero, aún cuando así lo fuera, si luego de celebrada existieron aportes -sean dinerarios o en especie- por parte de los cónyuges y, en su caso, si fueron realizados con bienes propios o gananciales, dado que al liquidar la comunidad se determinará, a resultas de ello, si integran o no la masa común.

En tal tesitura, tampoco puede obviarse que los frutos devengados durante la comunidad por ese fondo de comercio -aún cuando fuera de carácter propio- son gananciales, no ya por aplicación de la presunción de ganancialidad del art. 466 del CCyC, sino porque esa calificación viene dada expresamente por la ley (art. 465 incisos c) y d) del CcyC).

Bajo tales premisas, entonces, en el pronunciamiento impugnado se observa un error conceptual respecto de la aplicación del régimen de comunidad de bienes del matrimonio, de lo que deriva el equívoco razonamiento respecto de su calificación.

Es que, en ese contexto, se observa que D. (fs. 57) al contestar la acción no desconoció la existencia del emprendimiento comercial -de reparación de celulares y venta de materiales vinculados con esa tecnología-, sino que negó que pudiera considerarse un bien ganancial, en tanto sostuvo que lo inició antes de contraer matrimonio -*"entre los años 2007/8”*-.

Expresó que la actora “*colaboraba”* en ese comercio y que, luego de casados, fue la única fuente de ingresos *"...de manera tal que lo que generaba el negocio se iba consumiendo en cuestiones cotidianas y lo que se pudo invertir, determinó precisamente la adquisición de la camioneta y el ciclomotor que se reconoce como propiedad de la sociedad conyugal ... lo generado por ese emprendimiento fue consumido por la vida del matrimonio y cuestiones de la vida diaria (gastos de alimentación, atención médica, viajes, etc.)"*.

De ello deriva que, en definitiva, la actora aportó su trabajo -personal- en el desarrollo de esa actividad comercial y efectivizó una actividad productiva a favor de la comunidad, aún cuando el demandado, al conceptuarla como *"colaboración"* pretenda minimizarla.

Resulta oportuno memorar que, ante la falta de opción de otro régimen patrimonial *"... los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al regimen de comunidad de ganancias..."* (cfe. art. 463 del CCyC) y que, la ley presume, que durante su vigencia, los aportes de ambos cónyuges han sido idénticos, por eso dispone que los bienes que existan al disolverse la sociedad, se dividen en partes iguales (cfe. art. 498 del CcyC).

**III.-b) 4.1.1.**Por tanto, cabe extraer como primera conclusión que, aún cuando el emprendimiento comercial principiara antes del matrimonio, los frutos devengados luego de su celebración son gananciales; reitero, no por aplicación de la presunción del art. 466 del CCyC sino porque esa calificación está expresamente acordada por el artículo 465 -incisos c) y d)- del CCyC.

Así establece:***"Bienes gananciales.****Son bienes gananciales:...c) los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes propios y gananciales devengados durante la comunidad; d) los frutos civiles de la profesión, trabajo comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengado durante la comunidad".*

De ello deriva que al concluir el juez que *“... Los bienes inventariados a fs. 35/35 vta. del expte. 107386, son los bienes muebles propios del fondo de comercio y mercadería de reposición propia del giro comercial”* y, en base a ello, rechazar su inclusión en la masa de gananciales, esa interpretación resulta desajustada a la propia calificación que otorga la norma de fondo.

En consecuencia, si la actora acreditó la existencia de aquellos bienes derivados del emprendimiento comercial (cfe. inventario realizado en el expediente nº 107.386 que la actora ofreció como prueba y con la intervención del oficial de justicia) y no sólo habilita a presumir su ganancialidad (art. 466 CCyC), sino que esa calificación es la que surge imperativamente asignada (art. 465 del CCyC); no deja resquicio interpretativo en cuanto al carácter que debe otorgárseles.

