

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA

**CURSO: "RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ALIMENTOS:
PROBLEMAS ACTUALES"**

TRABAJO DE EVALUACIÓN

DOCENTE: DR. GUSTAVO A. BOSSERT

ALUMNO: CLAUDIO A. BELLUSCIO

Primer cuatrimestre

Año 2004

Posibilidad de reclamarse judicialmente entre los cónyuges alimentos provisorios y provisionales. Imputación de los alimentos provisionales a los bienes gananciales del cónyuge alimentado.

a) Posibilidad de reclamarse entre cónyuges alimentos provisorios o provisionales.

Entre los cónyuges la cuota alimentaria provisoria podrá ser fijada en el juicio de alimentos (art. 375 del Código Civil), mientras que la denominada como provisional podrá ser establecida en el juicio de separación personal o divorcio vincular (art. 231 del Código Civil)¹.

1) Juicio de alimentos: alimentos provisorios.

Planteado el juicio de alimentos -durante la convivencia matrimonial, la separación de hecho, la tramitación paralela de la separación personal o divorcio vincular, o luego de que recaiga sentencia en estos últimos- podrán solicitarse y fijarse alimentos provisorios².

Los alimentos provisorios son los que se fijan con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia, para cubrir los gastos imprescindibles mientras dura el proceso de alimentos³.

Los alimentos provisorios surgen de lo establecido en el art. 375 del Código Civil, en cuanto éste faculta a solicitar al juez, al principio de la causa o en el curso de ella⁴, el establecimiento de los mismos.

Si bien esta norma legal no lo dice, dichos alimentos también podrán ser solicitados con anterioridad a la interposición de la demanda, conforme lo establece el art. 231 del Código Civil, pues aunque este artículo se refiere en forma específica a los alimentos provisionales establecidos en el juicio de divorcio vincular o separación personal, la "ratio legis" de ambas normas legales se encuentra orientada en el mismo sentido⁵.

Por lo cual, la reclamación anticipada de estos alimentos (prevista en el art. 231 del Código Civil) es aplicable al supuesto del art. 375 del mismo cuerpo legal.

¹ CNCiv., Sala C, 12/06/01, ED 194-220; Morello, Augusto M., Juicios sumarios II. Alimentos, 3ª ed., Librería Editora Platense, La Plata, 1995, p. 261.

² CNCiv., Sala F, 17/07/95, ED 166-551; íd., Sala B, 05/04/93, LL 1194-D-44; íd., Sala C, 12/06/01, ED 194-220; Méndez Costa, María J., Visión jurisprudencial de los alimentos, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 66; Bossert, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, 4ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 42.

³ CNCiv., Sala K, 28/04/97, LL 1997-E-1079 (caso N° 12.093); Méndez Costa, María J., Visión..., cit., p. 66.

⁴ CCiv. Com. y de Minería San Juan, Sala I, 09/10/01, LL Gran Cuyo 2002-576.

⁵ Camps, Carlos E. – Nolfi, Luis M., La obligación alimentaria derivada de la patria potestad y el conflicto originado en su incumplimiento, JA 2001-I-824.

El juez se encuentra facultado para conceder o no los alimentos provisorios según su apreciación y de acuerdo con las circunstancias de la causa⁶.

En caso de que el juez los conceda, se deberán al alimentado desde el momento en que se los haya solicitado⁷, dado que no se deben desde el momento de la interposición de la demanda (como sucede con los “definitivos”, conforme con el art. 644 CPCCN) por cuanto aún no cabe hablar de alimentos atrasados⁸.

Si el juez los deniega, podrán solicitarse de nuevo, pero esta vez sobre la base de otras circunstancias y de un planteo distinto del anterior⁹.

Esta cuota provisorio, oportunamente fijada, regirá hasta el momento en que se dicte sentencia¹⁰.

Si dicha sentencia admite la pretensión del actor, se fijarán los alimentos “definitivos”¹¹, para lo cual el juez evaluará las actuaciones de la causa y las pruebas aportadas por las partes¹².

En tanto que, si la rechaza, no se fijará cuota alguna, produciéndose el cese de los alimentos fijados en forma provisorio.

La finalidad de los alimentos provisorios es atender sin demoras las necesidades más urgentes e impostergables¹³ de aquél cónyuge que los reclama, durante el lapso que dure el proceso de alimentos¹⁴.

En ese sentido, la suma a fijarse en concepto de alimentos provisorios deberá de contemplar los requerimientos que permitan al cónyuge que los demanda cubrir sus necesidades indispensables durante la tramitación del juicio¹⁵.

Es que, el tiempo que demore la finalización del juicio puede resultar gravoso, ya que puede privar al cónyuge que reclama alimentos de rubros esenciales para su subsistencia.

En general, dadas las necesidades urgentes por las que se los reclama, los alimentos provisorios serán solicitados en una etapa del proceso (antes o al inicio del mismo) en la cual las partes no han aportado la totalidad de la prueba que hace a su derecho o a su descargo.

Por lo tanto, estos alimentos podrán ser concedidos de acuerdo a lo que “prima facie”¹⁶ surja de las presentaciones efectuadas en el expediente y de los elementos aportados al mismo por las partes¹⁷.

⁶ CNCiv., Sala D, 07/06/83, LL 1984-A-103.

⁷ CNCiv., Sala A, 11/06/97, LL 1998-B-207.

⁸ CNCiv., Sala D, 07/06/83, ED 117-299, sum. n° 293.

⁹ Novellino, Norberto J., Los alimentos y su cobro judicial, Nova Tesis Editorial Jurídica, Rosario, Santa Fe, 2002, p. 308.

¹⁰ Grosman, Cecilia P., Medidas frente al incumplimiento alimentario, LL 1985-D-949; CNCiv., Sala E, LL 1983-C-602 (36.408-S); íd., íd., 17/02/93, LL 1993-C-60; íd., íd., 01/09/00, ED 192-608; íd., Sala B, 05/04/93, LL 1994-D-44.

¹¹ CNCiv., Sala I, 23/05/00, LL 2000-D-618; íd., Sala C, 04/07/00, ED 195-595.

¹² CNCiv., Sala F, 12/08/85, LL 1996-C-190; íd., Sala B, 05/04/93, LL 1994-D-44.

¹³ CNCiv., Sala I, 23/05/00, LL 2000-D-618; íd., Sala D, 07/06/83, LL 1984-A-103; íd., Sala E, 01/09/00, ED 192-608.

¹⁴ CNCiv., Sala I, 23/05/00, LL 2000-D-618; íd., Sala A, 26/07/84, LL 1985-B-575 (caso n° 5.403); íd., íd., 03/12/81, LL 1982-A-495; íd., íd., 11/12/01, LL 2002-A-497; íd., Sala G, 16/09/83, LL 1984-C-637 (caso n° 5.244); íd., Sala C, 11/10/89, LL 1990-A-354 y LL 1995-D-854, sum. n° 118; íd., íd., 20/06/83, ED 117-298, sum. n° 286; íd., Sala K, 13/02/92, LL 1993-B-463 (caso n° 8.985); íd., Sala E, 17/02/93, JA 1995-I-62; CCiv. Com. y de Minería San Juan, Sala I, 09/10/01, LL Gran Cuyo 2002-576.

¹⁵ CNCiv., Sala B, 05/04/93, LL 1194-D-44 y LL 1995-D-846, sum. n° 41; íd., Sala C, 23/04/96, ED 171-266.

En ese sentido, para que la pretensión sea acogida favorablemente, el cónyuge deberá acreditar, en forma sumaria, que durante la convivencia matrimonial el rol de proveedor económico estaba a cargo del demandado, en forma total o en su mayor parte¹⁸.

Cierta jurisprudencia¹⁹ ha reputado que resulta suficiente con acreditar "prima facie" lo señalado en el párrafo anterior, es decir que en la distribución de los roles en el matrimonio era el demandado quien efectuaba los aportes económicos, para que quede habilitado el reclamo de los alimentos provisorios.

Por nuestra parte, consideramos que, además, se deberá acreditar que dicha situación no ha variado al momento del reclamo²⁰, configurándose por ello un estado de necesidad²¹ al no tener la parte actora los medios para procurarse su propio sustento²².

Una vez que haya sido acreditado de manera sumaria, que el rol desempeñado en la convivencia matrimonial por el cónyuge que reclama los alimentos provisorios no era el de proveedor económico y, asimismo, su estado de necesidad actual, corresponderá que se fije la cuota alimentaria provisoria²³ sin que sea imprescindible además acreditar los ingresos del demandado.

Cabe señalar que los alimentos provisorios han sido reputados por la doctrina –en forma prácticamente unánime- como una medida cautelar.

Por lo ello, estos alimentos provisorios no requieren de la mediación previa y obligatoria que establece la ley 24.573 - en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires-, pues el art. 2º, inc. 6º de dicha norma legal determina que las medidas cautelares quedan exceptuadas de la mediación.

2) Juicio de separación personal o de divorcio vincular: alimentos provisionales.

