

“Medidas cautelares en el proceso de divorcio”.

Autor: VIGARRA, MARÍA JESÚS.

Institución de Pertenencia: Universidad Católica de Santiago del Estero-
Departamento Académico Rafaela

E-MAIL: maruvigarra@hotmail.com;

mjvigarra@trivelli-allochis.com.ar;

maria.vigarra@ucse.edu.ar

Curriculum vitae: Datos personales: María Jesús Vigarra, DNI: 31336400, nacida el 15/07/1985, en la localidad de Moises Ville, domicilio real Ayacucho Nº 764 y domicilio Legal Alem Nº 256 ambos de la ciudad de Rafaela, estado civil soltera. Estudios de Grado y Postgrado: -Abogada año 2009 Universidad católica de Santiago del Estero Dep. Académico Rafaela, -Especialista en Derecho de Familia Universidad Nacional de Rosario (CONEAU categoría C) en curso. Actividad Académica: - Participación en dos Proyectos de Investigación años 2006-2007 y años 2008-2010 en UCSE –D.A.R, carácter: becaria.- Docente en la cátedra Derecho de Familia y Sucesiones (categoría J.T.P), de la carrera de Abogacía, UCSE DAR, Colaboradora del Área Ciencias Jurídicas de UCSE- DAR. Ejercicio de la Profesión: Abogada Asoc. Estudio Jurídico Trivelli, Allochis & Asoc., Mat. 5-436, Fº109, Tº I del Colegio de Abogados de la V Circunscripción Judicial de Santa Fe.

Resumen: El objetivo de esta monografía es el análisis de las *medidas cautelares en el proceso de divorcio vinculado a los procesos de divorcio y separación personal previo a analizar el Régimen Patrimonial Matrimonial argentino*. Los cambios producidos en el orden social que llevan a menos preciar las relaciones de convivencia dentro de la familia, los roles de cada uno de sus integrantes se hayan trastocados y en muchos casos gravemente confundidos, generando así una nueva realidad cultural en la que los valores insertos son resultados de los nuevos paradigmas de una vida globalizada, superficial y en muchos casos faltos de comunicación y afecto. He Investigado la temática desde un pensamiento sistemático, con la aplicación de los distintos enfoques conceptuales adquiridos en las cátedras de Psicología, Sociología, Antropología, Régimen Patrimonial Matrimonial y las ideas intercambiadas en el taller interdisciplinario.

Interesa sobre todo realizar un repaso a modo introductorio respecto del régimen patrimonial matrimonial argentino, profundizar conocimiento respecto de aquellas circunstancias, en que las causales de divorcio y separación personal, que afectan el patrimonio de la sociedad conyugal; y finalmente cerrar con el análisis de las medidas cautelares en el proceso de divorcio, tendientes a proteger el patrimonio.

De esta manera abordaré a distintos temas estudiados en el segundo cuatrimestre del cursado en la modalidad intensiva.

Capítulo I: Sumario: REGIMEN PATRIMONIAL: Características. Breve Resumen Histórico. SOCIEDAD CONYUGAL. Activo de la Sociedad Conyugal. Pasivo de la sociedad Conyugal. Administración de los bienes.

REGIMENES PATRIMONIALES:

Concepto y Características:

Considero necesario a modo introductorio y para ubicarnos en el tema hacer referencia al régimen patrimonial, la sociedad conyugal y su composición respecto del activo y pasivo de ésta.

El matrimonio genera efectos patrimoniales entre los cónyuges, y entre éstos y terceros que requieren una regulación legal dando así nacimiento a lo que suele denominarse regímenes matrimoniales.

El régimen patrimonial es un conjunto de normas coordinadas, destinadas a regular las relaciones de carácter pecuniario entre los cónyuges y de éstos con terceros, así cada uno o los dos conjuntamente pueden adquirir relaciones contractuales o extracontractuales.

Ello es así dado que para la instalación y el sostenimiento del hogar conyugal se requieren recursos económicos y el aporte de trabajo por parte de ambos cónyuges y ello se conoce con el nombre de cargas del hogar. Estos aspectos, los referidos a la propiedad y administración de los bienes aportados por los esposos al matrimonio; las adquisiciones que se realicen durante la vida en común y el grado en que tales bienes responden frente a las obligaciones contraídas por cualquiera de los esposos, o por ambos en común, constituye el objetivo central de lo que denominamos "Régimen Patrimonial Matrimonial".

Vidal Tarquini define el régimen patrimonial matrimonial diciendo que es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales entre cónyuges y de éstos con terceros. Definición que comparto y me parece acertada.¹

Roguín define el régimen matrimonial diciendo que es un conjunto de reglas determinando las relaciones pecuniarias que resultan del matrimonio.

Gatti sostiene que es el estatuto jurídico que tiene por objeto regular los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí, y con respecto a los terceros.

Fassi y Belluscio lo definen diciendo que es el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio.

De las distintas definiciones se evidencia no solo la coincidencia de los autores, sino también la necesidad de la regulación jurídica de un régimen que encuadre a los cónyuges y la relación de éstos con terceros, teniendo en cuenta el interés de los esposos y de las personas que sabrán a que atenerse cuando contraten con alguno de ellos.

