

Jurisprudencia agrupada

Normas Procesales en el Código Civil y Comercial

por Silvia L. Esperanza

SUMARIO: **1. Competencia.** a) Aplicación de la ley en el tiempo. b) Procesos de familia Principios generales. c) Alimentos. Conexidad. d) Domicilio de los litigantes. e) Divorcio. **2. Función preventiva.** a) Finalidad. b) Clases de procesos en que se puede plantear. c) Acción preventiva. Recurso de apelación. d) Mandato preventivo oficios. e) Mandato preventivo dirigido a terceros ajenos al proceso. f) Mandato preventivo sugerido por una de las partes. **3 Medidas provisionales.** a) Clases. b) Presupuestos. c) Respecto a los bienes en el divorcio. d) Respecto de los hijos. Vivienda. Menores de edad. e) Embargo. **4. Prueba.** a) Régimen patrimonial del matrimonio. b) Hechos y actos jurídicos. Carga de la prueba. c) Procesos de familia. **5. Costas. Imposición. 6. Representación procesal. 7. Proceso de Divorcio. Procedimiento. 8 Proceso. Modos anormales de terminación. Transacción.**

1. Competencia

a) Aplicación de la ley en el tiempo

Las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes -aun en caso de silencio-, por ser de orden público, siempre que no se deje sin efecto lo actuado de conformidad con normas anteriores. (*Dictamen del Procurador al que se remite la CSJN, causa: "Competencia. CSJ03693/2015/CS1 □ G., O. E. el S., M. E. s/ divorcio art. 214 inc. 2do. Código Civil", 15.3.16*).

b) Procesos de familia. Principios generales

b.1. La competencia se relaciona con la inmediación. Esta última puede verse como la cercanía del órgano con las partes, como también como el contacto directo entre el juez y los litigantes, lo que alcanza su máxima expresión con la oralidad. (*Cámara Segunda Civil y Comercial, La Plata, Bs.As. 26.11.15, "F.V c/ D.A.P s/ Alimentos, Tenencia y Régimen de visitas"*).

b.2. Lo establecido en el art. 716 del CCyC., en cuanto establece las reglas de competencia en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes. Esta norma dispone que en los procesos referidos a guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre sus derechos, resulta competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida. (*Cámara Civil, Sala L. Buenos*

Aires, 16.10.15, Expte. N° 13.430/2014, “C., C. J. M. c/ R., C. de los A. s/ Homologación de acuerdo - mediación”).

c) Alimentos. Conexidad

La actora, por sí y en representación de su hija menor de edad, promueve demanda por fijación y cobro de alimentos contra O. A. R., J. O. R. y N. E. C., padre y abuelos paternos de la niña respectivamente. La titular del juzgado Civil N° 8 declino su competencia por considerar que existen razones de conexidad suficiente con la causa “R., O. A. s/ Art. 482 Código Civil”, que tramitó ante el Juzgado Civil N° 83. A su turno la titular del juzgado N° 83, no acepto la competencia y planteo la cuestión de competencia. La Cámara expreso que en cuestiones de familia rige el principio según el cual debe intervenir un solo juez para mantener la unidad de criterio que la materia impone. Que de las constancias del sistema informático se desprende que el proceso radicado ante el Juzgado Civil N° 83, finalizó por haber cesado las causas que motivaran su promoción, encontrándose archivado desde el año 2000. La invocada convivencia entre la actora y el demandado habría comenzado en el año 2008, es decir aproximadamente ocho años después de finalizadas esas actuaciones. Al no surgir razones de entidad suficiente que justifiquen el pretendido desplazamiento de la competencia, corresponde que esta causa quede radicada ante el Juzgado Civil N° 8, que resultara sorteado. *(Cam. Nac. Sala F., Expte. N° 82.516/2015, Buenos Aires, 22.12.15, “R., N. J. y otro c/ R., O. A. y otros s/ Alimentos”).*

d) Domicilio de los litigantes

d.1. En las actuaciones conexas sobre denuncia por violencia familiar en todos ha intervenido el Juzgado en lo Civil N° 38. Por ante el Juzgado de familia n° 5 de La Matanza, Provincia de Buenos Aires han tramitado los expedientes que da cuenta el informe de fs. 92 y la trabajadora social refiere la mudanza de la actora a esta Ciudad. Si bien la situación habitacional de C. y sus hijos es precaria y de gran vulnerabilidad, en la audiencia según el acta de fecha 23.9.14, manifiesta que sigue viviendo en la Portería del edificio de la calle V. O. y F., CABA, y que sus hijos C. y M. concurren a la escuela, también de esta jurisdicción. Además, los niños en la actualidad no poseen ninguna vinculación con la Provincia de Buenos Aires, por lo que remitir estas actuaciones allí para su tramitación no haría más que agravar la compleja situación familiar que se refleja en la totalidad de los expedientes. Razones de naturaleza fáctica, principio de inmediación,

situación de vulnerabilidad de la familia y habitacional de la madre, es que resulta aconsejable que la Sra. Jueza de la anterior instancia conozca en las presentes, para así garantizar la efectividad de los derechos de los menores. (*Cámara Civil, Sala L, 16.10.15, “C., C. J. M. c/ R., C. de los A. s/ Homologación de acuerdo – mediación”*).

