

LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS TENDIENTES A GARANTIZAR EL DERECHO A LOS BIENES GANANCIALES

*Por Fabian Eduardo Faraoni y Susana Squizzato

Sumario: I. Nociones generales de las medidas precautorias tendientes a garantizar el derecho a los bienes gananciales. II. Los hechos del fallo comentado. III. El tratamiento de los agravios formulados. IV. La necesidad de limitar la extensión de las medidas precautorias en cuanto a su objeto y duración. V. A modo de colofón.

I. Nociones generales de las medidas precautorias tendientes a garantizar el derecho a los bienes gananciales

Previo a adentrarnos en el análisis de los alcances del fallo citado, resulta menester explicitar someramente las características de las medidas precautorias tendientes a garantizar el derecho a los bienes gananciales.

Las medidas de seguridad fundadas en los arts. 233 y 1295 del Código Civil tienen su origen en ley de fondo y no en la procesal. En efecto, estas medidas precautorias tienen la particularidad de estar dirigidas a determinar el haber para el momento en que se decreta la liquidación¹.

Asimismo, no debe perderse de vista que la norma del art. 233 del Código Civil se relaciona y debe interpretarse en conjunto con las previsiones del art. 1295 de idéntico cuerpo legal. El primero alude a las acciones de separación personal y divorcio vincular y a las 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. El segundo atañe a la separación de bienes y a la posibilidad del embargo de los bienes muebles propios del otro cónyuge para evitar que el titular disponga de ellos, como así también a la indisponibilidad de los bienes propios y gananciales del otro cónyuge².

Estas medidas tienden a proteger derechos en expectativa toda vez que por la gestión separada de los bienes de titularidad de cada cónyuge, se pueda poner en riesgo la división por mitades que para los bienes gananciales corresponde conforme el art. 1315 del Código Civil³.

Repárese que la última parte del art. 233 del Código Civil justamente alude a las “*medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de que fueren titulares los cónyuges*”, de allí que

¹ cfr. Escribano, Carlos, “*Medidas precautorias en el juicio de divorcio y separación de bienes*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2º ed. pág. 41 y sgtes.

² cfr. Mazzinghi, Jorge Adolfo, “*Derecho de Familia*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, Tomo II, pág. 435 y 436.

³ cfr. Levy/Wagmaister en Bueres – Highton, “*Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, coment. art. 33, pág. 1045.

puedan instrumentarse todo tipo de medidas que tiendan a resguardar el patrimonio conyugal (inhibición general de bienes, embargos, prohibición de contratar, sustitución de la administración, secuestro, intervención de fondos de comercio o de sociedades que integran uno de los cónyuges, etc.), para de tal modo evitar la desaparición de los bienes y la eventual insolvencia del cónyuge deudor.⁴

Por otra parte, y dado que están orientadas a proteger derechos en expectativa a raíz de la gestión separada de los bienes de titularidad de cada cónyuge, la ley no efectúa distinciones entre los bienes gananciales y los propios por lo que estos últimos igualmente pueden ser objeto de gravamen⁵.

Al respecto, no debe dejar de contemplarse que la finalidad de la medida precautoria adoptada en el proceso de familia justifica su aplicación con un carácter menos estricto que las que se dicten en los demás juicios de carácter patrimonial. Lo dicho se sustenta en la circunstancia que el régimen patrimonial matrimonial se funda en la presunta armonía, confianza y afecto entre los cónyuges, pendientes cada uno de ellos de la buena fe del otro y, por ello resulta ser el más indefenso de los acreedores. Sobre el punto debe recordarse -conforme ya lo expresamos- que la fuente de la medida en cuestión proviene del derecho sustancial, de modo tal que no resulta exigible el cumplimiento de los recaudos adjetivos ordinarios, ya que tales recaudos surgen y se presumen atendiendo a la naturaleza y fin de la acción principal sobre separación personal o divorcio vincular entablada entre los contendientes⁶.

Para su dictado se requiere la acreditación de la verosimilitud del derecho, que resulta de la propia instalación del matrimonio, y del peligro en la demora, esto es la demostración de la urgencia producida por la crisis matrimonial o la separación de hecho de las partes.