En nuestro país el código civil de Vélez Sarsfield adoptó un régimen patrimonial matrimonial de comunidad restringida a Ganancias, como régimen Imperativo Legal, Único y Forzoso.

¹ VIDAL TARQUINI, Carlos H. Régimen de bienes en el matrimonio, 3° Edición, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1987, P.4.

Breve Resumen Histórico:

Resulta escaso continuar sin realizar al menos una breve explicación de la evolución de la institución en el tiempo.

Se observa que distintas formas de regulación jurídica de los regímenes patrimoniales del matrimonio se han sucedido a lo largo del tiempo, el aspecto fundamental del problema radica siempre en la situación jurídica que se atribuía a la mujer casada, la que fue variando desde su incapacidad hasta alcanzar la igualdad jurídica con el hombre.

Si realizamos un análisis a lo largo de los años observamos desde el punto de vista Sociológico, Político y Antropológico, notamos como la sociedad ha ido evolucionando poco a poco y conjuntamente con estos cambios se han ido produciendo crisis internas y externas en la familia, las primeras de ellas suceden como hecho natural ante por ejemplo la aparición del primer hijo, pues, podemos decir que se genera una modificación a este mundo armado para dos. En el pasado el único que crecía era el hombre y la mujer disfrutaba y acompañaba, hoy la mujer se ha insertado en el mercado laboral y también tiene oportunidad de crecer y desarrollarse intelectual y económicamente, en otros casos se detiene en su crecimiento para criar a los hijos y ahí surgen las crisis internas.

La segunda crisis podemos advertirla si observamos como las cuestiones sociales afectan los roles que cada uno asume en la familia, verbigracia: las crisis económicas de la época del '90 y también 2001, hubo mucha desocupación de los hombres en todos los niveles sociales y la mujer sale a trabajar en un plano de sostenedora económica, con esta crisis la mujer conquistó espacios fuera del hogar y duplicó la tarea. Sucede, siguiendo el ejemplo, que la mujer que mantiene el hogar debe también soportar el mal humor del marido desempleado, generando de esta manera crisis fundadas en causales externas a la pareja.

Esta evolución se fue dando progresiva y paulatinamente, tal es así que en el año 2003 con la ley 25.781 modificatoria del Código Civil se produjo el último avance con la modificación del art. 1276 en, a partir de allí quedan equiparados totalmente los esposos y cada uno tiene la libre administración de sus bienes y los que adquiera con fruto de su trabajo; respecto de aquellos de origen dudoso tendrán la

administración y disposición conjunta, previo a esta modificación se encontraban sujetos a la administración del marido.

En el año 2010 con la incorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestro régimen hemos llegado a una instancia de reconocimiento aún no incorporada por todos los países del mundo solo diez de ellos y solo dos en nuestro continente Americano.

SOCIEDAD CONYUGAL:

Naturaleza jurídica:

El código civil regula este instituto en el Libro Segundo, Sección tercera, de las obligaciones que nacen de los contratos, Título II de la Sociedad Conyugal.

Vélez en el art. 1261 prescribe que la sociedad principia desde la celebración del matrimonio y en el art. 1262 dispone que la sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo expresado en este título.

La doctrina históricamente busco explicar la naturaleza jurídica como una sociedad en la que se destacaban algunos elementos como el *affectio maritalis* que jugaba como integrante del *affectio societatis*; pero resultaban evidente algunos síntomas que demostraban lo contrario por ejemplo que la sociedad conyugal no es una entidad con personería jurídica independiente de la persona de los cónyuges y por lo tanto no es titular de derechos y obligaciones. Además que carecía de patrimonio porque los bienes existentes pertenecían a los cónyuges y la institución no tenía responsabilidad social por las obligaciones contraídas por algunos de ellos. Así surgen distintas teorías entre los autores sobre la naturaleza jurídica.

Acorde a la opinión de Ortiz de Rozas y Roveda debemos considerar que el debate sobre la identidad jurídica de la sociedad conyugal, podía tener algún sentido con relación al régimen originario del código civil, poco después de la ley 11.357, y ya no tiene sentido a partir de la ley 17.711.²

La reforma de los art. 1276 y 1277 del código civil por la ley 17.711 definió claramente la existencia, desde la celebración del matrimonio, y hasta el fin del

² FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel- ROVEDA, Eduardo, Régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, La ley. 2001, p. 42.

régimen, de una dualidad de masas: Los bienes propios y gananciales bajo la titularidad y administración de cada uno de los esposos. Esta dualidad de masas también se haya vigente en el campo de la responsabilidad de cada uno de los cónyuges frente a sus acreedores (art. 5 y 6 ley 11.357). La remisión del art. 1262 del código civil a las reglas del contrato de sociedad sólo produce confusión, según los mencionados autores, pues ¿Cómo normas societarias a dos personas que tienen y mantienen, sus patrimonios y responsabilidades separadas?.

Sucede que con la celebración del matrimonio comienza un “régimen patrimonial”, por el cual, determinados bienes que se adquieran por cualquiera de los cónyuges son calificados como “gananciales” y al concluir el régimen, si se conservan, integran una masa partible entre ambos; durante el matrimonio hay bienes y deudas del marido o uno de los cónyuges, hay bienes y deudas de la esposa o cónyuge, y puede haber bienes comunes y deudas comunes.