d.2. El Juzgado de Familia N° 1 con asiento en Pilar, Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, y el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 9, discrepan en cuanto a la sede en la que deben tramitar las actuaciones, en las que se peticiona el dictado de medidas cautelares dirigidas a proteger derechos alimentarios. Más allá de que ninguno de los interesados vive en el territorio de la ciudad de Buenos Aires, tampoco subsiste ninguna causa en trámite ante el foro nacional. Antes bien, el tema alimentario deberá sustanciarse ante los tribunales locales; de manera tal que el desplazamiento de la competencia decidido, en razón de una posible conexidad actualmente inexistente, carece de razón. (*Dictamen del Procurador al que la CSJN adhiere. Competencia CSJ 4520/2015/CS1, 15.3.16, □ “C., F. el S., C. y otro/ a s/ medidas precautorias”*).

e) Divorcio

En las acciones de divorcio es competente el juez del último domicilio conyugal o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta (artículo 717 del CCyCN). (*Dictamen del Procurador al que se remite la CSJN, causa: “Competencia. CSJ03693/2015/CS1, 15.3.16, □”G., O. E. el S., M. E. s/ divorcio art. 214 inc. 2do. Código Civil”*).

2. Función preventiva

a) Finalidad

a.1. El nuevo Código Civil y Comercial asigna y entiende la función del juez en un sentido más amplio y apegado a los mandatos constitucionales, imponiéndole un accionar precautorio dirigido a alcanzar una tutela judicial efectiva de mayor compromiso social, que se traduce en la aplicación preventiva o tuitiva del apotegma "alterum non laedere". Así, forma parte de la nueva jurisdicción civil lo que se ha dado en llamar "acción preventiva", que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños. (*Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 12, 18.09.15, “Barrio Padre Mugica s. Legajo de control”*. Rubinzal Online Cita: RCJ 6114/15).

a.2. La empresa provincial de electricidad demandada es responsable por la muerte de un

niño derivada del contacto con una conexión clandestina más allá de que al momento del hecho no existiera una norma general que receptara el deber de prevención como el actual art. 1710 del Código Civil y Comercial, ya que la falta de una previsión normativa en tal sentido no significaba que ese deber no existiera, pues quien se vale de una cosa o actividad riesgosa debe asegurarse de no causar daño a terceros. (*C4aCivComCordoba*, 28.04.16., “*M., M. M. E. c. Empresa Provincia de Energía de Córdoba (EPEC) s/ ordinario – daños y perj. - otras formas de respons. extracontractual – recurso de apelación*”. Cita Online: *AR/JUR/19592/2016*).

a.3. Al margen de las normas procesales que fundamentan la procedencia de las medidas cautelares genéricas (art. 232 y cdtes. del Cód. Proc. Civ. y Comercial), el nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación incorporó nuevas herramientas que coadyuvan a aquéllas, tal como la tutela de prevención, cuya procedencia se encuentra fuertemente vinculada con la protección de la persona humana, de su vida e integridad psicofísica, de jerarquía constitucional y supra constitucional. (arg. art. 1711 del CCyC). (*CCivCom Lomas de Zamora, Sala I, 05.08.16, “F., V. D. s/ materia a categorizar - medida autosatisfactiva - derecho a la salud (Inc. art. 250 CPCC)”*). Cita Online: *AR/JUR/50830/201*).

a.4. El nuevo Código Civil “...consagra la función bipartita de la responsabilidad civil: prevenir y reparar. De este modo la responsabilidad comprende dos etapas del daño: actuar ex ante para impedir su producción, continuación o agravamiento, estableciéndose un deber general de hacer (realizar una acción positiva para evitar causarlo) o de abstención (omitir ejecutar una conducta potencialmente lesiva). Acaecido el hecho, se presenta la clásica función resarcitoria que cuantitativamente es la más importante”. (*Cámara Ira. Apelac CC de Córdoba, Expte no 2647261*”, 31.8.16, “*Superior Gobierno de la provincia de Córdoba c/Figueroa Juan Aurelio. Acciones posesorias. Reivindicación*”).

a.5. La función preventiva de la responsabilidad civil ahora está consagrada de modo expreso y se confieren al juez facultades para actuar de oficio o a pedido de parte para impedir o evitar la producción o el agravamiento o extensión del daño en curso. (*CCivCom. - Azul, Sala I, 11.11.15, “Biordo Miguel Ángel c/ Rutas al Sur Concesionario Vial s/ Daños y perj. incump. contractual (exc.Estado)”*). *Actualidad Jurídica* 2.12.15).

