

Causa: 117353

//en la ciudad de La Plata, a los 20 días del mes de Mayo de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario las Señoras Juezas de la Excm. Cámara Segunda de Apelación, Sala Segunda, doctora Patricia Ferrer y Silvia Patricia Bermejo, y por disidencia el Señor Presidente doctor Francisco Agustín Hankovits (art. 35, ley 5827), para dictar sentencia en los autos caratulados: **"B., B. A. C. C/ B., D. H. S/ MEDIDAS PRECAUTORIAS"** (causa 117.353), se procedió a practicar el sorteo que prescriben los artículos 168 de la Constitución de la provincia, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término la doctora **FERRER**.

LA EXCMA CAMARA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1a. ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 41/42?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION LA SEÑORA JUEZ DOCTORA FERRER DIJO:

I. Vienen las presentes actuaciones a efectos de tratar el recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 44, contra la resolución recaída a fs. 41/42 en cuanto la intima a instar la acción principal (divorcio) en el término de 10 días, bajo apercibimiento de decretar la caducidad de las medidas cautelares dictadas conforme el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial.

II. Sostiene la recurrente que, la circunstancia de no haber presentado, hasta la fecha, la demanda de divorcio que iniciara su cónyuge, no implica, de ninguna manera, que no se "haya promovido" ese proceso. En contraposición, no puede exigírsele, que sea su parte la que presente la demanda, pues a su entender, se trata de un proceso personalísimo en el cual, no existe obligación exigible como lo determina el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial.

III. El proceso cautelar puede ser entendido como aquel que tiene por objeto una pretensión de tutela anticipada y provisional del derecho, interés o de las personas involucradas en un proceso contencioso o extracontencioso. Por ello las medidas cautelares son instrumentales por cuanto carecen de un fin en sí mismas y se encuentran subordinadas y ordenadas funcionalmente a un proceso principal del cual dependen, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse en aquél.

En definitiva, apuntan a asegurar mediatamente el derecho debatido o discutido en una litis, puesto que las mismas operan como accesorias y al solo efecto de garantizar el cumplimiento de una eventual condena.

La accesoriedad implica la dependencia del juicio principal que les da sentido (art. 233, Cód. Civil: "Durante el juicio de separación personal o de divorcio vincular..." y el artículo 1295 del mismo cuerpo legal: "Entablada la acción de separación de bienes..."). No obstante, las mismas normas autorizan ordenar las medidas antes de la promoción de aquél "en caso de urgencia" o "si hubiese peligro de la demora".

En este caso, la prolongación de la medida que afecta al eventual demandado puede significar un injusto perjuicio, si el solicitante dilata la iniciación de su acción principal. Por eso el artículo 207 del Código ritual dispone "la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubiesen ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba".

El fundamento de la caducidad de las medidas cautelares reside en la necesidad de evitar que una de las partes pueda presionar a la otra utilizando el poder jurisdiccional, en violación al principio de igualdad y sin darle oportunidad de entrar en la controversia e impugnarlas, más allá que el transcurso del tiempo pueda tomarse, además, como un valioso indicador de la falta de interés o derecho de su solicitante, lo

cual lleva a evitar que se mantenga indefinidamente una medida que en sí misma se aprecia como carente de finalidad y causa.

Como consecuencia del principio de accesoriedad es que las medidas cautelares no pueden prolongarse indefinidamente, razón por la que corresponde fijar un plazo prudencial para la promoción de la acción principal, bajo apercibimiento de dejarlas sin efecto y evitar el ejercicio disfuncional del derecho al solicitarla.

En el caso particular, si bien se ha transitado el procedimiento preliminar de la “etapa previa” al proceso de cognición, con el resultado que señala el “a quo” en el apartado cuarto de fs. 41 vta. no cabe calificar a dicha actuación como actividad jurisdiccional propiamente dicha que permita afirmar que existe un proceso iniciado al que esta medida podría eventualmente acceder.