Activo de la sociedad conyugal:

Este tema no presenta mayores problemáticas y se allá bien definido que tipos de bienes integran la sociedad conyugal conformando su activo societario, tal como lo mencionábamos en el párrafo anterior tenemos cuatro grandes masas de bienes o dos grande masas según como quiera separárselos. Así tenemos los bienes propios y gananciales del marido; y los bienes propios y gananciales de la mujer.

A partir de la celebración del matrimonio se originan consecuencias no sólo de orden personal sino también de carácter patrimonial entre los cónyuges, los que quedan a partir d entonces sometidos al régimen legal vigente en materia matrimonial.

La división entre bienes propios y gananciales tiene importancia porque sobre los bienes propios de cada cónyuge el otro no tendrá derecho alguno al momento de la liquidación; en cambio, sobre los gananciales, durante la vigencia de la sociedad conyugal se tendrá un derecho en expectativa, pero a su finalización deberán ser compartidos porque ambos han contribuido a su obtención.

Sabido es que todo bien es propio o ganancial no puede tener al mismo tiempo el doble carácter. Verbigracia: si fue adquirido en parte con fondos propios de uno de

los cónyuges y en parte con fondos gananciales, habrá que estarse a lo regulado por el código civil para determinar su carácter y el juego de la recompensa que corresponda.

Pasivo de la sociedad conyugal:

El pasivo de la sociedad conyugal esta compuesto por las deudas que deben solventarse con bienes gananciales; además existen las obligaciones pecuniarias propias de cada cónyuge.

Debemos distinguir entre las obligaciones por deudas y las contribuciones por deudas. Las primeras, obligaciones por deudas, consisten en determinar sobre que bienes los acreedores pueden ejercitar sus derechos de cobro cuando se trata de deudas contraídas por uno de los cónyuges, o por ambos, no existiendo solidaridad. Estas obligaciones hacen al aspecto externo, es decir a las relaciones jurídicas entre los cónyuges y los terceros acreedores.

En cuando a las segundas, contribuciones por deudas, se refieren al aspecto interno de las obligaciones, aquí hay que determinar si se ha de responder con la masa ganancial, o con los bienes propios, o con la parte de gananciales que le corresponderán al cónyuge deudor en la partición al momento de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Es la relación entre cónyuges art. 1275 C.C. Esta diferenciación tiene importancia por las consecuencias prácticas que se puedan generar, ya que si una deuda personal de un cónyuge es pagada con fondos gananciales, surgirá un derecho a recompensa o crédito a favor de la sociedad conyugal. A la inversa, si una deuda de la sociedad es abonada con dinero propio de uno de los esposos, nacerá un derecho de recompensa en beneficio del cónyuge que la financió.

El aspecto externo rige durante la comunidad de ganancias y el periodo de indivisión postcomunitaria: *El Art. 5 de la ley 11.357*: esta norma sanciona el principio de irresponsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas contraídas por el otro; así cada cónyuge responde por las deudas propias con bienes de su administración, esto es, con sus bienes propios, los gananciales adquiridos con su trabajo o cualquier otro título, y también con la mitad de los bienes de origen dudoso. Podemos observar que su redacción no se adecua a la nueva ley de

matrimonio civil porque habla de mujer y marido.

Art. 6 de la ley 11.357: Este artículo hace referencia a las deudas comunes, es decir a las “necesidades del hogar”, no de la familia hay una limitación Física, solo comprende a los miembros que viven en el hogar conyugal. Cabe aclarar la distinción es viéndolo desde el punto de vista externo, porque si lo evaluamos desde un punto de vista interno sería una deuda común. Ejemplo: Si uno de los esposos asiste económicamente a sus padres por problemas de salud, debemos observar: si los padres viven en la misma casa es una necesidad del hogar, por el contrario si no conviven es deuda propia del cónyuge. Distinto es el caso de los hijos que estudian en una ciudad distinta a la que reside el domicilio conyugal pues sigue siendo deuda común.

Administración y Disposición de Bienes:

Durante la vigencia del régimen patrimonial del matrimonio, los esposos poseen distintas facultades para realizar actos jurídicos en materia de administración y disposición de bienes propios y gananciales.

En nuestro derecho rige el régimen de administración separada, por imperio del art. 1276 párrafo 1°, según el cual cada esposo tiene la libre administración de sus bienes propios y gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier título legítimo, con la salvedad de lo dispuesto en el art. 1277.

Este principio, de libre administración separada que permite la libre administración y disposición de bienes por parte de cada cónyuge titular presenta algunas limitaciones legales que no obstante, no altera su esencia fundamental, algunas de ellas son: 1-las previstas en el art. 1277 C.C para la realización de actos de trascendencia patrimonial se exige el asentimiento del otro cónyuge no titular; 2-el inmueble ya sea propio o ganancial no puede ser enajenado ni gravado sin la conformidad de otro cónyuge cuando ha sido constituido bien de familia; 3-el caso del menor de edad emancipado por matrimonio, que si bien adquiere capacidad civil según el art. 131 C.C. sufre restricciones legales con relación a los bienes adquiridos a título gratuito, dado que no podrá donarlos y disponer de ellos a título oneroso sin asentimiento del otro cónyuge en caso de que este último sea mayor de edad o autorización judicial.

