



NEUQUEN, 12 de mayo del año 2021.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**Q. R. A. C/ S. O. H. S/ DILIGENCIA PRELIMINAR**", (JNQFA4 EXP N° 128205/2021), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y,

**CONSIDERANDO:**

I.- La parte actora apeló la resolución dictada el 18 de febrero de 2021 (fs. 15/16), por la que se admitieron parcialmente ciertas medidas solicitadas como preliminares y se rechazaron otras.

Luego de relatar los antecedentes del caso, se agravió de que las medidas solicitadas hayan sido rechazadas por exceder el marco de la división de bienes.

Indicó que tal decisión constituye un dispendio jurisdiccional innecesario que avala la postura violenta y dilatoria del aquí demandado.

Expresó que para poder efectuar el reclamo por la vía incidental de rendición de cuentas, tal como lo indicó la magistrada en su resolución, su parte necesita imperiosamente hacerse de la documentación que requirió anticipadamente.

Por lo cual -continuó- el pedido realizado respecto de las dos últimas medidas rechazadas resulta ajustado a derecho, así como su otorgamiento.

Explicó que el objeto de su solicitud de producción de prueba anticipada es a los fines de obtener la documentación necesaria para la partición de la comunidad conyugal, por la vía que sea necesaria e iniciado los incidentes que sean necesarios contra su ex cónyuge, quien



retiene en forma ilegal y manifiesta aquella instrumental, ejerciendo violencia económica hacia su persona.

Citó las causas de división de bienes y divorcio que mantiene con el Sr. S.-

Se agravió luego respecto al otorgamiento parcial de la prueba informativa solicitada a varias entidades bancarias, la que fue receptada sólo para la fecha de la separación de hecho alegada y no para movimientos anteriores o posteriores, por exceder este proceso.

Al efecto, señaló que tal apreciación resulta personal y carece de fundamento jurídico, por cuanto las partes deberán discutir dicho punto en función de los movimientos realizados en las cuentas de S.

Aclaró que su parte ha relatado la violencia ejercida por su ex cónyuge y ha adjuntado prueba que acredita la separación de hecho de forma intempestiva, la cual detalló.

Subrayó, por otra parte, que la sentencia de divorcio decretó disuelta la sociedad conyugal desde la fecha de notificación de la demanda, y no desde la de separación de hecho.

Se agravió también de que se la obligue a dar inicio a un proceso distinto del aquí instado, dilatando la resolución del conflicto y consintiendo el actuar del Sr. S, ilegal y violento.

Citó el art. 2 de la ley 3248.

Expresó que el exceso ritual manifiesto de la jueza vulnera su derecho de defensa en juicio y la tutela jurisdiccional efectiva.

Se preguntó hasta donde puede requerirse el inicio de nuevas actuaciones al litigante para hacerse de la documentación que hace a su derecho.



Afirmó que tal postura resulta inconveniente, al sobrecargar a su parte el *onus probandi*, con los consecuentes costos y dificultándosele la participación de la comunidad conyugal; generándose además un incremento y retraso en el sistema judicial del fuero de familia.

Manifestó que la sentenciante no tiene en cuenta lo manifestado respecto de la conducta de S. y que su decisión carece de perspectiva de género

Volvió a referirse al accionar del demandado, orientado a mantener el control del patrimonio familiar, evitando que su parte pueda administrar y disponer lo que por derecho le corresponde, y sometiéndosela económicamente.

Solicitó que para la resolución de este recurso se aplique la ley 26485 y la ley 2786.

Citó normativa y doctrina especializada.

Aludió a un precedente de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia.

Por último, peticionó.

II.- Si bien hace ya tiempo que se viene hablando de la insuficiencia del derecho procesal civil y comercial para regular los procesos de familia -problemática que se ha agudizado a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial-, lo cierto es que en nuestra provincia, por el momento, los proceso de familia se rigen por las normas contenidas en el CPCyC.

Ello, sin perjuicio que la interpretación de la normativa procesal debe ser realizada a la luz de lo prescripto por el art. 706 del Código Civil y comercial, en especial y en el caso de autos, la manda de su inciso a).



Ahora bien, para la resolución del recurso bajo análisis, resulta importante diferenciar entre las medidas preparatorias y la prueba anticipada.

Jaime Veler Frau indica que: “...las primeras persiguen como objetivo fundamental asegurar a las partes la posibilidad de promover en la forma mas adecuada sus acciones, excepciones y defensas, resultan así indispensables, sean para acceder al conocimiento de ciertas situaciones en que ha de fundarse la exposición de los hechos, sea para determinar con certidumbre la legitimación sustancial, activa o pasiva, de quienes intervienen en el proceso, constituyen instrumentos encaminados a evitar la formación de un proceso que puede resultar eventualmente inútil, mientras que la prueba anticipada no se trata de diligencias indispensables para el planteamiento mismo de la acción o de la defensa, sino de instrumentos o medios de asegurar una parte fundamental el proceso como es la prueba” (conf. Veler Frau, Jaime, “Diligencias Preliminares y prueba anticipada”, pág. 27, citando jurisprudencia).