Ese marco normativo específico al régimen de comunidad da cuenta que implica también un error conceptual sostener -como lo hace el juez al sentenciar- que, una vez concluida la comunidad, los frutos producidos por el fondo de comercio serán propios, toda vez que en principio -como bien refiere la actora-, pareciera no haberse percatado que es el artículo 465 del CCyC el que prevé distintos supuestos en los cuales, aún cuando la comunidad se hubiera extinguido, permite considerar como gananciales algunos bienes y derechos.

Entre otros supuestos, prevé que "S*on bienes gananciales...f) los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado con el patrimonio propio...",* así también,*“...j) los adquiridos después de la extinción de la comunidad, si el derecho a incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título oneroso durante ella..."* o en su caso, los referidos en el inciso *"ñ".*

Razón por la cual, es por imperio normativo que la extinción de la comunidad no impide calificar como gananciales los bienes o derechos que pudieran haber entre los *ex* cónyuges en razón de su sola finalización; allí reside el equívoco en el cual también incurre el demandado cuando -al responder ese agravio-, si bien acuerda que los frutos producidos durante la comunidad son gananciales, sin embargo interpreta -al igual que el juez- que ya no lo serían luego de la extinción de esa comunidad.

Premisa que, como dije, resulta desvirtuada por expreso mandato legal.

Pero, además, cabe aquí precisar -a fin de aclarar esa cuestión- que, al extinguirse el regimen patrimonial de comunidad de gananciales (por cualquiera de las causas previstas en el art.475 CCyC), se forma una indivisión con los bienes gananciales; precisamente, esa masa ganancial constituye el resultado económico de la vida marital y es la que será liquidada con la partición (art.496 CCyC).

El CCyC (art.481) la denomina *"indivisión post comunitaria"*; pero en doctrina se han sostenido otras denominaciones; tales como*"indivisión post societaria"* (Mendez Costa, M.K. Derecho de familia, t.II, ps.278,); *"post-regimen"* (Vidal Taquini, C.H. Régimen de bienes del matrimonio, pág. 264); *"postcomunitaria"*(cfe. anteproyecto del Codigo Civil de 1998), *"indivisión comunitaria"* (Mazzinghi, J.A. Tratado de derecho de familia, t.II. pág.414), también la de *"indivisión postganancial"*o *" comunidad postganancial"*(cfe. Franciso M. FERRER en "Comunidad hereditaria e Indivisión postganancial", Ed. Rubinzal Culzoni, pág.444, abril 2018).

Pero, en definitiva, lo que interesa es que todas ellas refieren a esa nueva situación de indivisión de la masa de gananciales que, como dije, se produce con la extinción del régimen de comunidad, dado que durante la vigencia del régimen de la sociedad conyugal no existe propiamente comunidad, sino que tal como sostiene Mazzinghi (ob. cit.) y comparto -por ser un concepto técnicamente mas adecuado-, esta aparece cuando aquella cesa y perdura hasta la partición concluida; pero hasta tanto eso suceda ( como prevé el art. 481 CCyC) la indivisión se rige *"por los artículos siguientes de esa Sección".*

Bajo tales premisas, entonces, determinado que los frutos producidos durante la vigencia de la comunidad por ese fondo de comercio -cuya existencia está probada- son gananciales,como también la posibilidad que, una vez extinguida de haber continuado produciéndolos también lo son, cabe determinar si la actora tiene un crédito a su favor respecto de los producidos luego de concluida la sociedad conyugal a resultas de esa indivisión *post* ganancial que ahora se encuentra liquidándose a resultas de la acción instada por ella y sin que haya habido aún partición.

En ese orden, quedó probada la existencia del fondo de comercio no solo durante la vigencia de la comunidad sino su subsistencia al tiempo de concluir la vida marital y que, aún luego de haber concluido, la comunidad de bienes no se liquidó -no obstante haber concluido aquella con retroactividad a la fecha de separación de hecho los cónyuges (2014)- sino que continuó produciendo frutos -independientemente del carácter propio o no de aquel-, por lo cual, como lo prevé el art. 485 del CCyC, los frutos y rentas de los bienes indivisos, acrecen a la indivisión.