En cuanto a la administración respecto de los bienes de origen dudoso, el art. 1276 2° párrafo, a partir de la ley N°25.781 sancionada en el año 2003 termina de eliminar los privilegios maritales en la administración de los bienes de la sociedad conyugal, disponiendo en estos casos una administración conjunta del marido y la mujer, establece también que en caso de conflicto será el juez quien dirima la discusión; (una vez más observamos que este artículo no se adecua en su terminología a la nueva ley de matrimonio civil).

El acreedor de un cónyuge solo podrá el cincuenta por ciento indiviso del bien de origen dudoso que le atribuye la ley al esposo deudor, y podrá también atacar los frutos totales en el caso contemplado por el artículo 6 de la ley 11.357.

Capítulo II: Sumario: DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: Introducción. Causas. Cesación de los efectos de la disolución de la comunidad. INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA: Naturaleza Jurídica. Activo y Pasivo. Normas aplicables. Rendición de cuentas.

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL:

Introducción:

En la disolución de la sociedad conyugal se produce la conclusión de un régimen durante el cual las adquisiciones de los cónyuges tuvieron carácter ganancial y a futuro se extinguen las condiciones de ganancialidad respecto de los bienes que los esposos pudieren contraer.

No debemos confundir los conceptos causas de disolución del régimen de bienes y causas de disolución del matrimonio, aunque algunas de ellas puedan coincidir. Así, puede haber disolución de la sociedad conyugal sin que se disuelva el matrimonio, como sucede con la separación judicial de bienes producida por la separación personal; pero lo que no puede suceder es que se disuelva el matrimonio y subsista el régimen matrimonial porque uno de los efectos de la disolución del vínculo es precisamente que también termina el régimen de bienes. Causas: Siguiendo a Carlos María Corbo, el art. 1291 del código civil dispone que: “La sociedad Conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes, por

declararse nulo el matrimonio y por la muerte de uno de los cónyuges. Corresponde mencionar otras causas omitidas por el codificador, tales como la interdicción de alguno de los cónyuges, ausencia con presunción de fallecimiento, separación personal o divorcio vincular.³

+Art. 1290 del código civil, interdicción de uno de los cónyuges:

Según este artículo si uno de los esposos fuese declarado insano, la administración le corresponderá al otro, si este último resolviere no aceptar la designación, se encarga la función a un tercero otorgándosele al cónyuge sano la facultad de pedir la separación judicial de bienes, si existieran bienes gananciales de titularidad del cónyuge insano.

+ Separación judicial de bienes:

En el caso de hacerse presente algunas de las causas enumeradas en el artículo 1294 C.C cualquiera de los cónyuges puede promover la acción de separación judicial de bienes contra el otro; en ningún caso puede promoverla un tercero ni siquiera subrogándose en el derecho de éste.

En el proceso será admisible cualquier medio probatorio incluso la prueba confesional del demandado y el allanamiento siempre que éste último no modifique el régimen patrimonial matrimonial, que en nuestro derecho es de orden público.

El art. 1294 de C.C. regula los casos de separación judicial de bienes como acción autónoma, ellos son:

A- El concurso o mala administración de uno de los cónyuges que haga correr el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales.

La mala administración puede ser causal de la separación de bienes, aunque esa mala administración lo sea solo de los bienes propios del mal administrador por el peligro que ello puede representar para el patrimonio de la sociedad por las deudas que puede contraer y por la pérdida que puede representar de frutos y rentas y hasta por el deterioro de medios para hacer frente a créditos y recompensas del otro cónyuge.

³ CORBO, Carlos María. Regimen Patrimonial del matrimonio. Editorial Nova Tesis, Santa Fe, 2010, p. 262 ss.

Por mala administración se entiende una actuación ineficiente o negligente o que revele ineptitud para lo negocios, o la realización de gastos excesivos y de operaciones en las que no se hayan tomado las debidas precauciones. Es importante que cuando se inicia la acción pertinente se hayan producido ya perjuicios por lo que el cónyuge damnificado da comienzo a la acción para que el otro no continúe en su conducta capaz de poner en peligro todo el patrimonio de la comunidad.

Esta acción puede acumularse a la acción de fraude prevista en el art. 1298 C.C siempre que haya pruebas de actuación dolosa del otro cónyuge, pero en tal caso deberán plantearse las dos acciones en forma autónoma.

En cuanto al concurso, actualmente debido al sistema de gestión separada de bienes del art. 1275 cc y art. 5 de la ley 11.357, no representan un peligro para los bienes propios del cónyuge no concursado. Sabido es que en el concurso no hay desapoderamiento y el concursado continua en la administración de sus bienes, por eso no siempre el concurso va unido de la mala administración y no en todos los casos tiene suficiente fuerza como sostén jurídico y fáctico, para justificar la separación judicial de bienes.

En caso de quiebra de uno de los esposos si bien el artículo 1294 del C.C no la prevé expresamente y hace referencia sólo a la mala administración o concurso la jurisprudencia ha resuelto en varias oportunidades que configura un presupuesto de éste artículo y se torna operativo.

B- El abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte de uno de los cónyuges, situación en que el otro puede pedir la separación de bienes para el futuro.