El CPCyC provincial las trata, a las primeras en su art. 323, y las segunda, en su art. 326.

En tal sentido, se advierte que las medidas planteadas por la parte actora se tratan de medidas preparatorias del juicio de división de bienes -como la exhibición de documental-, como un adelanto de prueba -como la prueba de informes-, por cuanto tiende a recoger y conservar elementos útiles para el mismo trámite.

Además, la parte no ha sido clara en orden a qué tipo de medidas pretende que se dicte.

Respecto de la prueba anticipada, se exige un análisis cuidadoso y restrictivo, en orden a que debe garantizarse el derecho de defensa en su producción, la que va a realizarse en una etapa procesal impropia.

En efecto: “La petición de producción de prueba anticipada, atento la naturaleza de la medida, debe reunir, para su producción determinados requisitos. En primer lugar y teniendo en cuenta que resulta ser un acto instructorio de prueba a realizarse fuera del período procesal oportuno, debe acreditar el solicitante la urgencia fundada en la



posibilidad de perderla frente a la dificultad o imposibilidad de su realización en el período procesal pertinente.” (conf. F., M. c/V. de F., M.N. s/Divorcio - Incidente de Prueba Anticipada, I CAO1 EQ 000C 000080, 12/09/1997 MA, Lex Doctor 10 - Oficinas Judiciales).

Concretamente, la recurrente solicitó 1) la intimación al demandado a acompañar el boleto de compraventa del terreno ubicado en ... .. 3900, 2) el libramiento de un mandamiento de constatación con habilitación respecto del terreno de .... .. 3900, 3) la intimación al demandado a acompañar los contratos de alquiler correspondiente al inmueble de ..... .... 282, 4) el libramiento de un mandamiento de constatación respecto al inmueble de ..... .. 282 y 5) el libramiento de oficio a varias entidades bancarias a fin de que informen si el demandado posee cuenta bancaria, en pesos y/o dólares, y en su caso, se remitan los movimientos desde el 1 de enero de 2019 hasta la actualidad.

El requerimiento correspondiente al punto 1) fue admitido en su totalidad; el correspondiente al punto 5) fue admitido parcialmente, limitándose al momento de la separación de hecho y no al lapso propuesto por la actora; mientras que los correspondientes a los puntos 2), 3) y 4) fueron rechazados por exceder el trámite del proceso de división de bienes.

Los fundamentos expuestos por la peticionante fueron que no tiene acceso a la vivienda conyugal ni al patrimonio conyugal desde el momento de la separación, ya que todo -incluidos los ahorros- lo administra el demandado en exclusividad, siendo la documentación que necesita para sustentar su pretensión retenida por aquel.

Por lo cual, el motivo de su solicitud recae en la dificultad de encaminar su pretensión, como en la de conservar ciertos elementos, con la intención de garantizar la



integridad del patrimonio de la recurrente frente a la administración de su ex cónyuge.

De acuerdo con ello, no advertimos impedimento alguno para que algunas de las medidas solicitadas puedan realizarse, teniendo presente que la partes se encuentran divorciadas y la disolución de la sociedad conyugal, operada.

Y ante el carácter propio o ganancial de determinados bienes o la existencia de determinados frutos, puede hacerse valer este adelanto probatorio, previa notificación y citación del demandado -tal como se dispuso en la resolución apelada- para que pueda controlarla y resguardarse el derecho de defensa, (conf. esta Sala II, en "Brezniw s/Diligencia preliminar", expte. n° 475648/20136, del 6 de octubre del año 2015).

En lo que refiere al pedido de informes, el mismo se encuentra contemplado en la enumeración contenida en el art. 326 del CPCyC (inc. c), por lo que entendemos que configura una prueba anticipada, cuyo diligenciamiento en tal carácter se justifica en la posibilidad de que los bancos denunciados eliminen información de sus registro, si se espera a la etapa probatoria normal. Ello también determina que no corresponda limitar su contenido, sino que debe ser ordenada con la amplitud requerida por la parte actora, sin perjuicio que la magistrada de grado, en su oportunidad, evalúe y utilice el contenido de los informes de acuerdo con la pretensión de autos (división de la sociedad conyugal).

Respecto de la intimación a la futura parte demandada para que exhiba documentación que obra, en principio, en su poder, no es una medida que se encuentre contemplada en el art. 323 del CPCyC.