Los alimentos que se determinen en el transcurso de esos procesos son regidos por el art. 231 Cód. Civ., el cual los denomina provisionales.

Se ha determinado que estos alimentos debidos entre los esposos durante la tramitación del juicio de divorcio o separación (alimentos provisionales), constituyen la persistencia del aspecto material de la obligación de asistencia²⁴,

¹⁶ CNCiv., Sala A, 17/12/84, LL 1986-B-621 (37.247-S); íd., Sala E, 17/02/93, LL 1993-C-60 y DJ 1993-2-155.

¹⁷ CNCiv., Sala I, 12/02/02, LL 2002-D-213.

¹⁸ CNCiv., Sala A, 15/11/84, LL 1985-B-110; íd., Sala B, 05/04/93, LL 1194-D-44; íd., Sala E, 30/09/96, LL 1997-C-987, (caso n° 11.478); Gowland, Jorge A., Los alimentos a la esposa dependerán de las tareas que ésta desempeña en el matrimonio, LL 1995-D-42.

¹⁹ CNCiv., Sala C, 23/04/96, ED 171-266.

²⁰ CNCiv., Sala C, 12/06/01, ED 194-221; Gowland, Jorge A., Los alimentos..., cit., p. 42.

²¹ Alvarez, Osvaldo O., Alimentos provisorios: ¿prerrogativa automática en beneficio de la cónyuge?, ED 171-267; Dutto, Ricardo J., La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-II-680; CCiv. Com. y de Minería San Juan, Sala I, 09/10/01, LL Gran Cuyo 2002-576.

²² Méndez Costa, María J., Visión..., cit., p. 67; Dutto, Ricardo J., La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-II-680, p. 680; CNCiv., Sala A, 15/11/84, LL 1985-B-110; íd., íd., 11/12/01, LL 2002-A-497.

²³ CCiv., Com. y Minería San Juan, Sala I, 09/10/01, LL Gran Cuyo, 2002-576.

²⁴ CNCiv., Sala E, 26/08/82, LL 1983-A-432 y Rep. LL 1983-146, sum. n° 4; íd., íd., 17/02/93, DJ 1993-2-155; CCiv. Com. y de Minería San Juan, Sala I, 09/10/01, LL Gran Cuyo 2002-576.

que había sido consagrada en el art. 51 de la ley 2393 y actualmente por el art. 198 del Código Civil (conforme texto ley 23.515).

Estos alimentos provisionales, tienen la misma finalidad que los establecidos en el art. 275 Cód. Civ.: cubrir las necesidades urgentes e imprescindibles del cónyuge que los reclama²⁵ con anterioridad, al inicio o durante la tramitación del proceso -en este caso- de separación o divorcio.

Son provisionales, porque están destinados a regir en forma provisional sólo durante el trámite de los juicios de separación o de divorcio²⁶.

Estos alimentos podrán ser establecidos si se inicia uno de estos procesos y se efectúa el reclamo alimentario en ellos, sin que se inicie en forma simultánea un juicio de alimentos.

En consecuencia, el art. 231 Cód. Civ. faculta a los cónyuges para percibir alimentos provisionales destinados a regir durante los juicios de separación o divorcio sin tener que recurrir al juicio de alimentos²⁷.

Si bien, para que la solicitud de estos alimentos sea admitida, se deberá acreditar -al igual que sucede con los alimentos provisorios- el estado de necesidad del cónyuge que los reclama, al no tener los medios para procurarse su propio sustento.

El hecho de que durante el proceso de separación o divorcio ambos cónyuges continúen habitando en el inmueble sede del hogar conyugal, no impide que se soliciten y se fijen alimentos provisionales²⁸, si bien prestigiosa doctrina²⁹ ha manifestado que dicha circunstancia debe tenerse en cuenta para establecer el monto de esa cuota provisional.

Al igual que los alimentos regulados en el art. 375 Cód. Civ., los alimentos provisionales son equiparados -por autorizados doctrinarios³⁰- a una medida cautelar, por lo cual el juez podrá fijarlos "in audita parte"³¹.

Si la solicitud para que se fijen alimentos provisionales es rechazada -al igual que los provisorios establecidos en el juicio de alimentos- pueden volver a solicitarse, siempre que la nueva petición se funde en otras circunstancias fácticas y, por ende, con un nuevo planteo que será distinto del anterior³².

Como estos alimentos son accesorios al juicio de separación o divorcio, habrá que tener en cuenta la suerte que corra la pretensión principal³³.

En ese sentido, una vez que han sido establecidos los alimentos provisionales, si es rechazada con posterioridad la demanda de separación o

²⁵ Méndez Costa, María J., *Visión...*, cit., p. 73; Lagomarsino, Carlos A. – Uriarte, Jorge A., *Juicio de alimentos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 269.

²⁶ CNCiv., Sala E, 17/02/93, JA 1995-I-62.

²⁷ Bossert, Gustavo A., *Régimen...*, cit., p. p. 44-46; Dutto, Ricardo J., *Juicio por incumplimiento alimentario y sus incidentes*, ed. renov., act. y ampl., Juris, Rosario, 2003, p. 79.

²⁸ CNCiv., Sala M, 10/05/00, JA 2002-III-36 (índice), sum. n° 2.

²⁹ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, 8ª ed. reelab. y ampl., Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 342.

³⁰ Kielmanovich, Jorge L., *Procesos de familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 166; Bossert, Gustavo A., *Régimen...*, cit., p. 47; Morello, Augusto M., *Juicios...*, cit., p. 261.

³¹ Bossert, Gustavo A., *Régimen...*, cit., p. 47.

³² Novellino, Norberto J., *Los alimentos...*, cit., p. 308; Bossert, Gustavo A., *Régimen...*, cit., p. 51.

³³ Novellino, Norberto J., *Los alimentos...*, cit., p. 307.

divorcio interpuesta, dichos alimentos se mantienen para el beneficiario si los cónyuges se mantienen separados de hecho³⁴.

En cambio, estos alimentos cesan si los cónyuges vuelven a convivir³⁵, pues la cuota provisional fijada en dinero se transformará en el cumplimiento en especie que, normalmente, se proporcionan los cónyuges durante la convivencia.

Decretada la separación o divorcio, si la sentencia establece la culpa de uno o ambos cónyuges, el art. 649 CPCCN señala que los alimentos provisionales fijados cesarán de pleno derecho para el declarado culpable.

El cese procede respecto del beneficiario, aunque el cónyuge alimentante haya sido declarado también culpable³⁶.

Asimismo, declarada la culpabilidad del cónyuge en cuyo beneficio habían sido establecidos los alimentos provisionales, caduca su derecho a cobrar los devengados y no percibidos³⁷.

Al cónyuge declarado culpable, le quedará la posibilidad de reclamar -en otra ocasión- los alimentos establecidos en el art. 209 del Cód. Civ., siempre que se acrediten los presupuestos que el enunciado de ese artículo señala³⁸.

Por el contrario, si decretada la separación o el divorcio el cónyuge que se encuentra percibiendo los alimentos provisionales es declarado inocente, dichos alimentos se convierten en “definitivos”³⁹, si bien se podrá solicitar su aumento por la vía incidental -art. 650 CPCCN- para adecuarlos a la extensión establecida en el art. 207 Cód. Civ.⁴⁰, ya que no sería lógico exigirle al cónyuge inocente el tener que iniciar un nuevo proceso con esa finalidad⁴¹.

b) Imputación de los alimentos percibidos durante el juicio de separación personal o divorcio vincular, a los bienes gananciales del cónyuge alimentado.

1) La modificación introducida por la ley 17.711: principio general y excepción.

El segundo párrafo del art. 1306 Cód. Civ. (incorporado por la ley 17.711 y no modificado por la ley 23.515), expresa: *“Los alimentos que pasó uno de los cónyuges al otro durante el trámite del juicio se imputarán en la separación de bienes a la parte que corresponda al alimentado, a menos que el juez fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiese hacerlos pesar sobre el alimentante”*.

³⁴ Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, 6° ed., Depalma, Buenos Aires, 1998, T. I, p. 408; Borda, Guillermo A., Tratado..., cit., p. 342.

³⁵ Bossert, Gustavo A., Régimen..., cit., p. 53.

³⁶ Díaz de Guijarro, Enrique, La reducción o cesación de los alimentos sin necesidad de juicio ordinario, JA 72-168; Morello, Augusto M., Juicios..., cit., p. 261; Borda, Guillermo A., Tratado..., cit., p. 342.

³⁷ Borda, Guillermo A., Tratado..., cit., p. 342; CNCiv. en pleno, 01/12/67, LL 128-844.

³⁸ CNCiv., Sala C, 19/04/90, ED 139-226.

³⁹ CNCiv., Sala E, 29/04/92, LL 1993-B-463 (caso n° 8.983) y LL 1996-D-855, sum. n° 127; Sambrizzi, Eduardo A., Separación personal y divorcio, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, T. I, p. 416; Dutto, Ricardo J., Juicio...cit., p. 79; Ventura, Adrián R. - Stilerman, Marta N., Alimentos, Librería El Foro, Buenos Aires, 1992, p. p. 65-66.