En ese orden, surge que aquel fondo de comercio fue vendido por D. a un tercero -según sostiene la actora y no resulta controvertido- e incluso, así surge probado por la testimonial de Recofski (por ser esa persona quien dijo haberlo adquirido), de lo cual deriva que los bienes que lo integraban e inventariados previamente (según se dijo) formaban parte de la masa de gananciales y sujeta a liquidación y partición entre los *ex* cónyuges, dado que a la actora le corresponde su parte proporcional o en su defecto, del producido de la venta de aquellos.

Máxime cuando no surge acreditado que la actora hubiera sido desinteresada por D. respecto del crédito que deriva a su favor respecto de aquellos frutos producidos durante la indivisión postganancial (de lo que dan cuenta los informes del estado y movimientos bancarios de la cuenta de D. períodos 2011 a 2014,fs. 263/277), y que fue cerrada el 12.02.2020 (según informa el banco,fs.263), es decir, luego de instada esta acción de liquidación de comunidad de bienes (15.5.2018).

**III.-b) 4.1.2** Dirimido lo anterior, cabe determinar si el emprendimiento comercial -independientemente que sus frutos durante la comunidad son gananciales como también aquellos que se hubieran continuado devengando aún cuando aquella se hubiera extinguido previamente-, es un bien propio o ganancial y, para dirimir esa disyuntiva, ha de determinarse si tuvo inicio antes de contraer matrimonio ( como sostiene el demandado) o luego de haberlo hecho (según postula la actora).

En tal sentido, la actora cuenta con la prueba de su existencia al tiempo de la extinción de la comunidad lo que en principio habilita a aplicar la presunción de tal carácter (art. 466 CCyC), pero que, como dije, puede ser desvirtuada por prueba en contrario; carga que, en este supuesto, incumbe al demandado porque no negó su existencia sino que afirmó el carácter propio de aquel.

Aquella invocó que su postura se encuentra sustentada por la constancia de inscripción comercial como el pago del monotributo a su nombre antes de contraer matrimonio y, la actora, a su vez, señala que esos datos no implican, por sí mismo, prueba determinante del carácter propio.

Sin embargo -de acuerdo al cotejo de los téminos de la demanda como su respuesta-, se colige que ambas partes coinciden en dos cuestiones: que antes de casarse ya convivían en la vivienda sita en la calle Jazmines Nº 175 y que en esa época el emprendimiento ya existía, prodigándoles los ingresos para solventar su cotidiano vivir como la adquisición de bienes; así también, que continuó desarrollándose luego de contraer matrimonio (2011) y siguió siendo su fuente de ingresos.

Por tanto, frente a la controversia planteada respecto de la calificación de ese bien, son aquellas manifestaciones concordantes de las partes las que dan cuenta que ese emprendimiento fue iniciado de modo previo a contraer matrimonio.

En tal sentido, existe entonces prueba en contrario de esa presunción de ganancialidad que emerge del art. 466 del CCyC y, por tanto, en ese aspecto, ha de confirmarse lo sentenciado por el juez en cuanto a que el inicio de ese emprendimiento fue antes del matrimonio.

Mas, lo que no probó el demandado -pudiendo hacerlo- es qué bienes lo integraban en ese tiempo o, al menos, en la época próxima a contraer matrimonio (no se cuenta con un inventario de bienes ni estados contables de los ingresos habidos en ese momento ni del capital existente, ni del giro comercial como la existencia de un stock de mercadería adquirida a ese tiempo, etc.).

Ello considerando que, conforme prevé el art. 446 del CCyC, "*antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tenga únicamente por objeto",*entre ellas*"a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;..".*

En tal tesitura, la constancia de habilitación comercial como el pago del monotributo no bastan para determinar en qué consistía*materialmente* el patrimonio constitutivo de ese fondo de comercio, sino que sólo da cuenta que esa actividad comercial había comenzado antes de casarse.