Sin embargo, y conforme lo señala Roberto Gabriel Bianchiman, la evolución jurisprudencial ha avanzado desde un



criterio restrictivo respecto de la enumeración del art. 323 del CPCyC, a la que se consideraba como taxativa, hacia un criterio amplio de admisión de diligencias preparatorias distintas de las enumeradas en el ya citado art. 323 (conf. aut. cit., "Diligencias Preliminares. Su procedencia", LL 1994-B, pág. 375).

Tal criterio amplio fue adoptado por esta Sala II en autos "Arias Salgado c/ Díaz" (expte. n° 516.847/2019, 23/9/2020) donde, con cita de Enrique M. Falcón, se dijo: "...la enumeración efectuada en el art. 323 del Código Procesal no reviste carácter taxativo, por lo que puede disponerse la práctica de otras diligencias no previstas expresamente cuando concurren circunstancias análogas a aquellas que no ha sido merituadas por el legislador o bien su denegatoria pueda comportar la frustración de los eventuales derechos de las partes."

Roberto Gabriel Bianchiman enumera cuatro principios rectores, elaborados por la jurisprudencia, para evaluar la procedencia de diligencias preliminares no previstas expresamente en la legislación procesal: 1) Principio de intervención jurisdiccional: las medidas preliminares preparatorias del proceso tienen por objeto procurar a quien ha de ser parte en un futuro juicio, el conocimiento de hechos o de datos que no podría obtener sin intervención del tribunal; 2) Principio de necesidad: la finalidad de las diligencias preliminares es obtener información que puede resultar indispensable para la ulterior constitución regular y válida de la litis, cuando su conocimiento no puede ser adquirido por otros medios; 3) Principio de frustración: en materia de diligencias preliminares debe sostenerse un criterio amplio, admitiendo que la enunciación que contiene el art. 323 del CPCyC no es limitativa, pues debe aceptarse un margen de arbitrio a favor de los jueces para ordenar medidas no contempladas expresamente, si de las circunstancias expuestas por el peticionario se evidencia la posible frustración de sus



derechos, en caso de no accederse a las mismas; 4) Principio de lealtad: las diligencias o medidas preliminares no deben ser permitidas más allá de lo estrictamente necesario, porque de otra manera podrían quedar comprometidos los principios de igualdad y lealtad al procurarse una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio, y constituyendo tales diligencias excepción al trámite normal del proceso, es imprescindible que la petición demuestre la necesidad de que aquellas se decreten (conf. aut. cit., op. cit.).

A la luz de estas reglas, entendemos que la negativa de la jueza de grado en orden a despachar el emplazamiento al demandado para que exhiba los contratos de locación referidos al inmueble sito en calle ..... 282 de la ciudad de Neuquén, como así también, la constatación de los inmuebles denunciados por la parte actora, resulta ajustada a derecho.

En efecto, la exhibición de los contratos de locación excede el marco de la acción por división de la sociedad conyugal, no resultando indispensable para el planteamiento de la pretensión de división de la sociedad conyugal, ni tampoco para una eventual procedencia de la demanda, en tanto como lo ha señalado la jueza de primera instancia, no se vinculan con la composición de la masa de bienes que integraban la sociedad conyugal.

En relación a los mandamientos de constatación sobre los inmuebles aludidos, entendemos que no encuadran en la excepcionalidad de la prueba, pues no existe un peligro que justifique romper la bilateralidad del proceso, dentro del contexto de las pretensiones de la recurrente.

Si bien, lo hasta aquí dispuesto sella la suerte favorable -aunque parcialmente- de este recurso, no advertimos



que se encuentre transgredida la perspectiva de género que enunció la apelante en sus agravios.

De una lectura de los argumentos dados por la *a quo* en su decisión, no surgen empleados estereotipos de género, ni que la postura y el relato asumido por la actora hayan sido descalificados en razón de ser mujer.

En efecto, la solución jurisdiccional acordada fue por cuestiones de índole técnica y procesal, sin que la interpretación allí efectuada haya desatendido la problemática de violencia contra la mujer.

II.- En mérito a lo expuesto, corresponde admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y en consecuencia, modificar la resolución en crisis, disponiéndose que los anticipos de prueba referidos a los informes a entidades bancarias deberán producirse en el modo solicitado por la parte recurrente; confirmándose en los demás y que fue motivo de agravios.

Sin costas de Alzada, en atención a la falta de contradicción y por resultar una cuestión suscitada con el juzgado.

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

I.- Modificar la resolución dictada el 18 de febrero de 2021 (fs. 15/16), en el modo indicado en los Considerandos, sin costas de Alzada.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO**  
**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**