a.6. Cabe recordar que al establecerse el daño punitivo el legislador procuró "desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues en sí resulta más económico repararlo en casos singulares que prevenirlo para la generalidad." Tal intención -evaluada de conformidad con la regla interpretativa que señala el art. 2, Código Civil y Comercial- nos ilustra sobre la función disuasiva que tal multa persigue en

la actitud de los proveedores, con vistas a que en el futuro y teniendo en miras el castigo recibido, recalculen sus costos operativos poniendo mayor acento en la evitación de los daños que en tolerarlos apostando a que no recaerán sobre ellos sino sobre los consumidores; en otras palabras se procura desalentar una injusta traslación de costos, que para peor, se desplaza del poderoso -jurídica y económicamente- al más débil y vulnerable, el consumidor. Como se advierte no deja de ser, en cierto modo, una aplicación de la función preventiva del derecho de daños, hoy con expresa consagración legislativa (art. 1710, Código Civil y Comercial). (*Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial* □ *Necochea, Buenos Aires, “M., Elena vs. Nación Seguros S.A. s. Daños y perjuicios por incumplimiento contractual”, 20.10.16. Rubinzal Online Cita: RC J 6066/16*).

b) Clases de proceso en que se puede plantear

b.1. El "proceso preventivo de daños" puede tramitar a través de diversos carriles procedimentales, por caso, el "proceso autosatisfactivo", el "amparo", el "habeas data", alguna "medida cautelar genérica" o "innominada", un "proceso de conocimiento sumarísimo", etc. Por eso, bien se explicita que el justiciable tiene libertad para escoger dentro de diversas alternativas legales para reclamar la tutela preventiva, la que le resulte adecuada según el contenido concreto de su reclamo, teniendo en consideración la urgencia de la pretensión y la naturaleza de los derechos en juego. (*Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala 1, Santa Fe, 28.04.16, “Paoletti, Juan Carlos y otros vs. Baravalle, Andrea Patricia y otros s. Medida autosatisfactiva - Recurso de apelación”. Rubinzal Online Cita: RC J 2185/16*)

b.2. Hasta tanto se regule por los órganos competentes del Estado, el juez podrá disponer la tramitación aplicable a los procesos que se inicien en virtud del impulso de la acción preventiva de daño, superando la inercia del legislador. Se dispondrá de la tramitación de acuerdo al procedimiento que en el caso concreto sea más idóneo y útil para la tutela efectiva del interés ejercitado por vía de la acción preventiva. Podría ser un proceso de conocimiento, ordinario, sumario o sumarísimo, un proceso de estructura monitoria o la utilización de los denominados procesos urgentes o, finalmente, el trámite de las medidas autosatisfactivas. (*Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala 1, Santa Fe, 28.04.16, “Paoletti, Juan Carlos y otros vs. Baravalle, Andrea Patricia y otros s. Medida autosatisfactiva - Recurso de apelación”. Rubinzal Online Cita: RC J 2185/16*).

b.3. Procede la medida cautelar solicitada a fines de que el Sindicato se abstenga de realizar las manifestaciones previstas toda vez que tanto nuestro sistema constitucional,

como el previsto en el novel ordenamiento civil y comercial, habilita la actividad jurisdiccional destinada a la prevención del daño, posibilitando del dictado de medidas cautelares que, bajo los criterios de medio más idóneo y menor restricción posible imponga obligaciones de dar, hacer o no hacer. (*Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe*, 3.9.15, “*Cámara de Estaciones de Servicios, Expendedores de combustibles y afines de la provincia de Salta c/ Sindicato de Conductores de taxímetros y afines de Salta (Sicotasa) s/ amparo*”,. *Microjuris. Online Cita: MJ-JU-M-94753-AR | MJJ94753 | MJJ94753*).

b.4. La función preventiva del daño es una de las especies del denominado proceso urgente y puede ser dispuesta por los tribunales en diversos tipos de procesos como el amparo, las medidas autosatisfactivas, los juicios declarativos, y de modo principal o accesorio, a través de un mandato preventivo. (*Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba*, 31.8.16. “*Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba c/ Figueroa Juan Aurelio. Acciones posesorias. Reivindicación*”. *MicroJuris. Online Cita: MJ-JU-M-101185-AR | MJJ101185*).

b.5. La función preventiva de la responsabilidad que recogen los artículos 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial constituye doctrina interpretativa de las disposiciones aplicables de la responsabilidad civil a una proceso en el que se solicitó una medida autosatisfactiva destinada a ordenar a quienes instaron una acción de daños por plagio abstenerse de realizar comentarios injuriosos contra el demandado, ello conforme lo previsto por el art. 7 de la normativa citada y más allá de que se entienda que debe prevalecer el aspecto procesal de la función preventiva o que la cesación del daño se trata de una consecuencia no consumida. (*CCivCom Azul, Sala II, 03.12.15, “D. M. M. C. c. P., N. S. y otro/a s/ materia a categorizar*”. *Cita: AR/JUR/62310/2015*).