Por lo demás, aún cuando resulta verosímil la versión de la actora en el contexto dado (que convivían desde el año 2005) y que en ese tiempo también ella aportaba su trabajo en aquel el emprendimiento, lo cierto es que, el régimen patrimonial de comunidad de bienes que prevé el art. 463 del CCyC comenzó luego de casarse y, sabido es que, difiere del régimen patrimonial de las uniones convivenciales (art. 518 CcyC).

En aquel se presume la ganancialidad de los bienes (art. 466 CCyC) mientras que, en el segundo, la relaciones patrimoniales entre los conviventes se rigen por lo estipulado en los pactos de convivencia y, en defecto de ello, cada integrante ejerce libremente la administración y disposición de los bienes de su titularidad (no obstante la restricción que se prevé en el art. 522 respecto de la vivienda familiar y los bienes indispensables que se encuentren en ella) y, al finalizar (art. 528 CCyC) los bienes adquiridos se mantienen en el patrimonio al que ingresaron durante la convivencia.

De allí que, al no pretender la actora -en su marco fáctico y legal y en la anterior instancia- los derechos que pudiera titularizar durante aquel período convivencial, sino que en esta acción sólo reclama los derivados del régimen patrimonial habido a resultas del vínculo matrimonial, es claro que no puedo expedirme respecto de aquellos ni de su eventual ganancialidad que, como tal, es ajena a aquel regimen convivencial.

Por tanto, sólo cabe hacerlo respecto de aquellos aportes que fueron efectuados en el comercio mientras continuó desarrollándose durante la vigencia del matrimonio ( que se presumen efectuados en partes iguales como antes dije), marco en el cual, la actora aportó personalmente su trabajo y por ende, los frutos producidos como *“...Los bienes inventariados a fs. 35/35 vta. del expte. 107386..."* no sólo se presumen gananciales (art. 466 CCyC) sino que así deben ser catalogados por imperio legal (art. 465 CcyC), máxime cuano el demandado no probó su propiedad exclusiva ( art. 472 CCyC).

Por tanto, de conformidad a lo analizado, si bien cabe confirmar que la actividad comercial dio inicio antes del matrimonio, como dijo el juez, sin embargo, cabe dejar sin efecto que *“... Los bienes inventariados a fs. 35/35 vta. del expte. 107386 son los bienes muebles propios del fondo de comercio y mercadería de reposición propia del giro comercial...",*y, en consecuencia, determinar que integran la masa de bienes de la comunidad susceptible de partición y respecto de lo cual la actora resulta acreedora de su parte proporcional (50%), lo que así resuelvo.

**III.- c) De la imposición de costas**

Como dije al inicio, ambas partes apelan la imposición de costas; la actora -en su quinto agravio- impugna que se le impusieran las generadas por el perito arquitecto por considerar el juez que no fue una prueba útil para el proceso, de allí que, de accederse a su primer agravio, peticiona que se modifique esa imposición, aunque no refiere -en concreto- en qué sentido lo pretende; así también que -de hacerse lugar a los demás agravios expuestos- las del proceso sean impuestas al demandado.

Por su parte el demandado (fs. 370/371) impugna que las devengadas se distribuyeran por su orden, haciendo el juez excepción del principio general de costas a la parte vencida (art. 62, parte final, CPCC) por considerar que, en este tipo de litigios, se debe prescindir de su aplicación; en tanto si bien coincide en que en algunos casos cabe excepcionar aquel, no es este el caso, porque su parte no sólo se allanó a la pretensión de la accionante -tanto al efectuar las negativas y al responder- sino que el litigio obedeció a pretensiones desmesuradas de la actora al hacer referencia a la ganancialidad de bienes registrables como a bienes de terceros, pero sin prueba alguna.

**III.-c) 1 La decisión**

En punto a la objeción de la actora, en virtud de haberse admitido su primer agravio respecto del reclamo de mejoras y que, a fin de fijar el monto del crédito a su favor derivado de aquellas se consideró aquella pericial, esa imposición de costas sólo a su cargo, debe ser modificada; y, a resultas de ello, las generadas por la pericial arquitectónica serán impuestas por su orden (art.62- segunda parte- CPCC).