Consecuentemente, teniendo en cuenta que las medidas cautelares no pueden prolongarse indefinidamente, el resolutorio apelado en cuanto fija un plazo prudencial para la puesta en marcha de la pretensión de fondo, bajo apercibimiento de dejarlas sin efecto se encuentra ajustado a derecho y merece ser confirmado.

Voto por la **AFIRMATIVA**.

A LA MISMA PRIMERA CUESTION LA SEÑORA JUEZA BERMEJO DIJO:

I. Discrepo con la posición que sostiene mi distinguida colega preopinante, conforme los fundamentos que paso a exponer. Este expediente comenzó con la petición de medidas cautelares por la señora B. A. C. B. en el marco de los artículos 230, 231, 233 y concordantes del Código Civil (fs.8/9 vta.). Asimismo, se certificó la existencia de los autos principales “B., D. H. c/ B., B. A. C. s/ Divorcio” y “B., B. A. C. c/ B., D. H. s/ Alimentos”, en los que –en ocasión de tal informe- se encontraba pendiente la celebración de la audiencia de la Etapa Previa ante la señora Consejera de Familia (fs. 11 y vta.).

Ordenada la traba de las medidas cautelares (fs 11 y vta.), el señor B., por apoderado, solicitó el levantamiento de la inhibición general de bienes. Corrido el pertinente traslado, la contraria se opuso. En consecuencia, el señor Juez de Familia resolvió mantener las medidas dispuestas, pero intimó a la señora B. a instar acción principal (divorcio) en el término de 10 días, bajo apercibimiento de decretar la caducidad de las medidas cautelares, conforme lo normado por el artículo 207 del Código Procesal. Sustentó ello en que en el expediente de divorcio se concluyó la Etapa Previa por incomparecencia injustificada de la Señora B.. Este aspecto de la decisión es atacada por la requirente.

Entiendo que le asiste razón al reclamo. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 195 del Código Procesal Civil y Comercial, las providencias cautelares pueden ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resulte que ésta deba entablarse previamente. Para aquellos supuestos en que se hacen efectivas en la primera de las oportunidades descriptas, el artículo 207 del mismo ordenamiento estatuye un plazo de caducidad. Por consiguiente, tratándose de obligación exigible, debe interponerse la demanda dentro de los diez días siguientes al de su traba.

Como es sabido, se trata de una consecuencia de la nota de instrumentalidad de las medidas precautorias, pues la afectación que ella provoca, solo puede concebirse en tanto exista juicio pendiente en el que se discuta el derecho que se ha querido asegurar. Lo contrario constituiría una arbitrariedad (De Lazzari E., “Medidas cautelares”,...1° edic., pág. 180).

Empero, el fuero de familia cuenta con normas procesales propias, aplicándose en lo pertinente el Código Procesal Civil y Comercial, por la remisión expresa que prevé el artículo 853 del mismo ordenamiento. Ello, conduce, en consecuencia, a una necesaria coordinación de ambos sistemas –un código previsto para un proceso civil y comercial principalmente escriturario y las normas adjetivas que regulan a los juzgados de familia, en las que prevalece la oralidad, la intermediación y la autocomposición del litigio-. Aquél creado con anterioridad al segundo referido.

Resultan los antecedentes del pronunciamiento atacado –según allí mismo se refiere- que el expediente principal de divorcio comenzó con la presentación de una solicitud de trámite. Convocadas las partes a la audiencia ante la Consejera de Familia, la señora B.

no asistió. Empero, no aprecio que tal circunstancia lleve a concluir en que se le requiera a ésta que inste la acción.