c) Acción preventiva. Recurso de apelación

c.1. El recurso de apelación articulado contra la sentencia dictada en el marco de la acción preventiva de daños incoada en los términos de los arts. 1711 a 1713, Código Civil y Comercial, ha de ser concedido con efecto devolutivo (*rectius*: no suspensivo), pues integrar la laguna normativa existente otorgando al recurso el carácter "suspensivo" previsto en el art. 351, CPCC de Santa Fe, no sería "razonable" ni adecuado a la "finalidad" convencional, constitucional y legal de la "tutela" aludida, por cuanto esto dejaría latente el previsible acaecimiento del daño que se pretendía evitar. (*Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala 1, Santa Fe, 28.04.16, “Paoletti, Juan Carlos y*

otros vs. Baravalle, Andrea Patricia y otros s. Medida autosatisfactiva - Recurso de apelación". Rubinzal OnlineCita: RC J 2185/16).

c.2. El "proceso preventivo de daños" es una especie de los "procesos urgentes" y, por tanto, en principio y como regla, no tolera el efecto suspensivo tradicional de la concesión o admisibilidad de los recursos ordinarios contra las resoluciones que en su curso se dicten. Incluso si se estimara aplicable el art. 351, CPCC de Santa Fe, tal exégesis debería descartarse por inconstitucionalidad "sobreviniente", porque contraría flagrantemente las bases constitucionales y convencionales de la "tutela preventiva" como son, obvio es decirlo, los contenidos de los arts. 19, 28, 33, 41, 42 y 43 e inc. 22, art. 75, Constitución Nacional, y su remisión a los arts. 8 y 25, Convención Americana de Derechos Humanos. (*Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala 1, Santa Fe, 28.04.16, "Paoletti, Juan Carlos y otros vs. Baravalle, Andrea Patricia y otros s. Medida autosatisfactiva - Recurso de apelación"*). Rubinzal Online Cita: RC J 2185/16).

c.3. Si el objeto de la sentencia que admite la acción preventiva "es impedir la producción o agravamiento del daño" y el juez debe elegir "el remedio más eficaz para asegurar el cometido preventivo, en función de una hermenéutica "sistemática" y "finalística" de las normas sustanciales y procesales involucradas, no debe soslayarse que tal que si se aplicara la regla del efecto suspensivo, se dejaría latente el previsible acaecimiento del daño que a través de la medida intentaba evitarse, perdiendo virtualidad la norma y viéndose burlados los fines perseguidos por la ley sustancial y, en definitiva, de modificarse el efecto no suspensivo de los recursos concedidos en primera instancia, ello convertiría en letra muerta la tutela sustancial inhibitoria consagrada por el nuevo Código Civil y Comercial. El proceso preventivo de daños -siendo una especie de los procesos urgentes-, en principio, no toleraría el efecto suspensivo tradicional de la concesión de los recursos ordinarios. (Del voto del Dr. Dellamónica.) (*Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala 1, Santa Fe, 28.04.16, "Paoletti, Juan Carlos y otros vs. Baravalle, Andrea Patricia y otros s. Medida autosatisfactiva - Recurso de apelación"*). Rubinzal Online Cita: RC J 2185/16).

d) Mandato preventivo Oficioso

d.1.El mandato preventivo permite al órgano jurisdiccional que, oficiosamente, emita órdenes cuando la sustanciación de un proceso le ha dado oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño que ya ha acaecido, se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no. (*Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 12,*

18.09.15, “Barrio Padre Mugica s. Legajo de control”. Ruibnzal Online Cita: RC J 6114/15).

d.2. El mandato preventivo, se trata, en lo esencial y para lo que aquí importa, de una orden judicial generalmente oficiosa para las partes o terceros (en este caso a requerimiento del Sr Fiscal General reemplazante) “cuando la sustanciación de un proceso le ha dado al juez la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no”. (CCivCom. - Azul, Sala I, 11.11.15, “Biordo Miguel Ángel c/ Rutas al Sur Concesionario Vial s/ Daños y perj. incump. contractual (exc.Estado)”. Actualidad Jurídica 2.12.15).

d.3. El Tribunal está habilitado -tras las disposiciones del nuevo CCyC.- para decretar mandatos de hacer, sin que ello suponga infringir el principio de congruencia ni imponer al destinatario de la medida obligaciones sin causa legal. Al consagrarse normativamente la función preventiva de la responsabilidad civil, siguiendo antecedentes del derecho comparado no hay obstáculo formal para su admisión procesal. (CCivCom. - Azul, Sala I, 11.11.15, “Biordo Miguel Ángel c/ Rutas al Sur Concesionario Vial s/ Daños y perj. incump. contractual (exc.Estado)”. Actualidad Jurídica 2.12.15).

d.4. De la reiteración de siniestros viales que se produjeron en la zona, especialmente los días de visibilidad reducida por la niebla (conf. detalle de todos los hechos ocurridos el 9 de Junio de 2007 relatados en el diario EL Popular del 10/6/2007, sic. fs. 214/217), corresponde dictar un mandato de prevención que se asentará sobre las siguientes bases: 1o) disponer que sean las autoridades de aplicación y los órganos competentes del Poder Ejecutivo quienes efectúen el relevamiento técnico e implementen las medidas conducentes, con control judicial.(CCivCom. - Azul, Sala I, 11.11.15, “Biordo Miguel Ángel c/ Rutas al Sur Concesionario Vial s/ Daños y perj. incump. contractual (exc.Estado)”. Actualidad Jurídica 2.12.15).

e) Mandato preventivo. Dirigido a terceros ajenos al proceso

e.1.La adolescente M., D. M., padece de una discapacidad cuyo diagnóstico es Hipoacusia Neurosensorial Bilateral y necesita realizarse un trasplante de Médula Ósea. La madre, en audiencia celebrada con la juez y el equipo interdisciplinario manifestó su preocupación, también, con respecto a la vivienda, dado que si M. es trasplantada debe estar en un lugar seco, limpio y acorde a los cuidados que debe recibir, brindando el número de expediente del Ministerio de Desarrollo Social, por el que se le solicitó desde el Hospital la asistencia para la construcción de una habitación con baño para la adolescente.