Es que la crisis matrimonial permite inferir la pérdida de confianza de los consortes entre sí. La mentada ruptura tiene una indudable repercusión en los bienes que deben ser compartidos al disolverse la sociedad conyugal, ya que es frecuente que junto con el conflicto personal surja la intención de alguno de los cónyuges de perjudicar al otro en su derecho a la ganancialidad.⁷

II. Los hechos del fallo comentado

La plataforma fáctica del pronunciamiento de referencia puede subsumirse en el cuestionamiento formulado, vía recurso de apelación, por el cónyuge en contra del decisorio que dispuso la adopción de diversas medidas cautelares en los términos de los arts. 233 y 1295 del Código Civil, solicitadas por la esposa al producirse el cese de cohabitación entre ellos.

El apelante, afectado por las medidas precautorias, postula como materia de agravio las siguientes: a) las cautelas impugnadas no reúnen los presupuestos mínimos para su dictado de en razón de que durante la sociedad conyugal no se habrían adquirido bienes inmuebles ni bienes registrables y en relación a los muebles, las partes habrían suscripto en el extranjero un acuerdo sobre ellos; b) la inhibición general de bienes es improcedente porque el único inmueble es de carácter propio por haber sido recibo por herencia de su padre al igual que la mayoría del mobiliario y enseres allí presentes; c) el embargo sobre el dinero depositado en las cuentas bancarias no debió proceder por no ser titular único y por incluir la cuenta en la que se deposita su haber jubilatorio; d) el inventario de

⁴ cfr. Mazzinghi, Jorge Adolfo, “*Derecho de Familia*”, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, Tomo II, n 337, pág. 500; Costantino, Juan Antonio en “*Tratado de las Medidas Cautelares-La intervención judicial como medida cautelar*”, Ed. Jurídica, Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1997, tomo 4, pág. 71 y sgtes.

⁵ cfr. N. de Lazzari, Eduardo, “*Medidas Cautelares*”, Ed. Platense, La Plata, Nov. 2002, Tomo 2, 3º Ed., pág. 125 y 128.

⁶ conf. Cám. Nac. Civil, Sala M, 27/6/1994, La Ley, 1994-E, 419, Cám. Nac. Civil, Sala H, 9/5/1996, La Ley, 1996-E, 288, entre otros.

⁷ cfr. Guahnon, Silvia V., “*Medidas cautelares en el derecho de familia*”, Ed. La Roca, Buenos Aires., 2007, pág. 115.

bienes muebles dispuesto en el departamento en el cual vivía la familia antes de residir en el extranjero, carece de fundamento desde que no tendría vinculación con los bienes gananciales; y e) la ausencia de establecimiento de una contracautela le genera gravamen pues el domicilio de la actora es en el extranjero.

III. El tratamiento de los agravios formulados

De la lectura del pronunciamiento se advierte el concreto y preciso abordaje de las quejas del apelante que conlleva al rechazo del capítulo principal pero a modificar lo tocante a la necesidad de establecer una contracautela y un plazo de vigencia para la inhibición general de bienes decretada.

a) En torno a la objeción referida a que no se encuentran reunidos los presupuestos mínimos para el dictado de las cautelas impugnadas en razón de que durante la sociedad conyugal no se habrían adquirido bienes inmuebles ni bienes registrables y en relación a los muebles, las partes habrían suscripto en el extranjero un acuerdo sobre ellos, la Alzada estima que *"...al encontrarse acreditado el vínculo matrimonial y el juicio de divorcio en trámite, resultan aplicables las previsiones de los art. 233 y 1295 del Código Civil que habilitan el dictado de cautelas tendientes a garantizar que el derecho a los bienes gananciales del cónyuge que las pide no queden defraudados; bienes gananciales cuyo detalle no ha sido siquiera enunciado, pero que no por ello cabe presumir inexistentes."*

En este sentido el ad quem explicitó que esta queja no ameritaba ser estimada desde que precisamente ante el desconocimiento o imprecisión acerca de los bienes conyugales, proceden medidas tales como la inhibición general de bienes, el pedido de informes y el inventario, tendientes a individualizar el contenido patrimonial del haber común.