⁴⁰ Sambrizzi, Eduardo A., Separación..., cit., p. p. 416-417.

⁴¹ CNCiv., Sala E, 29/04/92, LL 1993-B-463 (caso n° 8.983) y LL 1996-D-855, sum. n° 127.

La segunda parte del art. 1.306 del Código Civil, establece como principio general: los alimentos provisionales devengados y percibidos por el cónyuge beneficiado con ellos durante el trámite del juicio de separación o divorcio, deberán imputarse a los gananciales en oportunidad de practicarse la separación de los bienes.

Señala Zannoni⁴² que la solución dada al tema por la ley 17.711, llenó un vacío legal que, hasta ese momento, había provocado interpretaciones jurisprudenciales contradictorias⁴³.

Es por ello que, en los años inmediatamente posteriores a la sanción de la ley 17.711, la jurisprudencia⁴⁴ aplicó el principio general introducido al art. 1.306 del Código Civil por dicha ley.

Pero más allá de principio general establecido en el art. 1306 Código Civil -imputación de los alimentos provisionales percibidos a los gananciales que correspondan al cónyuge alimentado- el propio texto de esa norma legal faculta al juez para establecer la excepción a dicho principio general.

Es que, si bien la primera parte del párrafo segundo del art. 1.306 del Código Civil -conforme la reforma impetrada por la ley 17.711 y continuada por la ley 23.515- sienta un principio general, el mismo puede ser dejado de lado por el juez, pues de interpretarse lo contrario, se desvirtuaría la naturaleza que establece en forma clara el art. 231 del cuerpo legal citado⁴⁵.

Pero, para que ello sea procedente, la resolución que determine esa excepción deberá fundarse en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso⁴⁶, lo que tendrá lugar a través de una serie de estimaciones que realice el juez⁴⁷.

Observamos que el art. 1.306 del Código Civil confiere un amplio margen de operatividad al arbitrio judicial⁴⁸, pero para que el juez no incurra en una arbitrariedad se requiere que brinde argumentos atendibles⁴⁹ cuando en su resolución aplica la excepción a que lo faculta la norma legal citada.

El texto del art. 1.306 del Código Civil no define qué se entiende por “*motivos de equidad*”, por lo cual han sido la doctrina y la jurisprudencia⁵⁰ quienes han dado el alcance a dicho término.

⁴² Zannoni, Eduardo A., Imputación de los alimentos provisionales en la liquidación de la sociedad conyugal, LL 145-763.

⁴³ Véase al respecto: CNCiv., Sala E, 22/12/61, LL 107-975 (8.080-S); íd., Sala A, 20/04/56, JA 1956-III-218; íd., Sala B, 29/12/66, LL 126-247; CCiv. 2ª Cap. Fed., 20/07/49, JA 1950-III-49; íd., 17/11/49, LL 57-285; íd. 31/10/39, JA 68-921; CCiv. 1ª Cap. Fed., 10/06/46, JA 1946-II-852; íd., 30/10/40, JA 72-365; SCBA, 22/03/66, LL 122-533; CCiv. y Com. La Plata, 22/08/47, JA 1947-III-725.

⁴⁴ CNCiv., Sala D, 17/04/74, LL 154-541; íd., íd., 11/12/70, LL 143-518; íd., Sala C, 10/07/74, LL 1975-A-278; CApel. 1ª Bahía Blanca, 20/08/71, LL 145-385; SCBA, 31/08/76, LL 1976-D-521.

⁴⁵ CNCiv., Sala C, 03/004/97, LL 1998-C-65.

⁴⁶ CCiv. y Com. Morón, Sala II, 02/09/97, LL Buenos Aires 1998-1017; CNCiv., Sala C, 03/04/97, LL 1998-C-64; íd., Sala A, 25/02/75, LL 1975-C-441.

⁴⁷ Méndez Costa, María J., Visión..., cit., p. 343.

⁴⁸ CNCiv., Sala G, 11/04/86, ED 121-448.

⁴⁹ CNCiv., Sala G, 11/04/86, ED 121-448.

⁵⁰ Méndez Costa, María J., Visión..., cit., p. 343; CNCiv., Sala G, 11/04/86, ED 121-448.

Los motivos de equidad, que permiten la excepción del principio general, han sido interpretados en forma amplia tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

En ese sentido, se ha reputado que cabe aplicar la excepción en aquellos casos que se verifica un desequilibrio económico entre los cónyuges luego de la disolución de la sociedad conyugal⁵¹, cuando el cónyuge alimentante es titular de importantes bienes propios⁵² y -en cambio- el valor de los gananciales por distribuir es magro⁵³.

Asimismo, aunque ninguno de los cónyuges sea titular de importantes bienes propios, se acogió la excepción peticionada en el caso de que los bienes gananciales de la sociedad conyugal por distribuir sean escasos⁵⁴.

Aún cuando no se configure el supuesto descrito en el párrafo anterior, la excepción procederá cuando la parte de dichos bienes que correspondan al cónyuge alimentado resultaren total o casi totalmente absorbidos por los alimentos recibidos⁵⁵ o, con mayor entidad, si el monto de los alimentos provisionales percibidos supera el valor de los bienes que le corresponden al cónyuge alimentado en oportunidad de practicarse la liquidación⁵⁶.

También, se ha reputado que corresponde la excepción cuando se han confundido, por sucesivas compras y ventas durante el matrimonio, los gananciales que le corresponden al cónyuge alimentado con los bienes propios del otro cónyuge⁵⁷.

Por otra parte, y más allá de los bienes a los que a cada cónyuge le correspondan, se ha interpretado que la excepción de la imputación de los alimentos provisionales a los gananciales, es procedente cuando es distinta la aptitud de cada uno de los cónyuges para proveerse sus propios recursos⁵⁸. Así, el hecho de que el cónyuge alimentante posea título profesional, oficio, comercio o industria⁵⁹ y el alimentado no.

Además, se ha reputado procedente la excepción por motivos de salud⁶⁰ o de edad⁶¹ del cónyuge que ha percibido los alimentos provisorios.

Señala Bossert⁶² que la excepción a la regla también procede cuando el cónyuge es declarado inocente. En el mismo sentido, se pronuncia autorizada doctrina y jurisprudencia⁶³.

⁵¹ CNCiv., Sala C, 03/04/97, LL 1998-C-64; íd., íd., 11/05/72, LL 149-587 (29.977-S); Belluscio, Augusto C., Manual...cit., T. I, p. 407.

⁵² Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., Manual de Derecho de Familia, 3ª ed. act. y ampl., 1ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 314; CNCiv., Sala C, 03/04/97, LL 1998-C-64.

⁵³ CApel. 1ª Bahía Blanca, 20/08/71, LL 145-385; Bossert, Gustavo A., Régimen..., cit., p. 59.

⁵⁴ Méndez Costa, María J., Visión..., cit., p. 343; CNCiv., Sala C, 03/04/97, LL 1998-C-64 y JA 1998-II-582.

⁵⁵ CNCiv., Sala C, 11/05/72, LL 149-587 (29.977-S); íd., íd., 05/09/95, JA 1997-II-213 (índice), sum. n° 46; íd., Sala A, 25/02/75, LL 1975-C-441; Belluscio, Augusto C., Manual...cit., T. I, p. 407.

⁵⁶ Bossert, Gustavo A., Régimen..., cit., p. 60.

⁵⁷ CNCiv., Sala C, 03/04/97, LL 1998-C-64.

⁵⁸ Azpiri, Jorge O., Régimen..., cit., p. 271.

⁵⁹ Belluscio, Augusto C., Manual..., T. I, p. 407; Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., Manual..., cit., p. 314.

⁶⁰ Azpiri, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 271; Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., Manual..., cit., p. 314.

⁶¹ CNCiv., Sala C, 03/04/97, JA 1998-II-584.

El fundamento de algún fallo⁶⁴ expresa que la declaración de inocencia del cónyuge impide que durante el lapso de la tramitación de divorcio o de separación, éste pueda considerarse sometido a un régimen distinto respecto de los alimentos, como ocurriría si tuviese que devolver los percibidos durante ese lapso (imputación de los alimentos provisionales a los gananciales del beneficiado), no obstante ser de la misma naturaleza que los que tiene derecho a percibir una vez decretado el divorcio o la separación.

Se ha establecido⁶⁵ que para exceptuar al cónyuge inocente del principio general, no influirán los bienes que éste cónyuge posea, pues los motivos de equidad a los que alude el art. 1306 Cód. Civ. pueden responder tanto a aspectos patrimoniales como morales o éticos.

Algún fallo ha extendido la excepción aún cuando el cónyuge fuese culpable⁶⁶, pues -a su criterio- los términos amplios con que fue redactado el 2º párrafo del art. 1306 Cód. Civ., en cuanto se refiere a "*motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso*", justifican una interpretación adecuada a las situaciones particulares de cada caso concreto⁶⁷. Dicho fallo ha sido criticado por parte de importante doctrina⁶⁸.