La magistrado luego de diversas audiencias celebradas con los médicos del Hospital Pediátrico, el Asesor de Menores e integrantes del Cuerpo Interdisciplinario dispuso autorizar a la adolescente M.D.M. a realizarse todas las intervenciones, procedimientos, tratamientos y prácticas médicas necesarias para efectivizar el trasplante de células progenitoras hematopoyéticas (CPH) o médula ósea que la misma necesita. Asimismo, en atención de la edad de M. peticionó al Director del Hospital Pediátrico a título de colaboración y en forma excepcional, continúen brindando el tratamiento a la joven M.D.M., por ser quienes tienen todos los antecedentes y la adolescente se muestra confiada y segura con ellos. Por último, dispuso librar oficio al Ministro de Desarrollo Social de la Provincia, a fin de que agilice el expediente N° XXX (Hospital Pediátrico) que se ha formado en ese Ministerio respecto a la joven M. D. M., quien por su patología, necesita en forma ineludible estar en un lugar seco, limpio y acorde a los cuidados que debe recibir. (*Juzgado de Menores N° 1 de la ciudad de Corrientes, Expte. N° 4138/11, Res. N° 22 del 29.4.16, "M., D. A.; M. C.; M. D. y J. G. D. S/ Víctimas"*).

e.2. Ante el hecho público ocurrido en el complejo habitacional "Soldati" que involucró la caída de tres adolescentes al vacío con posible causa en que haya cedido la baranda de una escalera externa y ante la existencia de vicios y defectos constructivos en el barrio denominado "Padre Mugica", donde reside una población integrada por gran cantidad de niños y adolescentes, se ordena la realización de un relevamiento de la totalidad de los espacios comunes en altura del complejo habitacional a fin de constatar y eventualmente liberar de elementos potencialmente peligrosos o adecuarlos a parámetros de seguridad propios del universo social del lugar, medida que deberá llevarse a cabo también en los espacios utilizados por niños para su recreación. (*Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 12, 18.09.15, "Barrio Padre Mugica s. Legajo de control". Rubinzal Online Cita: RC J 6114/15*).

f) Mandato preventivo sugerido por una de las partes

La sentencia de primera instancia dispuso un régimen de comunicación entre la menor de edad -adolescente- y su progenitora, con miras a la futura reanudación de la convivencia mutua. Se autorizó la permanencia temporaria de la adolescente -catorce años de edad- en casa de su tía abuela en razón de la existencia de severos conflictos con su progenitora; a la par, dispuso la coordinación de acciones entre la Asesoría de Familia y el Servicio de Protección de niñez a fin de posibilitar la comunicación madre-hija con mira al futuro retorno de ésta al hogar. El pronunciamiento es recurrido por la Asesora de

Menores quien se agravió en torno a la falta de consideración de la opinión que la niña había vertido en el proceso -contraria a la revinculación-. Se revoca parcialmente la decisión, dejándose sin efecto lo relacionado con la obligación de la menor a tener contacto con la madre e intima al Sr. R. I. B. y a la Sra. G. H, a depositar dentro de las 72 horas de ser notificados personalmente o por cédula a la orden de la Cámara y del Juez de grado interviniente y como pertenecientes a las actuaciones, las sumas que hayan percibido por el salario familiar de la menor, debiendo rendir cuenta documentada de las sumas recibidas, para juzgar el cumplimiento de la orden judicial de depósito y bajo pena de girarse las actuaciones al Sr. Fiscal en turno para que evalúe la comisión de un delito penal, por la retención indebida de tales sumas.

El tribunal arriba a la solución de intimar a los progenitores “dado que ha surgido en la audiencia respectiva [...], que el Sr. B. percibe el salario familiar correspondiente a la niña S. S. B., sin que se le hayan entregado tales sumas a ella desde que no vive con su madre y el Sr. B.”. La actora sobre el particular no petitionó, sólo manifestó en la audiencia que no percibe nada desde que no vive con la madre, lo que lleva a la propia Cámara a adoptar la decisión de intimación bajo apercibimiento de enviar las actuaciones a la justicia penal y, agrega el deber de rendir cuentas de los depósitos. (*Cámara de Apelaciones de Apelaciones de Trelew (Chubut), Sala A, 21.08.15, "Asesoría de Familia e Incapaces s/ Medidas de Protección (SSB)". Cita Online: elDial.com - AA9142*)