La inhibición general de bienes sustituye al embargo cuando los bienes del demandado no se conocen con precisión o existe posibilidad de que sea propietario de otros, a más de los conocidos⁸, la cual se efectiviza mediante la anotación en el registro correspondiente. Recuérdese que su finalidad es la de impedir que el deudor se desprenda o grave bienes inmuebles o muebles registrables que forman parte de su patrimonio. En otras palabras, prepara la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal pero no cautela alguno en particular.

b) Idéntica suerte corre el agravio del afectado fundado en que la inhibición general de bienes es improcedente porque el único inmueble es de carácter propio por haber sido recibo por herencia de su padre al igual que la mayoría del mobiliario y enseres allí presentes. Al respecto se sostuvo que *"...la posible calificación de propio del marido del -supuestamente- único inmueble registrado a nombre de alguna de las partes, no resulta un obstáculo para el dictado de la inhibición general de bienes, entre cuyos presupuestos se encuentra el desconocimiento de la existencia de otros bienes; desconocimiento que está implicado en el pedido de la actora"*

Sobre este tópico se expone que la inhibición general de bienes sustituye el embargo como modo eficaz de hacer efectiva la no enajenación cuando los bienes del cónyuge demandado no se conocen con precisión o existe la posibilidad de que sea propietario de otros.⁹

c) Tampoco se evidencia agravio con relación al embargo de fondos bancarios desde que contrariamente a lo alegado por el apelante, la medida adoptada sobre el dinero depositado en la cuenta bancaria de cotitularidad del cónyuge y dos personas más, fue limitada al cincuenta por ciento de la parte indivisa del accionado (o sea, el cincuenta por ciento de la tercera parte) y no se efectivizó sobre la cuenta en la cual se deposita su haber jubilatorio.

En este punto, la solución hubiera variado si la medida efectivamente afectaba el patrimonio de un tercero ajeno a la relación procesal.

Lo cierto es que el embargo ha sido limitado. Al respecto se ha dicho que cuando se trata de valores y títulos sobre los que recaen las medidas precautorias previstas por el art. 1295 del Código Civil, se

⁸ cfr. Belluscio, Augusto C., *"Manual de derecho de familia"*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, t. 1, pág. 502.

⁹ conf. CNCiv., sala C, 20/12/2006, DJ 2007-II, 1043.

procede a inmovilizar sólo un 50%, puesto que conforme lo dispone el art. 1315 del mismo cuerpo de normas, hasta aquí llegaría la expectativa del cónyuge que petitionó la medida.¹⁰

d) Respecto a la queja vertida en orden a la improcedencia del inventario de bienes muebles dispuesto en el departamento en el cual vivía la familia antes de residir en el extranjero, porque no tendrían carácter de bienes gananciales, la Alzada destaca que "...la invocación realizada por el apelante no desvirtúa la procedencia de la determinación de tales bienes a través del inventario; ello así, sin perjuicio de lo que en su respecto corresponda decidir al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal. Será también en ese escenario que cabrá evaluar la utilidad de esta cautela y el modo de distribuir el costo que su implementación genera...".

El inventario es una medida tendiente a individualizar la existencia de bienes o derechos, adquiriendo relevancia especialmente respecto de los bienes muebles, por ser aquellos los que con más facilidad pueden sustraerse del patrimonio.

Ahora bien, la realización del inventario en principio no ocasiona perjuicios al cónyuge que los administra por tener sólo carácter informativo; de allí que se ha sostenido que no constituye una medida precautoria propiamente dicha, sino una vía para determinar o individualizar los bienes que componen el capital ganancial de la sociedad conyugal, con miras a su oportuna división.¹¹

e) Distinta suerte corre el reproche esgrimido en orden a la ausencia de establecimiento de una contracautela teniendo en cuenta que el domicilio de la actora es en el extranjero. En este aspecto la Alzada admite el agravio y puntualiza que "...en el particular supuesto traído a examen, si se pondera la endeblez de los elementos aportados por el relato de la actora tendiente a justificar prima facie la agresión del patrimonio presuntivamente propio del marido; la edad de las partes al contraer nupcias (58 y 48 años; lo que hace presumir la existencia de mayor patrimonio anterior que si hubiesen sido dos personas que recién comenzaban su vida profesional o laboral) y el hecho de que la actora resulta ser una litigante que posee su domicilio en el extranjero y que actúa por apoderado en esta jurisdicción, nos llevan a la necesidad de apreciar la procedencia de la fijación de una contracautela adecuada, como forma de compensar las variables puestas en juego en este caso."

En este aspecto, el decisorio recuerda que la inexigencia de contracautela que campea como principio en materia de medidas precautorias derivadas del régimen patrimonial del matrimonio, reconoce excepciones.