Si bien la norma legal citada se aplica a los alimentos provisionales percibidos en el juicio de separación o divorcio, es necesario considerar si dicha imputación es procedente, en el caso de que con anterioridad a la interposición de la demanda de separación o divorcio se hubieran percibido alimentos provisorios decretados en un juicio de alimentos.

Al respecto, acompañamos la opinión de Azpiri⁶⁹ quien expresa que en este supuesto no se tomarán en cuenta los alimentos provisorios que se hubiesen prestado para imputarlos a los gananciales, pues es indiscutible que ellos conservarán su naturaleza exclusivamente alimentaria.

Conteste con lo enunciado el párrafo anterior, la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el tema ha expresado que: "*La imputación de los alimentos a gananciales debe hacerse respecto de los pasados durante el juicio de divorcio, no los abonados con anterioridad*"⁷⁰.

⁶² Bossert, Gustavo A., Régimen..., cit., p. 57.

⁶³ CNCiv., Sala G, 11/04/86, ED 121-448; íd., Sala A, 25/02/75, LL 1975-C-441; CCiv. y Com. Morón, Sala II, 14/06/90, ED 139-295; Escribano, Carlos, Imputación de los alimentos pasados durante el juicio de divorcio, LL 154-1008; Lagomarsino, Carlos A. – Uriarte, Jorge A., Juicio..., cit., p. 271; ; Belluscio, Augusto C., Manual..., T. I, p. 407; Azpiri, Jorge O., Régimen..., cit., p. 271; Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., Manual..., cit., p. 314; Morello, Augusto M., Juicios..., cit., p. 262.

⁶⁴ CNCiv., Sala G, 11/04/86, ED 121-448.

⁶⁵ CNCiv., Sala C, 25/08/87, JA 1989-I-783.

⁶⁶ CNCiv., Sala C, 03/04/97, LL 1998-C-64 y JA 1998-II-584.

⁶⁷ CNCiv., Sala C, 03/04/97, JA 1998-II-584.

⁶⁸ Cifuentes, Santos, La regla del artículo 1306 del Código Civil sobre imputación de los alimentos provisionales y la amplitud de las excepciones que terminan convirtiéndose en la regla: ¿es ello justo?, LL 1998-C-65.

⁶⁹ Azpiri, Jorge O., Régimen...cit., p. p. 270-271.

⁷⁰ CCiv. y Com. Morón, Sala 2ª, 19/03/87, JA 1988-II 26 (índice), sum. n° 9.

2) Momento para imputar los alimentos provisionales a los gananciales, o determinar la excepción a ello.

Es sabido que una vez que se produce la disolución de la sociedad conyugal, se la debe liquidar y efectuar la participación de los bienes gananciales⁷¹.

La imputación de los alimentos provisionales a los gananciales del cónyuge que los ha percibido, debe efectuarse en la oportunidad en que se produce la liquidación de la sociedad conyugal⁷².

En cuanto a la excepción que contempla el art. 1.306 del Código Civil, debe ser planteada por la parte interesada y decidida por el juez, también en oportunidad de producirse la liquidación de la sociedad conyugal⁷³.

Por ello se ha establecido⁷⁴ que -en tanto no sea la oportunidad de realizar tal evaluación (la imputación a los gananciales o la excepción a ello)- los alimentos provisionales devengados y sus diferencias son -en principio- ejecutables aunque medie sentencia de divorcio.

3) ¿La imputación incluye a los bienes propios del cónyuge alimentado?

El problema se plantea en el supuesto en que los alimentos percibidos superen a los gananciales que le corresponden al cónyuge alimentado, en tanto no sea aplicable al caso la excepción que contempla el mentado párrafo 2º del art. 1306 del Código Civil.

Para Escribano⁷⁵, de darse tal circunstancia surge una deuda a favor del cónyuge alimentante, a la que el otro cónyuge (el alimentado) deberá responder con todos sus bienes, ya que el art. 1306 Código Civil alude tanto a los gananciales como a los bienes propios.

El autor precitado, fundamenta su postura: *“los alimentos, por su naturaleza, corresponden a quien no tenga recursos; y lo de tenerlos, no depende de que éstos sean propios o gananciales, porque en ambos casos (supuesta su cuantía suficiente) cubren las necesidades de su titular y lo ponen al margen de la situación de carencia (presupuesto ineludible) que determina la viabilidad del reclamo alimentario. Tan rico es (o al menos no es pobre) el que tiene bienes gananciales suficientes, como el que los tiene propios, y en tales condiciones no puede pretender alimentos”*.

Esta era la posición que había asumido la SCBA⁷⁶, con anterioridad al nuevo texto del art. 1.306 del Código Civil.

En cambio, otra postura de la doctrina⁷⁷ –cuya opinión compartimos– expresa que tal solución deviene inadmisibile, pues el segundo párrafo del art.

⁷¹ Vidal Taquini, Carlos H., Régimen de bienes en el matrimonio, 3ª ed. act. y ampl., 5ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 240.

⁷² CNCiv., Sala C, 04/06/92, LL 1993-A-325; íd., Sala D, 17/04/74, LL 154-541; SCBA, 22/03/66, LL 122-533; íd., 31/08/76, LL 1976-D-521; Méndez Costa, María J., Visión..., cit., p. 342.

⁷³ CNCiv., Sala C, 04/06/92, LL 1993-A-325; Bossert, Gustavo A., Régimen..., cit., p. 59; Lagomarsino, Carlos A. - Uriarte, Jorge A., Separación..., cit., p. 359

⁷⁴ CNCiv., Sala C, 04/06/92, JA 1993-II-297.

⁷⁵ Escribano, Carlos, Imputación...cit., p. p. 1006-1007.

⁷⁶ SCBA, 22/03/66, LL 122-533.

⁷⁷ Bossert, Gustavo A., Régimen..., cit., p. 61; Zannoni, Eduardo A., Imputación...cit., p. 766.

1306 Cód. Civ. hace alusión sólo a los bienes gananciales que percibirá el cónyuge alimentado y no hace referencia a que, en el supuesto planteado, pueda surgir una deuda a la cual deba responderse con bienes propios.

Zannoni⁷⁸ ilustra al respecto: el nuevo texto del segundo párrafo del art. 1306 –introducido por la ley 17.711 y mantenido por la ley 23.515- no imputa los alimentos provisionales pasados durante el juicio de divorcio a los bienes propios del alimentado, ni a los frutos o rentas de esos bienes devengados con posterioridad a la notificación de la demanda. Es que –continúa expresando Zannoni-, la norma precitada es clara, en el sentido que la imputación se realiza en la separación de bienes a los que corresponden al cónyuge alimentado, siendo sólo separables los bienes gananciales y los frutos de los bienes propios percibidos antes de que se produzca la disolución.

Esta última interpretación doctrinaria de lo preceptuado en el art. 1.306 del Código Civil, es acorde con la postura –que veremos más abajo y a la que adherimos- que reputa naturaleza alimentaria/asistencial a las sumas percibidas, por lo cual -en el supuesto que hemos planteado al analizar este punto- el alimentante deberá soportar la diferencia entre lo abonado al cónyuge alimentado y los bienes gananciales que le corresponden a este último⁷⁹.

Asimismo, la posición que entiende que la imputación debe efectuarse sólo respecto de los bienes gananciales era ya sostenida, con anterioridad a la reforma impetrada por la ley 17.711, por parte de una muy prestigiosa doctrina⁸⁰.

4) Naturaleza jurídica de las sumas percibidas durante el juicio de separación o divorcio: ¿alimentos o anticipo de los gananciales? Diferentes posturas y efectos que se derivan de ello.

Se ha planteado tanto en la doctrina y en la jurisprudencia, el debate sobre si las sumas devengadas y percibidas por uno de los cónyuges durante la tramitación del juicio de separación o de divorcio, son alimentos propiamente dichos o, en realidad, se trata de un adelanto de los gananciales que se liquidarán con posterioridad.

La doctrina que asigna carácter asistencial a los alimentos provisionales, fundamenta su postura en el hecho de que éstos no poseen una naturaleza distinta que la de aquellos que se fijan en la sentencia como alimentos atrasados, que son exclusivamente a cargo del alimentante y no pueden imputarse a la porción que le corresponde al alimentado en la sociedad conyugal⁸¹.

La jurisprudencia que comparte esta posición, expresa que los alimentos provisionales -que perciba uno de los cónyuges durante el juicio de separación o divorcio- no importan la anticipada disolución de la sociedad conyugal como anticipo de gananciales⁸².

Asimismo, esta corriente jurisprudencial manifiesta que no debe confundirse la obligación alimentaria con las rentas que se pudieren obtener una

⁷⁸ Zannoni, Eduardo A., Imputación...cit., p. 766.