La doctrina mayoritaria a categorizado el abandono de hecho de hecho como la interrupción unilateral e injustificada de la cohabitación, por parte de uno de los cónyuges. No es suficiente determinar cual de los cónyuges abandonó en hogar sino que también debe analizarse el elemento subjetivo que reside en la falta de voluntad de unirse y que no puede dejar de considerarse.

Debemos diferenciar esta figura de la separación de hecho que generalmente opera por la voluntad bilateral de ambos cónyuges. La simple separación de hecho, no reconocida por el código como causa de separación de bienes fue planteando problemas con relación a los bienes ganados, después de la separación, por uno de ellos o por ambos en distintas proporciones.

Belluscio, analiza cuatro posiciones doctrinarias anteriores a la reforma de 1998, para solucionar conflictos:

La primera, sostenía que la separación de hecho no producía ningún efecto sobre la sociedad conyugal y no era causa de separación de bienes.

La segunda, analógicamente con el art. 3575 C.C que rige la materia sucesoria y el art. 1769 C.C que permite la disolución de la sociedad en general por abandono de hecho, excluía de las ganancias obtenidas por el cónyuge abandonado, al otro después de la separación.

La tercera opinión distinguía entre cónyuge culpable e inocente, aunque reconociendo que la separación de hecho no producía la separación de bienes; así el inocente tenía derecho a participar en los gananciales obtenidos por el culpable, pero no a la inversa, pues se sostenía que nadie puede alegar su propia torpeza.

La última tesis consideraba que si bien la separación de hecho no era causa de la separación de bienes, si lo era el abandono de hecho, fundándose en los artículos 1262 y 1769 del Código Civil.⁴

Conforme al nuevo artículo 1306, 3° párrafo del C.C se resuelve que el cónyuge inocente de la separación, participa en los gananciales adquiridos por el culpable después de producida ella, y no a la inversa. Así ante el conyuge abandonado puede optar entre las siguientes:

- Accionar por separación personal.
- Accionar por divorcio vincular.
- Accionar por separación judicial de bienes
- No realizar acción alguna.

En este último caso rige el art. 1306, 3° párrafo del código civil.

+Muerte de uno de los cónyuges:

Esta contingencia se resuelve mediante los art. 1291 del código civil en caso de haberse iniciado la acción judicial de separación personal o divorcio vincular y el art. 1313 del C.C el que indica ante el fallecimiento la realización del inventario y división de los bienes como dispone el Libro 4° para la división de las herencias.

4

BELLUSCIO, Augusto César, Manual de derecho de familia, 5° edición, Buenos Aires, Depalma 1989, p. 8

+Nulidad del matrimonio:

Esta causal se haya prevista en el art. 1291 del C.C, ante estas circunstancias los efectos se producirán a partir de la declaración de nulidad y hacia el futuro. Habrá que estarse a los art. 221 y 222 del C.C, buena fe de ambos cónyuges, buena fe de uno de ellos o mala fe de ambos.

+ Ausencia con presunción de fallecimiento:

En este caso resulta aplicable la ley 14.394 en concordancia con el art. 1307 del C.C. y concs. Así fijado el día presuntivo del fallecimiento de cónyuge ausente el supérstite tiene la opción para impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento o exigir la división judicial de los bienes. Esto es, podrá usar la opción de disolver la sociedad conyugal con retroactividad al día presuntivo del fallecimiento, o continuar hasta que resuelva disolverla o hasta que se cumplan los 5 años desde el día presuntivo del fallecimiento, u 80 años desde su nacimiento.

Cesación de los efectos de la disolución de la comunidad:

Acorde al art. 234 C.C se extingue la acción de separación personal o de divorcio vincular y cesan los efectos de las sentencia de separación personal, cuando los cónyuges se hubiesen reconciliado después de los hechos que autorizaron la acción. La reconciliación restituye todo al estadio anterior de la demanda, esta reconciliación se presume cuando los cónyuges reanudan la convivencia.

Sus consecuencias son muy importantes, ya que de pleno derecho se produce la caducidad de las medidas precautorias tanto personales como patrimoniales, se restablece la vocación hereditaria para ambos; se considera como si nunca hubiese existido separación, restableciéndose las condiciones de ganancialidad.

Cuando las causas han sido las incapacidad de uno de los esposos, la mala administración o concurso de uno de los esposos, la reconciliación es un hecho ajeno a estos motivos por lo que se requerirá también, a los efectos de la reconstitución de la sociedad conyugal, el cese de la situación de hecho y la voluntad de los esposos manifestada en escritura pública o la resolución judicial pertinente.

INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA:

A modo de cerrar el análisis de Régimen patrimonial durante la vigencia y disolución de la sociedad conyugal, observamos que la masa de bienes se halla en situación de indivisión durante el periodo que transcurre entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición de los bienes.

En nuestro código existe una insuficiencia normativa en la regulación de las situaciones que se producen en ese lapso.

Vélez, al ocuparse del título VI, Capítulo I, titulado "Del estado de indivisión", en la nota del art. 3451, considero que la comunión en las cosas es una situación accidental y pasajera que la ley en manera alguna fomenta, cuando lo contrario sucede en la sociedad. Se observa como para el codificador consideraba que la indivisión era un estado pasajero, accidental.