3. Medidas provisionales

a) Clases

El artículo 722 del CCyC. no hace referencia a que tipo de medidas precautorias se puede hacer lugar. Nuestros tribunales han interpretado mediante una vasta jurisprudencia que son procedentes todo tipo de medidas antes, durante el divorcio y proceso de liquidación de la comunidad. (*Juzgado de Familia N 2 de la ciudad de Corrientes, Expte. N° 41989/1, "Incidente de Liquidación de la Sociedad Conyugal, en autos: "C. D. A. Y A. M. J. S/ Divorcio Vincular por presentación conjunta"*).

b) Presupuestos

b.1. Verosimilitud del derecho

b.1.1. De acuerdo a los recaudos que exige el Código Procesal, para la adopción de medidas precautorias es necesario acreditar la verosimilitud del derecho invocado, el peligro de la demora y prestar contracautela. Sin embargo en el caso de

divorcio, la verosimilitud del derecho surge del acta de matrimonio, por cuanto es tal la condición la que brinda el derecho a la ganancialidad. (*Juzgado Civil, Comercial, Familia y Menores de Curuzú Cuatiá (Ctes.), Expte. I01 7382/2, 11.12.15., "Incidente de medida cautelar en autos: G., B. del C. c/ R, O. A. s/ Divorcio (s2)"*).

b.1.2. En el caso de divorcio la verosimilitud del derecho surge del proceso de divorcio (hoy con sentencia firme), por cuanto es tal la condición la que brinda el derecho a la ganancialidad. (*Juzgado de Familia N 2 de la ciudad de Corrientes, Expte. N° 41989/1; "Incidente de Liquidación de la Sociedad Conyugal, en autos: "C. D. A. Y A. M. J. S/ Divorcio Vincular por presentación conjunta;"*).

b.1.3. Cuando se trata del divorcio y la separación de bienes es la ley de fondo, por la existencia de la sociedad conyugal, la que determina y acuerda la máxima verosimilitud del derecho para la traba de medidas cautelares (art. 722, Código Civil y Comercial). (*CNCiv, Sala M, 13.09.2016, "F., D. L. c. B., F. A. s/ art. 250 C.P.C - incidente familia", Cita Online: AR/JUR/61408/2016*).

b. 2. Peligro en la demora

No resulta imprescindible demostrar el peligro de la demora en cuanto este se presume al enfrentarse necesariamente con la disolución del régimen de bienes cuando se dicte la sentencia de divorcio. (*Juzgado Civil, Comercial, Familia y Menores de Curuzú Cuatiá (Ctes.) 11.12.15, Expte. I01 7382/2 "Incidente de medida cautelar en autos: G., B. del C. c/ R, O. A. s/ Divorcio (s2)"*).

b. 3. Contracautela

La contracautela no es exigida en estos tipos de procesos, por cuanto la garantía de los posibles perjuicios que pudieran resultar de las medidas precautorias se encuentra en la parte de los bienes gananciales que le corresponderán al cónyuge que las solicita. (*Juzgado Civil, Comercial, Familia y Menores de Curuzú Cuatiá (Ctes.) 11.12.15., "Incidente de medida cautelar en autos: G., B. del C. c/ R, O. A. s/ Divorcio (s2)", Expte. I01 7382/2*).

c) Respecto a los bienes en el divorcio

c.1. Concepto

Se trata de medidas que particularmente enfocan la protección de la ganancialidad frente al conflicto matrimonial (*CCivCom., Sala III, Mar del Plata, 12.11.15., "B., A. N. C/*

A., G. E. S/ Medidas Precautorias (cuadernillo art. 250 CPCC)”).

c.2. Objeto

c.2.1. Las medidas provisionales de que nos habla el art. 722 del Código Civil y Comercial pueden recaer sobre los bienes gananciales, como sobre los propios, en tanto es posible que aquellos resulten insuficientes para cubrir deudas provenientes de recompensas o compensaciones, al momento de liquidar la sociedad conyugal. (*CCivCom., Sala III, Mar del Plata, 12.11.15., “B., A. N. C/ A., G. E. S/ Medidas Precautorias (cuadernillo art. 250 CPCC)”*).

c.2.2. El derecho consagrado por el art. 498 del Código Civil y Comercial que establece la división de los gananciales por mitades entre cónyuges puede requerir el amparo de medidas precautorias tendientes a evitar la desaparición de los bienes y la eventual insolvencia del cónyuge deudor (art. 722, CCyC). (*CNCiv, Sala M, 13.09.16 “F., D. L. c. B., F. A. s/ art. 250 C.P.C - incidente familia”, Cita Online: AR/JUR/61408/2016*).