Ello asi, puesto que la apelante solicitó su modificación pero no pretendió que sean aplicadas en exclusividad al demandado y, si bien en su oportunidad este manifestó desinterés en su producción (arts. 453 inciso 2º del CPCC), dado que, como se dijo, han sido de utilidad para el proceso haciéndose mérito de ella en la decisión ahora adoptada, aquel no resulta oponible para ser eximido.

**III.- c) 1. 2** En cuanto al agravio del demandado, señala que el juez al imponer las costas del proceso por su orden, no atendió al objeto de la acción, lo peticionado en la demanda y lo sentenciado, dado que recepta absolutamente todas o prácticamente todas sus negativas de su parte en lo relativo a las pretensiones de la actora en cuanto a los bienes que integraban la comunidad, pero sin embargo no se las carga a esta de acuerdo al principio general (art. 62, primera parte, CPCC).

Agrega que, aún admitiendo la procedencia del rubro uso exclusivo de los bienes por lo menos, debió dejar a salvo lo relativo al pago de impuestos de dichos vehículos, dado que han estado a cargo y son una carga de la comunidad; de manera que deberá deducirse lo relativo al pago de cargas de la comunidad que afectan o afectaban dichos bienes al tiempo de su efectiva liquidación.

Señala que dichos bienes serán entregados sin deuda, por lo que en su caso corresponde que, desde la fecha de la extinción de la comunidad hasta la efectiva liquidación de los bienes señalados, deben descontarse los montos que correspondan a las cargas propias de esos bienes (impuesto a los vehículos), ello conforme los arts. 489 y 495 del CCC.

Por otra parte, en cuanto al período por el que debe abonarse ese concepto, entiende que debe limitarse hasta el tiempo del responder la acción, donde hubo allanamiento a la pretensión, dado que en ese momento es que tuvo las herramientas para acordar respecto de la partición de esos bienes y con ello, recuperar el uso de alguno o de ambos.

De no receptarse tal postura, dice, el límite temporal para el pago debe ser el de la audiencia preliminar porque involucra un período de conciliación (cfe. art. 345 inciso 2 del CPCC) por lo menos en relación a los bienes sobre los cuales su parte admitió su pertenencia a la comunidad.

Señala que en la sentencia quedó evidenciado que de las múltiples peticiones de la actora -que justificaron la existencia del litigio- sólo se acogieron las que su parte admitiera respecto a los bienes integrantes de la comunidad, por ello las costas deben ser impuestas a aquella, al menos en un mayor porcentaje que a su parte pues, cuantitativa y cualitativamente, resultó vencida en la acción por ella planteada.

Es que, dice, si bien su petición ha progresado, lo ha sido objetivamente solo en lo relativo al uso de bienes (punto 4.f de los considerandos) pero no así en el resto (punto 4.b ) refiere a los bienes respecto de los cuales su parte se allanó (conf. art. 64 inc.1 del CPCC).

Solicita entonces se revoque la imposición de costas por su orden -en lo relativo al punto 4 f de los considerandos- y se impongan las costas del proceso en un 85% a cargo de la actora (conf. art. 62 primera parte y 65 del CPCC) y, además, pide que en cuanto al uso exclusivo de los bienes de la sociedad conyugal (una camioneta y un motovehículo) a cuyo pago se lo condenó (punto 6) dice que deberá limitarse el tiempo por el que debe pagarse, descontándose al tiempo de la efectiva liquidación lo que fue abonado o deberá serlo, por ser carga de la comunidad y, de proceder el recurso, se la condene al pago de las costas de la segunda instancia.

En principio, el criterio expuesto por el apelante no basta para demostrar el error en el que pudiera haber incurrido el juez en su distribución al excepcionar el principio general; por el contrario, dio aquel fundamento de porqué consideró que en este caso, debía apartarse de esa regla; tampoco surge que -como refiere el demandado- se hubiera*"allanado"*a la pretensión de la actora conforme los términos del art. 286 del CPCC que, en su caso, habilite eventualmente eximirlo de las costas generadas.