En primer lugar, cuando el artículo 207 del Código Procesal requiere que se deduzca demanda, debe interpretarse como que debe instarse el inicio de las acciones judiciales para dirimir el conflicto que motiva que una de las partes requiera la medida cautelar. A mi entender, encuentro que este recaudo ya se encuentra cumplido con la interposición de la solicitud de trámite. Esta es la forma en la cual el legislador previó que comience el proceso de familia (arts. 828, 829 y conc., C.P.C.C.). Es decir, no puede interpretarse que el requerimiento exigido por el artículo 207 del Código adjetivo sólo se cumpla con una demanda en sentido textual, sino tomando ésta como la forma de reclamar ante la justicia, lo que, como se afirmó, en el fuero de familia, podrá ser la “solicitud de trámite”. Otra comprensión llevaría a que deba incoarse la demanda aun cuando no fuera el paso procesal previsto, con el objeto de ajustar todo un sistema de debate de derechos – propios del nuevo fuero- a una norma creada con anterioridad. En vista a ello, en el caso de autos, no tiene operatividad la potencial caducidad del artículo 207 del Código Procesal, pues la acción del proceso principal ya se encuentra iniciada con la solicitud de trámite que dio nacimiento a la actividad jurisdiccional.

Por otro lado, aquí se da la particularidad que la solicitud de trámite a los fines de lograr el divorcio fue iniciada por el señor B.. En consecuencia, a él le incumbe instar ese proceso. La circunstancia que la señora B. no haya comparecido a la audiencia con la Consejera no puede llevar a concluir que sea ella quien deba iniciar la demanda, como se ordenó en la decisión ahora atacada. La comparecencia de la parte contraria a la Etapa Previa es para permitirle el ejercicio de una garantía procesal, sin devenir una obligación. Su inasistencia no detiene el proceso.

Si bien una de las notas características de esta etapa preliminar es su tránsito obligado, pues resulta como regla “previo e imprescindible” para iniciar las acciones del artículo 827 del Código Procesal, no puede derivarse la obligatoriedad de la presencia requerida. Para el demandado la comparecencia queda librada a su voluntad y su incomparecencia no detiene el curso de la acción en marcha (conf. Berizonce Roberto, ...”Tribunales y proceso de familia”, pág. 114).

Además, las medidas cautelares pueden ser requeridas por ambas partes del proceso principal, por lo que no hay obstáculo para que la señora B. las haya pedido aun cuando sea demandada en los obrados principales. Justamente, será el señor B. quien estará interesado en activar el expediente y lograr una sentencia.

Por consiguiente, por los fundamentos expuestos, aprecio que la decisión atacada debe ser revocada parcialmente en cuanto se intima a la señora B. a instar la acción principal (divorcio) en el término de 10 días, bajo apercibimiento de decretar la caducidad de las medidas cautelares dictadas conforme el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial. Propongo que por las características del tema debatido, las costas de ambas instancias se impongan por su orden (arts. 68, 69, C.P.C.C.).

Voto por la **NEGATIVA**.

A LA MISMA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR HANKOVITS DIJO:

I.- Atento la disidencia planteada en las presentes actuaciones por las distinguidas colegas de la sala II de este Tribunal, es que voy a emitir el mío en las mismas (arts. 35 Ley 5827; 168 últ. párrafo de la Carta Magna provincial).

II.- A. Adhiero al voto de la Señora Jueza Doctora Bermejo.

En efecto, si bien el artículo 207 del C.P.C.C., aplicable en el **sub judice**, prescribe que *Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los 10 días siguientes al de su traba*, cierto es que, en mi criterio, el mismo refiere a pretensión procesal y no estrictamente a la demanda en sentido técnico procesal. Sucede que, generalmente, la pretensión procesal se contiene en la

demanda, entendida ésta como acto procesal postulatorio que consiste en una declaración de voluntad del justiciable dirigida al órgano jurisdiccional (art. 330 del C.P.C.C.).

En cambio, la pretensión procesal lo constituye el objeto del proceso, la que en su conformación jurídica sólo requiere que contenga una afirmación de derecho o de consecuencias jurídicas de determinada situación de hecho.

Así, la demanda no puede ser identificada con la pretensión procesal, en tanto aquélla no sólo no constituye el objeto del proceso sino que es sólo un medio habitual de promoverlo.