Naturaleza jurídica:

Existen distintas posiciones doctrinarias respecto de la naturaleza jurídica de la Indivisión Postcomunitaria.

Mazzinghi sostiene que esta indivisión constituye un condominio respecto de los inmuebles y muebles registrables, no sería oponible a terceros mientras no se cumpla con los requisitos de publicidad previsto en el art. 2505 y concordantes del cód. civil.

Gustavino, Borda y Méndez Costa se enrolan en esta corriente aunque con algunas variantes.

Eduardo Zannoni sostiene que a este problema de la naturaleza jurídica no se le puede dar una respuesta unívoca, ya que deben analizarse o distinguirse las causas de la disolución de la sociedad conyugal.⁵

Otras corrientes doctrinarias consideran que existe una universalidad jurídica como en el caso de la comunidad hereditaria.

⁵ZANNONI, Eduardo A. "Derecho de Familia", Tomo I, Editorial Astrea, 3ª Edición, Año 1998, p.573.

Activo y Pasivo:

El activo se forma con.

- Los bienes gananciales existentes al momento de la disolución de la sociedad conyugal;
- Los bienes gananciales adquiridos con posterioridad a la disolución pero con causa o título anterior;
- Los bienes gananciales sustituyentes adquiridos por subrogación real;
- Los bienes incorporados por accesión;
- Los créditos a cobrar gananciales de uno y otro cónyuge.
- Los frutos, rentas y productos de los bienes gananciales. (debemos tener en cuenta que como ha cesado la ganancialidad y por ello no se incluyen los frutos, rentas y productos de los bienes propios o frutos civiles del trabajo, profesión o industria de uno de los cónyuges).

Por su parte el pasivo, acorde la clasificación establecida por Carlos M. Corbo, se halla integrado por dos tipos de deudas:

- Deudas nacidas durante la sociedad conyugal, que son comunes, y que no fueron extinguidas antes de su disolución. Corresponde a las reguladas en el art. 1275 inc. 3° del Código Civil.
- Las deudas nacidas durante la indivisión Postcomunitaria y con motivo de ella. Según Carlos M. Corbo, aquí se plantea un problema de interpretación con respecto a las deudas comunes que nacen durante la indivisión, pues no hay unanimidad de opiniones respecto de la aplicación de los art. 5° y 6° de la ley 11.357 resultan aplicables luego de la disolución de la sociedad conyugal, algunos autores consideran que es aplicable y otros no.

Rendición de cuentas:

La doctrina y jurisprudencia coinciden en que cualquiera de los cónyuges que administre bienes comunes está obligado a rendir cuentas al otro, por los actos de administración posteriores a la disolución de la sociedad conyugal respecto de los bienes gananciales a partir.

Capítulo III: Sumario: EL PROCESO JUDICIAL EN MATERIA DE FAMILIA: Introducción. Características. La influencia del tiempo en el proceso de familia. El rol del juez.

EL PROCESO JUDICIAL EN MATERIA DE FAMILIA:

Introducción:

En derecho de familia y sus matices procesales, se caracterizan por ser muy dinámico puesto a atender los cambios producidos antes las nuevas necesidades emergente de la evolución y transformación continua que presenta la familia argentina, sabido es que el derecho regula ante una necesidad, que la familia como parte de la sociedad se haya inmersa en ella y requiere cada vez más un profundo estudio orientado a hallar respuestas legales adecuadas.

Las particularidades de estos procesos están dadas, sin duda, por la especificidad de las cuestiones familiares, que poseen perfiles propios dentro del universo de los procesos civiles. Para contener y satisfacer las pretensiones que nacen de las relaciones familiares no son adecuados los términos del proceso civil clásico.

María Magdalena Galli Fiant, en consonancia con Aida Kemelmajer de Carlucci, sostiene que los elementos procesales con que cuenta el juez y las partes adquieren relevancia, y además que para lograr un eficaz funcionamiento del órgano de familia se necesita normas particulares de procedimientos regidas, por los principios de inmediación, celeridad, actuación de oficio, concentración, preclusión relativa y amplitud de medios probatorios.⁶

Así se observa que la tutela efectiva de los intereses superiores de la familia y de cada uno de sus integrantes conduce a la efectividad de la jurisdicción: que las decisiones judiciales constituyan una respuesta útil que satisfaga los más altos fines de Justicia.

La influencia del tiempo en el proceso de familia:

Según Eduardo Cardenas en su trabajo "El Tiempo en los procesos de familia", señala acertadamente que *el derecho procesal comienza a descubrir de qué modo el tiempo que insume el litigio familiar influye sobre la justicia de la solución*. La persona, a diferencia de las cosas, cambia en el tiempo. Cambia la persona, se transforma su familia, se modifican las relaciones, entran y salen protagonistas en el escenarios que el juez debe tener en mira al resolver un conflicto determinado y la solución que al iniciarse el proceso parecía adecuada puede ser desacertada al final.

⁶ GALLI FIANT, María Magdalena. Tratados de Medidas Cautelares. "Medidas Cautelares en procesos de familia". Editorial Jurídica Panamericana. Santa Fe. 2005, P. 11.