Asimismo, repara que "no es razonable que el tribunal sea testigo impávido de una situación peculiar en la que una de las partes da muestras de no tener nada que perder en el hipotético caso de que a la postre carezca de derechos sobre los bienes de su contrario, mientras que la otra parte tiene que asumir con estoica resignación los perjuicios patrimoniales que sobre su patrimonio aparentemente exclusivo le inflinge su contraria".¹²

Debe recordarse que la prestación de una contracautela no se requiere en principio pues no se compadece con la naturaleza de las medidas cautelares que se solicitan en la crisis conyugal, y porque tampoco la legislación de fondo, donde están contempladas, la exige¹³. Lo expuesto no implica que en supuestos de duda o cuando puedan derivar de la medida dispuesta perjuicios extremos al propio cónyuge o a terceros, el juez de acuerdo con los antecedentes pueda disponer una contracautela.

IV. La necesidad de limitar la extensión de las medidas precautorias en cuanto a su objeto y duración

¹⁰ cfr. Guahnon Silvia V., "*Medidas cautelares en el derecho de familia*", Ed. La Roca, Buenos Aires, 2007, pág. 128.

¹¹ cfr. Martínez Álvarez, Eduardo Mario, "*Juicios de divorcio y de separación personal*", cit., en Enciclopedia de Derecho de Familia, Universidad, Buenos Aires, 1993, T. II, pág. 570.

¹² cfr. Sambrizzi, Eduardo A., "*Tratado de derecho de familia*", Buenos Aires, La Ley, ed. 2010, t. III, pág. 472 y conchs.

¹³ cfr. Solari, Néstor E., "*Medidas cautelares y liquidación de sociedad conyugal*", DJ 2007-II, 1043.

Un párrafo aparte merece la previsión contenida en el fallo en cuanto se establece en seis meses -a partir de notificada la resolución- la vigencia de la inhibición general de bienes decretada; debiendo dentro de ese plazo la actora agotar las gestiones de individualización del patrimonio ganancial y procurar las cautelas individuales que pudieren corresponder o, en su defecto, aportar nuevos elementos tendientes a proveer de verosimilitud suficiente un eventual pedido de postergación o ampliación de las medidas.

Este recaudo tiende a evitar el abuso del derecho, y puede adoptarse sin que para ello mediare petición de parte en ese sentido.

El Tribunal de Alzada luego de reevaluar la verosimilitud del reclamo a la luz del resultado de las principales medidas ya trabadas y examinar el relato que las partes formulan en sus presentaciones estima necesario otorgar un plazo a la actora, el que una vez vencido, sin haberse aportado nuevos elementos, determina que deba procederse sin más al levantamiento de la inhibición general de bienes trabada.

No debe olvidarse que las medidas cautelares que autorizan los artículos 233 y 1295 del Código Civil tendientes a asegurar los derechos de los cónyuges hasta tanto se disponga y se lleve a cabo la liquidación de la sociedad conyugal, deben ser adoptadas en la extensión indispensable para satisfacer su finalidad y no pueden ejercerse de un modo abusivo, con propósitos de hostilidad o extorsión, que imposibiliten el normal desenvolvimiento de la parte a la que afectan. La amplia facultad que otorga la ley para la traba de este tipo medidas cautelares no debe convertirse en un medio de persecución, ni tampoco de llevar a la consumación de una injusticia, no pudiendo ser empleadas para trabar el normal y necesario desenvolvimiento del cónyuge afectado, sin beneficio para el que las solicita.

La experiencia demuestra que en ocasiones se las emplea abusivamente, como modo de condicionar otro tipo de aspectos del proceso de desarmado de la pareja conyugal en trámite de separación o divorcio. El magistrado debe velar para que las medidas no vayan más allá de lo necesario para garantizar la integridad de un derecho que presenta rasgos de verosimilitud, pero nunca cuando las particularidades del caso dejan traslucir que tal propósito ha sido desbordado.¹⁴

Por último, en lo atinente a esta cuestión, cabe señalar que esa es la postura adoptada por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que se encuentra en tratamiento parlamentario, y que en su artículo 722, titulado "Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio", luego de establecer que deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad 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, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial y que también puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares; explícitamente contempla que "*La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración*".