d) Respetto de los hijos .Vivienda. Menores de edad

De manera autónoma y diferente a la discusión que da lugar al recurso extraordinario deducido, se peticiona -vía incidente- la asignación de la vivienda familiar a los menores, junto al progenitor que tiene hoy legalmente asignado el cuidado personal de los mismos. De manera previa al ratamiento ST declaro su competencia, en atención a la “urgencia del caso y la naturaleza de los derechos en juego”. Agregó que la “eficacia del proceso de familia es un mandato que se amplía cuando se ponen en juego, además, y como en el caso, derechos de menores. Para decidir como lo hizo, el Máximo Tribunal provincial dijo: No sólo se observan ventajas -del inmueble solicitado- respecto a los menores en lo que hace a lo habitacional, sino que, además, “volviendo a habitar esa casa los menores vuelven a su centro de vida, lugar donde transitaron la mayor parte de su infancia. El Tribunal destaca las expresiones vertidas por los adolescentes respecto de la ausencia de “respuesta adecuada” por parte de los órganos jurisdiccionales que intervinieron, en los siguientes términos evidencian la angustia por la que transitan al considerar que no reciben una respuesta adecuada de las autoridades que desde hace años intervienen en la causa que los involucra. (*CSJBA., c. 118.503. La Plata, 7.10.15. “S., D contra D., M.N. Tenencia de hijos”*),

e) Embargo

El embargo del 50% de los ingresos del demandado dispuesto en los términos del art. 722 del Código Civil y Comercial debe ser sobre los ingresos netos y no por todo concepto del giro comercial, pues de lo contrario podría peligrar la continuidad de este último. (*CNCiv, Sala M, 13.09.16., “F., D. L. c. B., F. A. s/ art. 250 C.P.C - incidente familia. Cita Online: AR/JUR/61408/2016*).

4. Prueba

a) Regimen patrimonial el matrimonio. Liquidacion de la comunidad.

a.1. Claramente, el art. 492 de este nuevo Código Civil y Comercial determina sobre quién debe pesar la carga de la prueba cuando afirma que aquel que la invoca tiene sobre sí el peso de la prueba, la que puede ser efectuada por cualquier medio probatorio. (*Juzgado Nacional Civil N° 86, 11.11.15., “S., H. L. c/ S., S. M. s/Liquidación de Sociedad Conyugal”, Citar: elDial AA9451, Publicado el: 2.4.2016*□).

a.2. La teoría procesalista de las cargas dinámicas de la prueba, la que se acentúan cuando de lo que se trata es de cuestiones de familia, a pesar de que las presentes son de índole económico, hacen hincapié en la colaboración entre las partes, siendo la carga de la prueba un principio trabajado desde la solidaridad entre ellas. (*Juzgado Nacional Civil N° 86, 11.11.15., “S., H. L. c/ S., S. M. s/Liquidación de Sociedad Conyugal”-”, Citar: elDial AA9451, Publicado el: 2.4.16*).

a.3. La carga de la prueba recae finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar. Con lo que concluimos que, no se valorará tanto quien haya aportado la prueba como que la misma exista y sea contundente. (*Juzgado Nacional Civil N° 86, 11.11.15, “S., H. L. c/ S., S. M. s/Liquidación de Sociedad Conyugal”, Citar: elDial AA9451, Publicado el: 2/4/2016*□).

b) Hechos y actos jurídicos. Carga de la prueba.

Acreditado el pago por el demandado, el accionante se limitó a enunciar que esos fondos debían imputarse a otras facturas sin brindar ningún elemento para identificar esa hipotética obligación pretérita, pues habiendo invocado tal diferente imputación le correspondía acreditar esa circunstancia, máxime cuando ni siquiera aportó contabilidad legal para abonar sus dichos, lo cual se lo impone su calidad de comerciante en virtud de lo previsto por los arts. 43 y 44 del Código de Comercio, exigencia conservada en lo sustancial por los arts. 320, 322, 323 y 330 del Código Civil y Comercial. (*CNCom. Sala D, “Souto, Roberto c.*

Muñoz de Toro Patagonia S.A. s/ ordinario”, 22.9.15, *Cita Online: AR/JUR/37775/2015*).

c) Procesos de familia

c.1. La normativa, art. 710 del C.C.y C.N, expresamente establece que “Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba”. Sin embargo ni la libertad, amplitud o flexibilidad probatoria son óbice para que se rechace prueba que resulte notoriamente innecesaria o impertinente. (*Cámara Apelac. Familia, Mendoza, “G. V. C/ A. D. p/ Daños y perjuicios”. 1.10.15*).

c.2. Se dispone que el juez procede con criterio amplio y flexible para admitir las pruebas en los procesos de familia, y vinculado con eso, si es conducente o no. En caso de duda estará por la primera opción... Se tiene en cuenta, como consecuencia previsible de las relaciones que se despliegan el ámbito familiar -un espacio íntimo-, que los hechos invocados pueden resultar de difícil acreditación. (*Cámara Apelac. Familia, Mendoza, 1.10.15., “G. V. C/ A. D. p/ Daños y perjuicios”*).

c.3. La directiva -con referencia al art. 710- no obliga al juez a admitir pruebas notoriamente improcedentes por dilatorias, no vinculadas con hechos controvertidos, o inadecuadas en función del objeto procesal(*Cámara Apelac. Familia, Mendoza, 1.10.15., “G. V. C/ A. D. p/ Daños y perjuicios”*).

c.4. Tratándose del reclamo de alimentos a favor del hijo mayor que continúa sus estudios, modificación incorporada en el art. 663 del Código Civil y Comercial, corresponde al acreedor alimentario probar el supuesto de hecho previsto por la norma, sin que sea suficiente la mera prueba de estar inscripto en la matrícula, sino que el horario de cursada o el cumplimiento de otras obligaciones curriculares le impiden realizar una actividad rentada para sostenerse en forma independiente, aplicándose el principio de las cargas probatorias dinámicas -art. 710, CCCN-, por tratarse de una excepción a la regla general fijada por el art. 658 de la normativa citada. (*CNCiv., sala J, “S., J. y otro c. S. A. G. s/ aumento de cuota alimentaria”, 08.10.15, Cita Online: AR/JUR/38401/2015*).