En ese orden y a modo de ejemplo de ello, cabe señalar que el hecho nuevo constituye un complemento de la causa de la pretensión pero no de la demanda, cuya función iniciadora ha quedado ya satisfecha en dicho estadio de desarrollo procesal (art. 363 del C.P.C.C.).

Entiendo pues que, cuando el dispositivo legal de marras refiere a demanda lo hace en el sentido de pretensión, ya que como se afirmara **ut supra**, habitualmente aquélla contiene a ésta -lo que no acontece estrictamente en la especie-, dado que la télesis de dicho precepto es que cuando la cautela es previa al litigio –siendo que por naturaleza y en principio las medidas cautelares no son pretensiones autónomas- exige que el mismo se inicie en el plazo allí estipulado.

B. En el caso, el trámite judicial ha sido ya iniciado por el Sr. D. H. B. el 17 de febrero de 2011 (ver certificación de fs. 12; arts. 828 y 830 del C.P.C.C.) con la presentación de la respectiva solicitud, esgrimiendo allí su pretensión de divorcio contra la ahora apelante, circunstancia que motivó que la misma peticionara medidas cautelares el 23 de febrero de 2011 (ver fs. 10 vta.) como también, en igual fecha, iniciara actuaciones por alimentos (v. fs. 12).

Si bien en autos la etapa propiamente compositiva del proceso ha quedado eventualmente finiquitada por la inasistencia de la Sra. B. A. C. B. a la audiencia con la consejera de familia (ver fs. 41 vta.), situación que habilita que la pretensión procesal se canalice ahora por la etapa contenciosa del proceso de familia (arts. 835 y 836 del C.P.C.C.), no por ello, en mi opinión, se puede sostener que el proceso ha fenecido o que no hay aún uno en trámite.

Más aún, el propio ordenamiento ritual posibilita el dictado de medidas cautelares en dicha etapa (art. 834 del rito civil y comercial) sin que las supedite en su vigencia a plazo alguno. Ello resulta en mi parecer razonable pues, de lo contrario, se llegaría al absurdo de tener que culminar perentoriamente con la faz compositiva para pasar a la contenciosa mediante la interposición de la respectiva demanda a fin de que las mismas no sean decretadas caducas.

Por otra parte y en todo caso, la recurrente inició un proceso por alimentos, lo que no es dable desconocer (ver certificación de fs. 12).

III.- Como lo adelantara, con estas argumentaciones dadas a mayor abundamiento, adhiero al voto de la Dra. Bermejo y doy el mío en el mismo sentido.

Voto por la **NEGATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZ DOCTORA FERRER DIJO:

Atento a la Mayoría de opiniones alcanzadas al tratar la cuestión anterior corresponde revocar parcialmente el decisorio de fs. 41/42 en cuanto se intima a la señora B. a instar la acción principal (divorcio) en el término de 10 días, bajo apercibimiento de decretar la caducidad de las medidas cautelares dictadas conforme el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial. Las costas de ambas instancias, en este aspecto, serán impuestas por su orden (arts. 68, 69, 274 del C.P.C.C.).

A LA MISMA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR HANKOVITS Y LA SEÑORA JUEZ DOCTORA BERMEJO, DIJERON:

Que coincidiendo con la solución propuesta en el voto que antecede, también nos expedimos en el mismo sentido.

ASI LO VOTAMOS.

CON LO QUE TERMINA EL ACUERDO, dictándose la siguiente:

-----SENTENCIA-----

POR ELLO, y demás fundamentos del acuerdo que antecede se revoca parcialmente la resolución apelada de fs. 41/42 en cuanto se intima a la señora B. a instar la acción principal (divorcio) en el término de 10 días, bajo apercibimiento de decretar la caducidad de las medidas cautelares dictadas en autos conforme el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial. Las costas de ambas instancias se imponen a las partes por su orden (arts. 68, 69, 274 C.P.C.C.). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.**