V. A modo de colofón

Para concluir el presente comentario, solo corresponde poner de resalto que el Tribunal interviniente ha trazado el itinerario racional necesario a fin de confirmar el decisorio apelado en orden a la procedencia y razonabilidad de la inhibición general de bienes objetada, valorando expresamente que el desconocimiento o imprecisión acerca de los bienes conyugales y la posible calificación de propio del marido del -supuestamente- único inmueble registrado a nombre de una de las partes, no es óbice para su dictado, todo ello en base a una reevaluación de la verosimilitud del reclamo a la luz del resultado de las principales medidas ya trabadas y del relato efectuado por ambos consortes.

¹⁴ Cfr. Lagomarsino, Carlos A. R. y Uriarte, Jorge A., *Medidas precautorias en los juicios de separación y divorcio*, en Enciclopedia de Derecho de Familia, Universidad, Buenos Aires, 1994, t.III, pág. 34; Hernández, Lidia Beatriz, *Medidas cautelares respecto de los bienes en el juicio de divorcio*, RDF, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Abril 2000, n° 16, pág. 98.

En ese marco, puede afirmarse que la materia principal de agravio propuesta se engasta en una interpretación que difiere y disiente de la señalada por el preopinante, pero no incorpora ningún elemento no tenido en cuenta que logre desarticular la estructura lógica del razonamiento efectuado, poniendo en duda su certeza, ni tampoco rebate las conclusiones en que se funda, resultando, en consecuencia, inconsistentes las razones invocadas a los efectos de la revisión pretendida.

Al margen de ello, velando por los derechos del afectado y en el entendimiento que las medidas cautelares no pueden convertirse en un medio de persecución, hostilidad o extorsión hacia el otro, en uso de sus facultades, y sin que medie petición, dispone fijar un plazo en el cual la actora debe agotar las medidas tendientes a individualizar el patrimonio ganancial.

Merece destacarse el aserto de esta última decisión, en tanto la limitación dispuesta constituye el equilibrio razonable entre la seguridad merecida por quien pide la tutela y la libertad de actuación necesaria al afectado para su desenvolvimiento.

Por otra parte, y desde una óptica general, cabe señalar que pueden ser objeto de las medidas cautelares todos los bienes que deban formar parte del proceso de liquidación de la sociedad conyugal. Se insiste que el objetivo de estas medidas es el de prevenir el menoscabo inminente de derechos patrimoniales o de las personas a fin de garantizar la oportuna actuación del derecho sustantivo¹⁵.

No obstante ello, su extensión debe estar condicionada a tal finalidad sin poder convertirlas en un medio de persecución ni implicar una extorsión, imposibilitando el desenvolvimiento de los negocios del cónyuge. De allí que corresponde al órgano jurisdiccional estimar la idoneidad de las medidas de seguridad recabadas.

Este examen de habilidad o suficiencia no solamente concierne al análisis de la aptitud en sí del medio petitionado para evitar la vulneración de los derechos de que es titular el pretensor, sino que también implica la necesaria consideración de las consecuencias que habrán de seguirse al otro protagonista, pudiendo disponer incluso una medida precautoria diferente a la solicitada.¹⁶

En este orden de ideas será improcedente la medida cautelar que afecta el patrimonio de un tercero ajeno a la relación procesal, desde que la misma ha sido dictada para asegurar el resultado de una sentencia que carece de perspectivas para los afectados de dicha medida; faltando en consecuencia, el presupuesto de razonabilidad, verosimilitud o presunción del derecho en cuya preservación se ha decretado¹⁷. Por el contrario, su admisión comprometería el derecho de propiedad de terceros, consagrado constitucionalmente en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional.

Finalmente, debe recordarse que si bien en principio no se requiere la contracautela, excepcionalmente debe ser solicitada. Repárese que no tiene por finalidad cubrir el valor del bien entregado sino eventuales daños y perjuicios que pudiera sufrir la contraria para el caso de que en definitiva no se reconozca el derecho del peticionante.

¹⁵ cfr. Colombo, Carlos J., “*Código de Procedimiento Civil y Comercial, anotado y comentado*”, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 706.

¹⁶ cfr. de Lazzari, Eduardo N., “*Medidas cautelares*” - *Medidas precautorias de índole patrimonial en juicios de separación personal y divorcio vincular*, Tomo II, Librería Editora Platense, 3° edic., La Plata, 2000, pág. 125.

¹⁷ cfr. de Lazzari, Eduardo N., “*Medidas cautelares*” - *Medidas precautorias de índole patrimonial en juicios de separación personal y divorcio vincular*, Tomo I, Librería Editora Platense, 3° edic., La Plata, 2000, pág. 147.