Así en un ordenamiento ideal, la resolución definitiva debiera ser instantánea, es decir, frente a la pretensión del titular de un derecho deducido en una demanda, el órgano judicial debería impartir inmediatamente justicia de modo pleno y adecuado al caso.

Piero Calamandrei diferencia entre dos extremos no deseados –actuar pronto pero mal o actuar bien pero tarde- las providencias cautelares permiten actuar pronto difiriendo el problema del bien y el mal, esto es, la justicia intrínseca de la providencia para mas adelante. En esto reside el carácter Instrumental que el autor designa como nota tipificante de las providencias cautelares.

Conforme expresa Galli Fiant, la variable tiempo no sólo representa la duración del proceso, sino también la dimensión esencial de la persona y las relaciones familiares

Debemos destacar el carácter esencialmente dinámico de la persona y sus relaciones familiares, esto lleva a la necesidad de que las respuestas jurisdiccionales, sean brindadas de manera inmediata, para resultar eficaces pues en la mayoría de los casos no pueden esperar a la sustanciación de un proceso de conocimiento.

El rol del Juez:

Francisco Cecchini sostiene que *“el proceso en las cuestiones de familia es un camino desmaterializado, en el que el juez vuelca sus convicciones basada en el conocimiento personal que de las partes toma, en el que su protagonismo resulta más intenso, personalizado, inmediato, todo ello en razón de las cuestiones que se debaten”*.⁷

Se haya presente la necesidad de otorgar al juez una amplia gama de facultades a los fines de que pueda dirigir el proceso conviviendo en él con las partes y sus abogados, a fin de arribar a una resolución eficaz y más justa.

La función del juzgador no puede limitarse a la dirección del proceso; también debe abarcar el esclarecimiento y verificación de hechos, circunstancias y

⁷CECCHINI, Francisco C. "Inquietudes procesales en el derecho de familia", ZEUS 34-D-7

personalidades de las partes del proceso en el sentido formal y de aquellos sujetos que sin serlo se verán afectados por el decisorio del juez. Ejemplo: los menores, o el cónyuge a declararse insano.

Además el juez debe considerar que su resolución, en muchos casos se prolongara en el tiempo, esto es más allá del proceso, es por ello que debe asumir la figura de un juez con actitud de protección y acompañamiento.

Así deberán enfocarse en alcanzar autocomposición antes que contienda, deberán preocuparse por la efectividad de la jurisdicción antes que por la aplicación rígida de las formas.

Resulta poco fructífero que un proceso de familia culmine con la declaración de un ganador y un perdedor, la labor judicial debe propender a eliminar el conflicto por una actividad dinámica del interés protegido por la ley, ayudando a la familia a encontrar un nuevo orden.

Capítulo IV: Sumario: MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE DIVORCIO
Introducción. Notas Particulares. Medidas cautelares en el proceso de divorcio.
Clasificación.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE DIVORCIO:

Introducción:

En los procesos de familia las medidas cautelares adquieren un peculiar contorno, verificándose profundas modificaciones en torno a su carácter Instrumental; a su proveimiento “inaudita pars”, a los presupuestos que hacen a su admisibilidad y ejecutabilidad; a la facultad del órgano para ordenarla de oficio y la legitimación de las partes para solicitarla, a la disponibilidad inmediata de su objeto y a su no sujeción normativa a términos de caducidad.

En materia de familia los presupuestos procesales de las medidas cautelares, la prestación de una adecuada contracautela, juratoria, real o personal, no se exige en general para su efectivización, como tampoco la demostración sumaria de la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora, sino en todo caso la comprobación de las circunstancias descriptas en la ley de fondo como requisitos para su concesión: Verbigracia: para solicitar la realización de inventario de bienes ante una separación personal basta acreditar que existe matrimonio con el acta

correspondiente.

Respecto de las medidas cautelares sobre las personas basta con la deducción de la demanda, salvo que la medida cautelar se solicite antes de la presentación de ésta, entonces habrá que demostrar “la urgencia del caso” que justifique el pedido. Lo mismo ocurre con las medidas previstas en el 233 del Cód. Civil en que se procede a trabar cautela respecto de los bienes antes de promover la demanda de Divorcio Vincular o Separación personal.

El órgano jurisdiccional podrá disponer medidas cautelares de oficio y con arreglo a la norma contenida en el art. 231 del Código Civil, por lo que el proveimiento al no depender estrictamente ya de instancia de parte, el juez podrá adoptarlas discrecionalmente ex officio.

En materia de medidas cautelares en el proceso de familia no resulta aplicable el régimen de caducidad, pues más allá de que no lo contiene la legislación sustantiva, la ritual señala tal efecto cuando se trata de obligación exigible (art. 207, Cód. Proc. Civil y Com. Nac.).

Nuestro Código Civil con la finalidad de asegurar patrimonialmente el proceso regula normas referentes a medidas precautorias en los artículos 233 y 1295.

El art. 233 prescribe que: durante el juicio de separación personal o de divorcio vincular, y aún antes de su iniciación en caso de urgencia, el juez dispondrá, a pedido de parte, medidas de seguridad idóneas para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro. Podrá, asimismo, ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de que fueron titulares los cónyuges.