⁷⁹ Méndez Costa, María J., Visión..., cit., p. 344; Zannoni, Eduardo A., Imputación..., cit., p. 767.

⁸⁰ Díaz de Guijarro, Enrique, La imputación de los alimentos provisionales en la liquidación de la sociedad conyugal, JA 1950-III-53.

⁸¹ Ventura, Adrián R. - Stilerman, Marta N., ob. cit., p. p. 78-79.

⁸² CCiv. y Com. La Plata, Sala I, 02/10/79, Rep. LL 1980-153, sum. n° 35.

vez disuelta la sociedad conyugal, pues los alimentos provisionales tienden a satisfacer las necesidades entre los cónyuges mientras dure el proceso de separación o divorcio, como consecuencia del deber de asistencia⁸³.

La jurisprudencia que sostiene este criterio, también ha dicho que los alimentos prestados por uno de los esposos durante el lapso del juicio de separación o divorcio, tienen naturaleza asistencial y no constituyen una carga u obligación derivada de la administración de bienes comunes⁸⁴, sino la persistencia del aspecto material de la obligación de asistencia consagrado en nuestra legislación⁸⁵.

En tanto, la doctrina y la jurisprudencia que se ubican en la posición contraria, manifiestan que el texto del 2º párrafo del art. 1306 Cód. Civ. genera serias dudas sobre la naturaleza alimentaria/asistencial de las prestaciones efectuadas entre los cónyuges durante el juicio de separación o divorcio, dado que si fueran alimentos, éstos no podrían compensarse con otros créditos ni son reintegrables⁸⁶ como lo permite la norma legal citada.

En consecuencia, agrega esta posición, que la prestación que no respete la cualidad de ser reintegrable no tiene naturaleza alimentaria/asistencial⁸⁷.

Por ello, concluye la doctrina y la jurisprudencia que participan de este criterio, que las prestaciones establecidas en el 2º párrafo del artículo precitado no son alimentos, sino adelantos de la parte de gananciales por percibir⁸⁸ de naturaleza puramente patrimonial⁸⁹, constituyendo un típico caso de recompensa.

Una tercera postura que se encuentra alejada de las dos que hemos enumerado con anterioridad (como expresa quien la sostiene⁹⁰), y que ha sido denominada intermedia⁹¹, entiende que ninguna calificación debe hacerse por anticipado⁹².

Agrega esta posición intermedia, que: si el cónyuge alimentado recibe una cantidad igual o mayor en concepto de gananciales a la recibida en concepto de alimentos, estos últimos deben reputarse como anticipos de gananciales. En cambio, si la liquidación no arroja saldo a su favor, es decir si la cifra de lo percibido por gananciales es menor a la percibida por alimentos o directamente no recibiese gananciales, las prestaciones efectuadas son alimentos propiamente dichos⁹³.

⁸³ CNCiv., Sala C, 06/10/81, LL 1982-B-189, RED 17-128, sum. n° 335 y Rep. LL 1982-139, sum. n° 7.

⁸⁴ CNCiv., Sala C, 03/04/97, LL 1998-C-64.

⁸⁵ CNCiv., Sala E, 26/08/82, LL 1983-A-432; íd., íd., 17/02/93, LL 1993-C-60; CCiv., Com. y Minería San Juan, Sala I, 09/10/01, LL Gran Cuyo, 2002-576.

⁸⁶ Fanzolato, Eduardo I., Alimentos y reparaciones en la separación personal y en el divorcio, reimp., Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 12.

⁸⁷ Fanzolato, Eduardo I., Alimentos..., cit., p. 13; CCiv. y Com. Azul, 26/08/93, DJ 1994-1-346.

⁸⁸ CCiv. 2ª Capital, 21/02/40, LL 17-388; íd., íd., 29/10/37, JA 60-187.

⁸⁹ CCiv. y Com. Azul, 26/08/93, DJ 1994-1-346; Fanzolato, Eduardo I., Alimentos..., cit., p. p. 13, 14 y 298.

⁹⁰ Acuña Anzorena, Arturo, Naturaleza jurídica de los alimentos acordados a la esposa durante el juicio de divorcio y hasta la disolución de la sociedad conyugal, LL 17-388.

⁹¹ Zannoni, Eduardo A., La obligación alimentaria durante el juicio de divorcio, LL 119-589; Cifuentes, Santos, La regla..., cit., p. 65.

⁹² Acuña Anzorena, Arturo, Naturaleza..., cit., p. 389.

⁹³ Acuña Anzorena, Arturo, Naturaleza..., cit., p. 389.

Queremos señalar que lo enunciado en los párrafos que anteceden no configuran una discusión meramente académica sino que, por el contrario, según sea la postura que se adopte respecto de las sumas percibidas por uno de los cónyuges en el juicio de separación o de divorcio, se podrán derivar efectos totalmente opuestos.

Así, quienes entienden que, por lo enunciado en el art. 1306 del Código Civil, las sumas percibidas son en realidad adelantos de gananciales y no alimentos asistenciales, manifiestan que para fijarlas no será necesario demostrar la necesidad del cónyuge que las solicitare⁹⁴ y, asimismo, que el otro cónyuge no se libera demostrando la falta de necesidad del primero⁹⁵.

Incluso siguiendo este criterio, algún fallo ha determinado que si no existiesen gananciales o -al menos- no los hay en una magnitud tal que hiciese procedente tal adelanto de los gananciales, no es posible que el reclamo de los alimentos provisionales sea acogido en forma favorable por parte del juez⁹⁶.

Asimismo, esta misma jurisprudencia expresa que, dado que no son alimentos, se puede exceptuar a estas prestaciones de las características con que el legislador tiende a proteger a los alimentos⁹⁷.

Por ello, para esta postura, será procedente transmitir por actos entre vivos el derecho a su cobro, enajenar el crédito correspondiente a las cuotas futuras, renunciar al derecho a percibir las, compensarlas con otra deuda e inclusive embargarlas⁹⁸.

Asimismo, para esta posición –doctrinaria y jurisprudencial-, al no tratarse de alimentos debidos entre los cónyuges, no corresponde que se aplique el cese establecido en los arts. 210 y 218 del Código Civil⁹⁹.

No obstante, esta postura admite que si el magistrado hace uso de la facultad que le concede el art. 1306 Cód. Civ., es decir si por motivos de equidad dispusiese hacer pesar sobre el alimentante la prestación, en ese caso se estaría en presencia de verdaderos alimentos de naturaleza asistencial¹⁰⁰.

Prestigiosa doctrina¹⁰¹ manifiesta que si nos ubicamos en la posición que ha sido calificada como intermedia¹⁰², los efectos que se derivarán serán los siguientes: si hubiese gananciales suficientes, el alimentante tendrá el derecho de retener de la parte de los gananciales que corresponden al alimentado, lo que este último percibió en concepto de alimentos. Por el contrario, si no hubiese gananciales suficientes, el alimentante no tendrá derecho a repetir lo que hubiese dado.

⁹⁴ CCiv. 2ª Capital, 10/11/30, JA 34-846, íd., íd., 06/05/32, JA 38-298; íd., íd., 13/04/39, JA 68-921 (de los considerandos del fallo); CCiv. y Com., Minas, Paz y Tributaria 3ª Mendoza, 18/09/64, LL 119-588; CCiv. y Com. Azul, 26/08/93, DJ 1994-1-346; Fanzolato, Eduardo I., Alimentos..., cit., p. 14, 15 y 298.

⁹⁵ Fanzolato, Eduardo I., Alimentos..., cit., p. 298.

⁹⁶ CCiv. y Com. Azul, 26/08/93, DJ 1994-1-347.

⁹⁷ CCiv. y Com. Azul, 26/08/93, DJ 1994-1-346.

⁹⁸ Fanzolato, Eduardo I., Alimentos..., cit., p. 16-19.

⁹⁹ Fanzolato, Eduardo I., Alimentos..., cit., p. 19.

¹⁰⁰ Fanzolato, Eduardo I., Alimentos..., cit., p. 168.

¹⁰¹ Belluscio, Augusto C., Manual..., T. I, p. 407.

¹⁰² Acuña Anzorena, Arturo, Naturaleza..., cit. p. 388-390.

Por su parte, la autorizada doctrina¹⁰³ que considera que los alimentos percibidos por uno de los cónyuges durante el juicio de separación o divorcio tienen naturaleza asistencial, juzga indispensable acreditar la necesidad o urgencia -por parte de quien reclama los alimentos provisionales- para que aquellos se concedan.

En ese sentido, se ha rechazado¹⁰⁴ la pretensión de la cónyuge durante la tramitación de un juicio de divorcio, al entender que no se encontraba encuadrada en la situación de necesidad que hiciera procedente el establecimiento de los alimentos provisionales.

Sostenía Díaz de Guijarro¹⁰⁵, que la postura que consideraba a dicha prestación como un adelanto de los gananciales desconocía los principios establecidos en nuestro Código Civil en materia de alimentos. En el mismo sentido, se manifestó parte de la jurisprudencia¹⁰⁶ con posterioridad a la reforma introducida en el art. 1.306 del Código citado.