5. Costas. Imposicion

a) Existiendo liquidación aprobada y honorarios regulados firmes, es el momento procesal oportuno para resolver el pedido de aplicación del límite a la responsabilidad por costas consagrado en el art. 730, Código Civil y Comercial. (*Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, □ San Isidro, Buenos Aires. 19.05.16 “A., M. A. vs. F. M. s. Daños y perjuicios □”, Rubinzal Online Cita: RC J 2638/16*).

b) La norma no modifica la imposición de costas, sino que establece un tope a la extensión de la responsabilidad del vencido. (*Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, □ San Isidro, Buenos Aires. 19.05.16 “A., M. A. vs. F. M. s. Daños y perjuicios □”, Rubinzal OnlineCita: RC J 2638/16*).

c) Para realizar el cálculo, debe tomarse como base regulatoria la sentencia, laudo o transacción que ponga fin al diferendo y si bien el art. 730 no aclara qué sucede en los casos en que deba efectuarse una liquidación, debe entenderse que sobre el resultado que esta arroje se efectuará el cálculo, habida cuenta de que ésta refleja las pautas de la sentencia. (*“A., M. A. vs. F. M. s. Daños y perjuicios □”, 19.05.16 Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial-Sala I, . □ San Isidro, Buenos Aires. Rubinzal OnlineCita: RC J 2638/16 “*).

6. Representación procesal

a) En el art. 1017, Código Civil y Comercial, no se reproduce el inc. 7, art. 1184, Código Civil derogado, que establecía la obligatoriedad de la escritura pública para el otorgamiento de los poderes generales o especiales para juicio, con lo que estos instrumentos en lo sucesivo quedan comprendidos en la libertad de formas, que es el principio general. (*Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala II, La Plata, Buenos Aires, 16.06.16, “Sciatore, Diego Martin y otro vs. Rossini, Estela Laura y otro s. Daños y perjuicios”, , □ Rubinzal OnlineCita: RC J 3374/16*).

b) En lo que respecta al mandato judicial, siendo su objeto la representación en juicio, ya sea por poder general o especial y al sólo efecto de ejercer los actos procesales necesarios, resulta suficiente la manifestación de voluntad de la parte otorgante de ser representada por el letrado que señale. (*Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I, San Isidro, Buenos Aires, 06.12.16 “G. G. M. vs. F. M. E. y otro/a s. Petición de herencia □”, □ Rubinzal OnlineCita: RC J 7237/16”*).

7. Proceso de Divorcio. Procedimiento.

a) Puede decirse que el nuevo C.C.C. simplifica el trámite para arribar al dictado de una sentencia de divorcio, pues no se indaga respecto de la culpa y/o inocencia de los cónyuges. Pero esa sola circunstancia (divorcio inculpado) no lo transforma –per se- en un proceso voluntario. (*“Soto Juan Eduardo c/ Gomez Pamela Daiana s/ Divorcio”, exp-119785/15, Res. N° 67, 21.4.17, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 3, Corrientes*).

b) Si bien el nuevo C.C.C. contiene normas de procedimiento, no podemos afirmar que se le haya impuesto un tipo de tramitación especial, por ende continúa dentro de la clasificación de los procesos de conocimiento, y ante cualquier vicisitud, habrá que echar mano a las normas del trámite ordinario. (*“Soto Juan Eduardo c/ Gomez Pamela Daiana s/ Divorcio”, exp-119785/15, Res. N° 67, 21.4.17, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 3, Corrientes*).

c) El proceso de divorcio continua vigente; los jueces debemos armonizar las normas y adecuarlas a los nuevos Institutos asimilándolos a los procedimientos ya existentes. (*“Soto Juan Eduardo c/ Gomez Pamela Daiana s/ Divorcio”, exp-119785/15, Res. N° 67, 21.4.17, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 3, Corrientes*).

8. Proceso. Modos anormales de terminación. Transacción.

Una característica propia de la transacción es el efecto obligatorio que despliega para las partes una vez realizada. Según el art. 850, Código Civil, 'la transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada. El nuevo cuerpo legal contiene una solución similar (art. 1642, Código Civil y Comercial). (*Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil- Sala L. “Trabucco, Roberto Francisco vs. Consorcio Propietarios Juan B. Alberdi 928 s. Daños y perjuicios”, 02.06.16* □. *Rubinzal OnlineCita: RC J 3444/16*).