Por su parte el art. 1295 regula que entablada la acción de separación de bienes, y aun antes de ella, si hubiere peligro en la demora, la mujer puede pedir embargo de sus bienes muebles que estén en poder del marido y la no enajenación de los bienes de éste, o de la sociedad.

La ley no pone limitaciones y da libertad de acción para decidir las medidas precautorias a adoptar por los cónyuges, sin que afecten intereses legítimos de éstos y de terceros.

La doctrina no es unánime en esta materia, ya que una corriente sostiene que únicamente puede ser solicitada por el cónyuge actor o por el demandado que ha reconvenido; mientras otra corriente doctrinaria sostiene que el cónyuge

demandado también podría iniciar medidas precautorias aunque no haya reconvenido, para lograr proteger los bienes gananciales que se encuentran en poder del actor.

Notas particulares:

Ahora bien, analicemos las notas propias de las medidas cautelares en el proceso que venimos estudiando.

a- Despacho ¿inaudita parts?:

Acreditado que fuera sumariamente los hechos y el derecho invocado por el peticionante, el juez ordena la medida sin oír la parte contraria.

Suele ocurrir que el juez escucha a la contraparte antes de despachar la medida, oportunidad que se concreta mediante el traslado o una citación a audiencia, trata así de obtener soluciones consensuadas o menos traumáticas y más eficacia en las decisiones jurisdiccionales.

b- Contracautela:

La contracautela, se funda en la igualdad de las partes. Existe consenso doctrinario en sostener que este requisito en general no es exigido para despachar una medida en el proceso de familia. Pero si es frecuente en el supuesto que venimos analizando, esto es, situaciones en las que se haya en juego intereses exclusivamente patrimoniales.

c- Verosimilitud del derecho:

Esta carga de probar que existe “*fumus bonis iuris*” (humo de buen derecho) pesa sobre el solicitante. En la mayoría de los casos la verosimilitud surge de la naturaleza misma de la petición, porque al ser cuestiones de orden público basta con acreditar el estado de familia, del cual emanan los derechos y deberes.

d- Peligro en la demora:

Este es otro presupuesto esencial de las medidas cautelares.

Sin embargo en el proceso de familia presenta una fisonomía particular, pues se considera que en los conflictos relativos al estado de familia y al ejercicio de los derechos y deberes familiares el peligro se supone siempre presente.

e- Caducidad:

En materia de familia cabe una diferenciación respecto de la caducidad, con motivo de que las cautelares relativas a las personas escapan al régimen de la caducidad genérico, pero si funciona respecto de las medidas vinculadas a derechos familiares patrimoniales.

Se puede concluir que el régimen de caducidad no es aplicable a las medidas cautelares que refieren a los derechos y deberes familiares, pero esto no impide que el juez pueda fijar un plazo para la presentación de la demanda bajo apercibimiento

de tener por desistido al solicitante de la cautelar ordenada.

Peyrano señala que las cautelares familiares “dan respuestas urgentes” y por su despacho el justiciable obtiene la satisfacción de su pretensión sin que dependa de actividades ulteriores. Se observa así que funcionan como verdaderas medidas autosatisfactivas aunque la ley no las denomine así.

La facultad de interponer una medida cautelar en materia de derecho de familia corresponde al actor o reconviniente en juicio, aunque habrá que analizar la naturaleza de la medida que en concreto se peticione y los bienes que non ella se pretenden afectar o tutelar.

Medidas cautelares en el proceso de divorcio:

Durante la tramitación del juicio de divorcio o separación personal, el régimen de gestión de los bienes no se altera, esto es, cada cónyuge continua a cargo de la administración y disposición de los bienes de su titularidad (art. 1276 CC) con las restricciones impuestas por el art. 1277 CC para determinados actos y respecto de algunos bienes; o puede subsistir algún mandato de representación de un cónyuge otorgado al otro. Esto justifica que alguno de ellos tenga interés en que se disponga las medidas necesarias para garantizar la futura partición intrínseca e igualitaria de los bienes con destino común. Ó Puede ocurrir que la sola promoción de la demanda de divorcio o separación personal autoriza a la adopción de medidas tendientes a la individualización de la existencia de bienes o derechos de los que fuesen titulares los cónyuges, tratando de impedir que la administración o disposición de los bienes por parte de uno de ellos, ponga en peligro o torne incierto o permita defraudar al otro.

Ahora bien, como lo referí anteriormente, para el proveimiento de estas medidas, antes de la presentación de la demanda de divorcio o separación personal, ya sea referida a los bienes o a las personas, el ordenamiento señala que deberá acreditarse la urgencia.

Estas medidas en el proceso de divorcio proceden sobre los bienes gananciales pero también pudieran entablarse sobre los Bienes propios de los esposos, con motivo de que los art. 233 y 1295 no efectúa distinción alguna respecto del origen de los bienes. La finalidad que se persigue al aplicar cautela sobre los bienes propios es en busca de garantizar el posible cobro de crédito o compensaciones entre las masas al momento de procederse a la liquidación o cubrir la parte de gananciales que hubiese desaparecido del patrimonio de deudor en forma fraudulenta, pero este criterio debe ser apreciado restrictivamente.

Clasificación: Según Galli Fiant, las medidas se pueden clasificar en dos grandes