Asimismo, este eximio y prolífico doctrinario expresaba¹⁰⁷ que, siendo la manutención de la familia la primera de las cargas de la sociedad conyugal que establece el art. 1.275 del Código Civil, cabe imputar los alimentos provisionales a las rentas de los bienes gananciales. Pero si éstas no alcanzan para cubrirlos, la obligación la soporta el cónyuge alimentante.

Méndez Costa¹⁰⁸ defiende que los alimentos provisionales sean descontados de la porción que corresponde al cónyuge alimentado (basándose en lo establecido en la primera parte del art. 1306 Cód. Civ.), pero sin que por ello se modifique la naturaleza intrínsecamente asistencial de los mismos.

Esta prestigiosa autora, si bien acepta lo preceptuado en la segunda parte del art. 1306 Cód. Civ., no por esto imputa los efectos que le irrogan a dicha prestación quienes sostienen que en realidad se trata de adelantos de los gananciales.

Zannoni¹⁰⁹, participa de la postura alimentaria-asistencial, y opina que la circunstancia de que el cónyuge alimentante tenga derecho a una compensación al liquidarse la sociedad conyugal no excluye que la obligación tenga naturaleza asistencial, traducida en lo estrictamente alimentario, porque la necesidad seguirá siendo uno de los requisitos fundamentales que el juez valorará para fijar o no los alimentos provisionales.

Agrega el prestigioso jurista precitado que, resulta evidente que es la necesidad efectiva, real y actual la que hace viable la acción¹¹⁰, y que tal necesidad habrá de juzgarse con relación al momento en que los alimentos fueren

¹⁰³ Díaz de Guijarro, Enrique, Observaciones sobre la naturaleza jurídica de los alimentos que se prestan a la mujer durante el juicio de divorcio, JA 68-924; Dutto, Ricardo J., La prestación...cit., p. 680; Méndez Costa, María J., Visión..., cit., p. 344; Zannoni, Eduardo A., Imputación..., cit., p. 766.

¹⁰⁴ CNCiv., Sala A, 30/04/93, LL 1993-D-295.

¹⁰⁵ Díaz de Guijarro, Enrique, Observaciones...cit., p. 922.

¹⁰⁶ CNCiv., Sala C, 05/09/95, JA 1997-II-213 (índice), sum. nº 47.

¹⁰⁷ Díaz de Guijarro, Enrique, La imputación...cit., p. 53.

¹⁰⁸ Méndez Costa, María J., Visión..., cit., p. 342.

¹⁰⁹ Zannoni, Eduardo A., Imputación..., cit., p. 766; Zannoni, Eduardo A., La obligación..., cit., p. 591.

¹¹⁰ Zannoni, Eduardo A., La obligación..., cit., p. 592.

solicitados y no como una simple atribución patrimonial a cuenta de mayor cantidad¹¹¹.

Con posterioridad a las leyes 17.711 y 23.515, a nuestro criterio un acertado fallo¹¹² clarifica el tema al expresar que: los alimentos provisionales deben ser prestados entre los esposos durante el juicio de divorcio como la persistencia del aspecto material de la obligación de asistencia consagrada por el art. 198 del Código Civil. Este fallo considera a los alimentos provisionales como una prestación alimentaria-asistencial entre los cónyuges, más allá de lo establecido en el segundo párrafo del art. 1.306 del Código Civil.

A nuestro criterio -y siguiendo la opinión de la prestigiosa doctrina que hemos citado- no cabe duda que las prestaciones que en concepto de ayuda material perciba uno de los cónyuges del otro durante el juicio de separación o divorcio son verdaderos alimentos asistenciales y no adelantos de los gananciales.

El fundamento de ello es simple, a saber:

1º) La propia norma legal citada habla de alimentos y no de anticipos de gananciales.

2º) En nuestra legislación, las prestaciones realizadas en concepto de asistencia material entre los cónyuges son alimentos y no otra cosa. No son un resarcimiento por daños ni una prestación compensatoria como ha querido ver alguna doctrina en el enunciado del art. 207 del Código Civil y a lo cual nos hemos opuesto en un trabajo anterior¹¹³, ni tampoco -en este caso- anticipos de gananciales.

3º) El derecho a los alimentos provisionales entre cónyuges mientras se sustancia el juicio de separación o divorcio, surge del art. 231 del Código Civil. Hemos señalado con anterioridad que estos alimentos provisionales que faculta a reclamar el art. 231 del Código citado, al igual que los provisorios -que pueden reclamarse los cónyuges en un juicio de alimentos- requieren del estado de necesidad y la falta de medios para procurárselos por parte del cónyuge que los solicita. Por lo cual, si se requiere para su percepción acreditar estos requisitos, no son adelantos de gananciales sino alimentos.

5) Consideraciones acerca del acierto de la solución implementada a través de la reforma al art. 1306 del Código Civil.

El texto del segundo párrafo del art. 1.306 del Código Civil –introducido por la ley 17.711 y que se mantiene inalterable hasta la actualidad- ha generado una importante discusión doctrinaria, que aún no ha concluido.

Para Novellino¹¹⁴ la reforma es acertada, pues entiende que como el juez al fijar la cuota provisional no sabe si el cónyuge beneficiario va a ser declarado inocente o culpable al finalizar el proceso, se justifica lo establecido en el párrafo segundo de la norma legal citada, pues lo pagado sin razón al cónyuge alimentado deberá ser imputado a la parte de los gananciales que le corresponda.

¹¹¹ Zannoni, Eduardo A., *Imputación...*, cit., p. 767.

¹¹² CNCiv., Sala E, 17/02/93, DJ 1993-2-155.

¹¹³ Belluscio, Claudio A., ¿Los alimentos constituyen compensación de daños?, en *Derecho de daños, Cuarta Parte (B), Daños en el Derecho de Familia*, La Rocca, Buenos Aires, 2003, p. 641 y ss.

¹¹⁴ Novellino, Norberto J., *Los alimentos...*, cit., p. 310.

Azpiri¹¹⁵ justifica el criterio que estableciera la ley 17.711, al entender que si la sentencia que disuelve la sociedad conyugal lo hace con retroactividad a la fecha de la notificación de la demanda o la presentación conjunta -conforme lo establece la primera parte del art. 1306 Código Civil-, los alimentos posteriores a esa fecha ya no se justificarán en la ganancialidad sino que corresponderán –a criterio de este autor- a cada cónyuge en particular.

Méndez Costa¹¹⁶ es conteste con la reforma impetrada y fundamenta ello en los mismos motivos enunciados por el prestigioso profesor y doctrinario citado en el párrafo anterior.

Fleitas Ortiz de Rosas y Roveda¹¹⁷, expresan que los alimentos provisionales no resultan cargas de la sociedad conyugal por haberse devengado una vez disuelta aquella, a raíz del efecto retroactivo que establece la primera parte del mentado art. 1.306 del Código Civil. Por ello, agregan que no es justo que el costo de esta cuota provisional recaiga sobre el patrimonio de quien las pagó, salvo que motivos muy excepcionales aconsejen apartarse de ello.

Desde la jurisprudencia, algún fallo¹¹⁸ ha compartido el punto de vista de la doctrina citada más arriba, al determinar que el párrafo segundo es congruente con lo establecido en el primer párrafo de la norma legal que venimos citando, pues los alimentos pagados con posterioridad a la notificación de la demanda de divorcio no pueden considerarse como una carga de la sociedad conyugal -como lo dispone el art. 1.275, inc. 1º, del Código Civil-, porque dicha sociedad ya se encuentra disuelta.

No obstante lo manifestado por la importante doctrina que hemos citado más arriba, como ha sido señalado desde la jurisprudencia¹¹⁹, la nueva redacción del art. 1306 del Código Civil -en el punto que estamos analizando-, ha sido objeto de varias críticas por parte de una muy autorizada corriente doctrinaria.

Vidal Taquini¹²⁰, expresa que la solución dada por la ley 17.711 no es la correcta, por los siguientes motivos:

1º) La solución adoptada no era la que daba en forma mayoritaria la jurisprudencia de aquella época, pues se había determinado que los alimentos que el esposo prestaba a su cónyuge durante el juicio de divorcio, debían incidir sólo sobre las rentas de los bienes gananciales, sin poder avanzar sobre el capital de éstos.

2º) Queda desvirtuada la naturaleza jurídica de las sumas pasadas por el marido a la mujer durante el juicio, en oposición a lo establecido por el art. 231 del Código Civil. La institución alimentaria no puede ser una cosa para el art. 231 y otra para el art. 1.306 del cuerpo legal citado.

3º) Si bien el principio establecido en el segundo párrafo del art. 1.306 del Código Civil no es rígido, pues el juez -conforme a las circunstancias del caso y basándose en la equidad- puede determinar que dichas prestaciones pesen sobre

¹¹⁵ Azpiri, Jorge O., *Régimen...*, cit., p. 271.