Por lo demás, en cuanto a la pretensión de limitar el pago de lo condenado en la anterior instancia a favor de la actora (en el punto 6) por el uso exclusivo de los bienes de la sociedad conyugal (una camioneta y un motovehículo) y el descuento que requiere efectivizar, al tiempo de la efectiva liquidación de los bienes, respecto de esa indemnización (que no vino cuestionada) en concepto de impuestos que los gravan, por ser carga de la comunidad, no cabe siquiera ingresar a su tratamiento, menos aún en esta instancia.

Es que, esas pretensiones no son una crítica contra *la imposición de costas* por su orden que impugnó, sino un intento tardío de introducir en ese marco y en esta instancia pretensiones que no motivaron una apelación ni agravio en concreto, sino que no formó parte de las cuestiones dirimidas en la sentencia, ni se observa que de haber sido puestas a su decisión de modo previo (arts. 257 y 258 del CPCC), el juez hubiera omitido expedirse; motivo por el cual, es claro que resultan exorbitadas en esta instancia.

Por tanto, cabe confirmar la imposición de costas del proceso por su orden establecida por la sentencia de primera instancia y; consecuentemente, a resultas de lo decidido respecto del agravio de la actora quedan incluidas también, las costas generadas por la tarea pericial arquitectónica; lo que así resuelvo.

**IV.- De las costas y honorarios**

De acuerdo al resultado favorable del recurso intentado por la actora en lo que fue materia de agravios y haber planteado contradicción el demandado frente a aquel, cabe imponer las costas de este estadio revisor a cargo de este, por adquirir sustancialmente la calidad de vencido frente a aquella, como también frente a su propio recurso, dado su desestimación (art. 62 -primera parte- CPCC).

Regúlanse los honorarios de Verónica FERNANDEZ -abogada patrocinante de la actora- en el 30%, mientras que, a favor de José Mario AGUERRIDO -abogado patrocinante del demandado-, en el 26%; ambos porcentuales a regularse sobre los honorarios que les sean regulados en la anterior instancia (cfe. diferimiento señalado en el punto III) de la sentencia apelada (24.08.2021) y no viene como tal cuestionado); sumas resultantes a las se adicionará la alícuota del IVA en caso de así corresponder de acuerdo a la condición tributaria de los profesionales frente a ese impuesto ( arts. 6, 7 y 14 ley 1007).

**La jueza TORRES:**

De acuerdo con la solución propuesta en cada uno de los agravios que fueron tratados de modo particularizado y acorde a lo pretendido y probado, razón por lo cual adhiero a la solución propuesta.

Por ello, la**SALA 1 d**e la Cámara de Apelaciones, por unanimidad

**R E S U E L V E:**

**I.-**Admitir, parcialmente, el recurso de apelación deducido por S.P.A. contra la sentencia de fecha 24.08.2021 (fs. 344/351 y act. 1073605) en lo que fue motivo de agravios en los términos y alcances que se indican en los considerados de la presente y de acuerdo a las razones dadas.

**II.-** Desestimar el recurso de apelación deducido por P. M. D. contra la sentencia de fecha 24.08.2021 (fs. 344/351 y act. 1073605) en lo que fue motivo de agravios -imposición de costas del proceso por su orden-, todo conforme los alcances y razones dadas en los considerandos de la presente.

**III.-**Imponer las costas de esta Segunda Instancia a P. M. D.(art. 62 -primera parte- CPCC) y regular los honorarios de Segunda Instancia a favor de Verónica FERNANDEZ en el 30% y a favor de José Mario AGUERRIDO en el 26%; ambos porcentuales a calcularse sobre los honorarios que les sean regulados en la anterior instancia con más IVA en caso de así corresponder (arts. 6, 7 y 14 ley 1007) conforme las razones dadas en el considerado IV).

**V.-**Regístrese, notifíquese (art. 461 del CPCC) y, firme que se encuentre la presente, devuélvase al Juzgado de origen.

Firmado: Marina E. ALVAREZ- Laura B. TORRES (juezas de cámara)

Juan Martín PROMENCIO (secretario de cámara)