¹¹⁶ Méndez Costa, María J., *Visión...*, cit., p. 342.

¹¹⁷ Fleitas Ortiz de Rosas, Abel – Roveda, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, La Ley, Buenos Aires, 2001., p. 176.

¹¹⁸ C 1º Civ. y Com. San Isidro, Sala I (de los considerandos del fallo), 21/06/02, ED 202-18.

¹¹⁹ CNCiv., Sala C, 03/04/97, (del voto del Dr. Galmarini), JA 1998-II-583.

¹²⁰ Vidal Taquini, *Régimen...*cit., p. P. 386-387.

el alimentante, el problema es que esa determinación queda sujeta al arbitrio judicial sin que la ley determine ciertas pautas a las cuales el magistrado debiera sujetarse.

Belluscio¹²¹ califica a la reforma introducida por la ley 17.711 como inconsulta e innecesaria, estimando que la misma incurre en el error de someter cuestiones estrictamente patrimoniales al juego de la equidad.

Por su parte, Ventura y Stilerman¹²² sostienen que si el art. 645 del CPCCN permite la procedencia de los alimentos atrasados, es de mayor lógica que los otorgados durante el proceso como provisionales cumplen suficientes requisitos y, por lo tanto, no deben ser descontados de la porción de los gananciales que le corresponden al cónyuge alimentado.

Agregan los autores citados en el párrafo anterior, que siendo que los alimentos provisionales se pagan de un producido y no del capital que los produce, en el cual es parte igualitaria la porción que corresponde a cada cónyuge, no hay justicia en reducir esa parte porque no es de ella de donde ha salido el dinero con el cual se pagaron esos alimentos.

Consideramos que dentro de esta corriente doctrinaria, es de relevancia lo que expresa Yungano¹²³: los cónyuges se deben alimentos hasta la sentencia de divorcio, y aunque, respecto de la disolución de la sociedad conyugal, el primer párrafo del art. 1.306 del Código Civil retrotraiga los efectos de dicha sentencia a la fecha de la notificación de la demanda, ello no significa el cese anticipado de la obligación alimentaria. Para este autor, es a partir del momento en que se dicte la sentencia de divorcio -sin que ella tenga efectos retroactivos en cuanto a los alimentos provisionales- que cesan los alimentos debidos entre los esposos, más allá de los supuestos en que la ley establece que se prolongan con posterioridad (en la actualidad, la remisión que efectúa el art. 217 para los supuestos contemplados en los arts. 207, 208 y 209, todos ellos del Código Civil)

Por otra parte, desde el punto de vista práctico, Ventura y Stilerman¹²⁴ señalan que el principio establecido en el 2º párrafo del art. 1306 Código Civil resulta incompatible con la realidad socioeconómica de nuestro país, pues en la práctica las excepciones serán más numerosas que la aplicación del principio. La aplicación por parte de la jurisprudencia de numerosos excepciones a ese principio, ha sido criticada por una importante doctrina¹²⁵. Sobre este punto, nos pronunciaremos más abajo.

Con anterioridad a la reforma impetrada, se había establecido jurisprudencialmente¹²⁶ esta postura al determinar que: si para fijar el monto de los alimentos solicitados durante el juicio de divorcio, se han tenido en cuenta los bienes propios y sus rentas del cónyuge que los solicita (por esa época sólo la esposa), no es posible volver después sobre su consideración en ocasión de

¹²¹ Belluscio, Augusto C., *Manual...*, T. I, p. 407.

¹²² Ventura, Adrián R. - Stilerman, Marta N., ob. cit., p. 59.

¹²³ Yungano, Arturo R., *La sociedad conyugal y el juicio de divorcio*, Buenos Aires, 1970, p. 154, citado por Zannoni, Eduardo A., *Imputación...*, cit., p. 765.

¹²⁴ Ventura, Adrián R. - Stilerman, Marta N., ob. cit., p. 59.

¹²⁵ Fleitas Ortiz de Rozas, Abel - Roveda, Eduardo G., *Régimen...*cit., p. 177; Cifuentes, Santos, *La regla...*, cit., p. 67.

¹²⁶ CNCiv., Sala B, 22/06/66, ED 16-112.

liquidarse la sociedad conyugal, con menoscabo de una situación económica juzgada definitivamente.

A nuestro criterio, el legislador adoptó una solución equivocada, porque otorga los efectos de la ayuda material proveniente de las cargas de la sociedad conyugal, a los alimentos provisionales del art. 231 del Código Civil que derivan del deber de asistencia contemplado en el art. 198 del mismo Código¹²⁷.

Cabe recordar que la asistencia material entre cónyuges tiene una doble fuente.

A la primera de ellas alude, como cargas de la sociedad conyugal, el inc. 1º, art. 1.275, del Código Civil, cuando establece que la manutención de la familia está a cargo de la sociedad conyugal.

La segunda fuente deriva de los derechos y deberes de los cónyuges, al determinar el art. 198 del Código Civil -en forma explícita- que los esposos se deben alimentos.

Por lo tanto, la asistencia material que se deben los cónyuges deriva por un lado como una carga de la sociedad conyugal y por el otro como una obligación inherente al matrimonio.

No obstante, puede suceder que la extensión temporal de la asistencia material de una de estas fuentes cese mientras que la otra se mantenga.

Así, la asistencia material que deviene como carga de la sociedad conyugal cesará una vez que ésta sea disuelta.

En tanto, el deber de prestarse alimentos entre los esposos se mantendrá hasta que aquellos dejen de serlo.

Inclusive, el legislador ha determinado que bajo determinadas circunstancias el deber alimentario se mantenga con posterioridad a la disolución del vínculo (art. 217 del Código Civil, que remite a lo establecido en materia de alimentos en los arts. 207, 208 y 209 del mismo cuerpo legal). Ello ha sido criticado por Fanzolato¹²⁸, pero no obstante la lógica de los argumentos sostenidos por este profesor al efectuar dicha crítica, lo cierto es que -como ha expresado con acierto Belluscio¹²⁹- el legislador ha querido que en determinados supuestos los alimentos se mantengan respecto de uno de los cónyuges aunque ya no se posea ese estado familiar, a diferencia de lo contemplado en otras legislaciones (v. gr., España e Italia, que contemplan prestaciones compensatorias -según determinadas circunstancias-).

A partir de lo expuesto en los párrafos precedentes, podemos decir que si tomamos como fuente las cargas de la sociedad conyugal para justificar la ayuda material debida entre esposos, es congruente la imputación a los gananciales que establece la segunda parte del art. 1.306 del Código Civil, ya que disuelta la sociedad conyugal al momento de la notificación de la demanda, dicha asistencia material ya no se encuentra a cargo de la sociedad conyugal. Por lo tanto, si la suma es aportada por uno de los cónyuges para atender las necesidades

¹²⁷ CCiv., Com. y Minería San Juan, Sala I, 09/10/01, LL Gran Cuyo 2002-576; CNCiv., Sala E, 17/02/93, DJ 1993-2-155.

¹²⁸ Fanzolato, Eduardo I., Alimentos..., cit., p. 24 y ss.

¹²⁹ Belluscio, Augusto C., Alimentos y prestaciones compensatorias, LL 1995-A-1042.

materiales del otro, nacerá un crédito a favor del primero que deberá ser compensado al momento de realizarse la liquidación.

Pero, asimismo, el deber de prestarse alimentos entre esposos deriva de vínculo matrimonial. Por lo cual, hasta que el vínculo sea disuelto (y aún más allá de ello, según hemos visto) los cónyuges se deben alimentos conforme a lo establecido en el art. 198 del Código Civil.

Traducido este deber de asistencia material (alimentos) entre los esposos, en los alimentos provisionales que faculta el art. 231 del mismo Código para su reclamo por cualquiera de los cónyuges -siempre que se acrediten determinados requisitos- durante la tramitación del juicio de separación o divorcio, no se encuentra justificado que los mismos se imputen a los gananciales del que los percibe.

Es decir que, si bien podrá concluir la obligación de prestar alimentos como carga de la sociedad conyugal por estar disuelta ésta, dicha obligación asistencial seguirá subsistiendo con fundamento en lo establecido en el art. 198 del Cód. Civ.¹³⁰ -traducido en la asistencia provisional del art. 231 del mismo cuerpo legal¹³¹-, motivo por el cual el enunciado del segundo párrafo del art. 1.306 de Código precitado resulta injusto y ajeno a lo establecido en el propio Código para la institución alimentaria.

Por lo tanto, si consideramos que la segunda parte del art. 1.306 contempla verdaderas prestaciones alimentarias-asistenciales, no creemos que la imputación que se establece en ella, pueda tener su justificación en lo establecido en la primera parte de la norma citada, es decir en la retroactividad de la disolución de la sociedad conyugal al momento de la notificación de la demanda.

Sin embargo, frente la vigencia actual del criterio introducido por la ley 17.711, creemos que la única forma de justificar el segundo párrafo del art. 1.306 del Código Civil consiste en inferir que la ley exceptúa -si bien en forma tácita- a los alimentos provisionales -establecidos en el art. 231 del mismo Código- de las características de incompensabilidad¹³² e irrepetibilidad de las cuales participa en nuestra legislación la institución alimentaria.

Pero, aún cuando no se comparta nuestro punto de vista y se considere que las prestaciones contempladas en el art. 1.306 son verdaderos anticipos de los gananciales a percibir, o incluso que, siendo alimentos se justifique su imputación a los gananciales por lo establecido en la primera parte del artículo citado, cabe considerar el efecto que tendrá su aplicación en la práctica.

Desde este punto de vista, resulta incongruente que si los alimentos debidos entre los cónyuges como causa de su vínculo matrimonial son reclamados en forma provisoria en un juicio de alimentos, no serán imputados a los futuros gananciales por percibir. Mientras que, si se los reclama de la misma forma, con el mismo fundamento (necesidad e imposibilidad de adquirirlos con sus propios medios) y la misma finalidad (atender a las necesidades más urgentes e

¹³⁰ En similar sentido se pronuncia Guaglione, Horacio A., Cuatro notas sobre la sociedad conyugal, LL 1975-C-442.

¹³¹ CNCiv., Sala E, 17/02/93, DJ 1993-2-155; CCiv., Com. y Minería San Juan, Sala I, 09/10/01, LL Gran Cuyo 2002-576.

¹³² Guaglione, Horacio A., Cuatro...cit., p. 442: expresa dicho doctrinario que la regla del nuevo art. 1.306 del Cód. Civ. establece "una especie de compensación".

imprescindibles) en un juicio de separación o divorcio (aunque el Código en este caso los denomine provisionales) la regla general establece que sean imputados a los gananciales del beneficiario.

Por lo cual, en la práctica no serán demasiados los casos en que los cónyuges reclamen -en concepto de medida cautelar- los alimentos que requieren para cubrir sus necesidades más indispensables e impostergables mientras tramitan el juicio de separación o de divorcio, ya que les convendrá reclamarlos en forma paralela en un juicio de alimentos.

Pero, aún cuando se reclamen los alimentos provisionales en el juicio de separación o divorcio, compartimos plenamente lo expresado -hace algo más de una década- por Ventura y Stilerman¹³³ desde el punto de vista práctico: *"...nos encontramos ante una norma según la cual, los casos de equidad que supuestamente son la excepción, devienen la regla decidiendo las supuestas excepciones superar con creces a la aplicación estricta de la misma"*.

La opinión de estos prestigiosos autores no sólo mantiene su vigencia en la actualidad, sino que cobra mayor entidad al haberse profundizado la crisis económica en nuestro país. Esta misma crisis da lugar a que, en la mayoría de los casos, los bienes por repartir entre los cónyuges serán escasos o su valor no será significativo.

En consecuencia, no compartimos lo expresado por otra prestigiosa doctrina¹³⁴, que critica la aplicación jurisprudencial del art. 1306 Cód. Civ., al hacer de la excepción la regla.

En nuestra opinión, la aplicación por parte de la jurisprudencia de la excepción en mayor medida que el principio -imputar los alimentos provisionales a los gananciales- no es caprichosa o arbitraria, sino conteste con la situación económica actual.

Agregamos a ello que, de la práctica profesional y de los fallos publicados se desprende que, aún en aquellos casos en que la masa de gananciales de la sociedad conyugal se encuentre conformada por numerosos e importantes bienes desde el punto de vista económico, en la actualidad las particiones judiciales son escasas en comparación con las que se realizan en forma privada.

Por lo tanto, si en la práctica el principio general establecido en el segundo párrafo no se aplica en la mayoría de los casos -porque no hay bienes a repartir, porque éstos no son valiosos o cuantiosos, o porque directamente efectúa la partición judicial por haberse elegido la partición privada- la norma legal precitada podrá ser válida (en cuanto emana de órganos competentes) pero no es eficaz (pues su aplicación es insignificante o directamente nula)¹³⁵.

Lo expuesto con anterioridad, nos lleva a que nos cuestionemos -a modo de colofón- si en una próxima reforma legislativa no sería conveniente modificar lo establecido en el segundo párrafo del art. 1.306 del Código Civil.

¹³³ Ventura, Adrián R. - Stilerman, Marta N., ob. cit., p. 60.

¹³⁴ Cifuentes, Santos, La regla..., cit., p. 69; Fleitas Ortiz de Rozas, Abel – Roveda, Eduardo G., Régimen...cit., p. 177..

¹³⁵ Ver la diferencia entre validez y eficacia de las normas jurídicas en: Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, Debate, Madrid, 1991, p. 36.

Bibliografía utilizada

Acuña Anzorena, Arturo, Naturaleza jurídica de los alimentos acordados a la esposa durante el juicio de divorcio y hasta la disolución de la sociedad conyugal, LL 17-388.

Álvarez, Osvaldo O., Alimentos provisorios: ¿prerrogativa automática en beneficio de la cónyuge?, ED 171-267.

Azpiri, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

Belluscio, Augusto C., Alimentos y prestaciones compensatorias, LL 1995-A-1042.

Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, 6° ed., Depalma, Buenos Aires, 1998.

Belluscio, Claudio A., ¿Los alimentos constituyen compensación de daños?, en *Derecho de daños, Cuarta Parte (B), Daños en el Derecho de Familia*, La Rocca, Buenos Aires, 2003.

Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, Debate, Madrid, 1991.

Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, 8ª ed. reelab. y ampl., Perrot, Buenos Aires, 1989.

Bossert, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, 4ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2000.

Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., Manual de Derecho de Familia, 3ª ed. act. y ampl., 1ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 1993.

Camps, Carlos E. – Nolfi, Luis M., La obligación alimentaria derivada de la patria potestad y el conflicto originado en su incumplimiento, JA 2001-I-824.

Cifuentes, Santos, La regla del artículo 1306 del Código Civil sobre imputación de los alimentos provisionales y la amplitud de las excepciones que terminan convirtiéndose en la regla: ¿es ello justo?, LL 1998-C-65.

Díaz de Guijarro, Enrique, Determinación de la fecha en que se produce la disolución de la sociedad conyugal cuando media divorcio, JA 1950-II-204.

Díaz de Guijarro, Enrique, La imputación de los alimentos provisionales en la liquidación de la sociedad conyugal, JA 1950-III-53.

Díaz de Guijarro, Enrique, La reducción o cesación de los alimentos sin necesidad de juicio ordinario, JA 72-168.

Díaz de Guijarro, Enrique, Observaciones sobre la naturaleza jurídica de los alimentos que se prestan a la mujer durante el juicio de divorcio, JA 68-924.

Dutto, Ricardo J., Juicio por incumplimiento alimentario y sus incidentes, ed. renov., act. y ampl., Juris, Rosario, 2003.

Dutto, Ricardo J., La prestación alimentaria: su protección, JA 1991-II-680.

Escribano, Carlos, Imputación de los alimentos pasados durante el juicio de divorcio, LL 154-1008.

Fanzolato, Eduardo I., Alimentos y reparaciones en la separación personal y en el divorcio, reimp., Depalma, Buenos Aires, 1993.

Fleitas Ortiz de Rozas, Abel – Roveda, Eduardo G., Régimen de bienes del matrimonio, La Ley, Buenos Aires, 2001.

Gowland, Jorge A., Los alimentos a la esposa dependerán de las tareas que ésta desempeñe en el matrimonio, LL 1995-D-42.

Grosman, Cecilia P., Medidas frente al incumplimiento alimentario, LL 1985-D-949.

Guaglione, Horacio A., Cuatro notas sobre la sociedad conyugal, LL 1975-C-442.

Kielmanovich, Jorge L., Procesos de familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Lagomarsino, Carlos A. - Uriarte, Jorge A., Juicio de alimentos, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997.

Méndez Costa, María J., Visión jurisprudencial de los alimentos, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.

Molinario, Alberto D., De algunas distinciones de bienes gananciales, LL 135-1315.

Morello, Augusto M., Juicios sumarios II. Alimentos, 3ª ed., Librería Editora Platense, La Plata, 1995.

Novellino, Norberto J., Los alimentos y su cobro judicial, Nova Tesis Editorial Jurídica, Rosario, Santa Fe, 2002.

Nowinski, Elsa A., Efectos patrimoniales del divorcio vincular, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1998.

Sambrizzi, Eduardo A., Separación personal y divorcio, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

Ventura, Adrián R. - Stilerman, Marta N., Alimentos, Librería El Foro, Buenos Aires, 1992.

Vidal Taquini, Carlos H., Régimen de bienes en el matrimonio, 3ª ed. act. y ampl., 5ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 2001.

Zannoni, Eduardo A., Imputación de los alimentos provisionales en la liquidación de la sociedad conyugal, LL 145-763.

Zannoni, Eduardo A., La obligación alimentaria durante el juicio de divorcio, LL 119-589.