

## Los acuerdos sobre la liquidación de la sociedad conyugal (Oportunidad para celebrarlos)

Por

Beatriz R. Bísvaro

**I. Introducción. La evolución en el Código Civil. II. La cuestión a partir de la ley 23.515. III. Convenios anteriores a la disolución. IV. Divorcio decretado por las Causales del Art. 204 Y 214, Inc. 2 del Código Civil. Convenios celebrados por los cónyuges con anterioridad a la sentencia.**

### **I. Introducción.**

#### **La evolución en el Código Civil.**

Si bien la legislación de nuestro país carece de una regulación orgánica en relación a los convenios de liquidación de la sociedad conyugal, el vacío legislativo, no ha impedido que en muchos casos de divorcio y separación personal, los cónyuges acuerden la manera en que partirán sus bienes.

La celebración de estos convenios ha provocado distintas respuestas doctrinarias y jurisprudenciales.

En orden al tema podemos visualizar tres etapas. Una primera que veda los contratos entre cónyuges, la cual se

apoya en los artículos 1218 y 1219 en la redacción original del Código Civil hasta la sanción de la ley 17.711 en el año 1968.

Gran parte de nuestra doctrina y jurisprudencia negó validez a los acuerdos de división de bienes que los cónyuges celebraron sin tener disuelta la sociedad conyugal. Tal posición pareció lógica, pues además de las habituales invocaciones a los arts. 1218 y 1219 del Código Civil, jugaba en la especie la antigua redacción del art. 1306 del mismo Código, la sociedad conyugal no se disolvía de pleno derecho, sino que solo el cónyuge inocente tenía a su disposición la acción de separación de bienes.

De tal modo, lo convenido entre los cónyuges se interpretó como un modo de obtener, por mutuo acuerdo, la disolución de la sociedad conyugal, violando el carácter inmodificable del régimen y en particular el art. 1219 del Código Civil.

Desde otra posición se dijo que los pactos eran nulos cuando las partes

pretendían disolver la sociedad conyugal por una causa distinta a las taxativamente previstas por la ley.

Mientras la sociedad conyugal existe, los cónyuges carecen de capacidad para convenir la oportunidad y la forma en que aquella se liquidara; es lo que disponen expresamente los arts. 1218 y 1219 del Código Civil. Ello no empece, no obstante, a la validez que en su momento puedan tener dichos convenios como reconocimiento del carácter de determinados bienes, o de la existencia de créditos o deudas<sup>1</sup>.

En tanto la sociedad conyugal no fue disuelta, cualquier convenio respecto de los bienes no tiene alcance valedero, pues la comunidad de bienes responde a un régimen legal no voluntario ni sometido al arbitrio de las partes.<sup>2</sup>

En este orden de ideas se sostuvo, que siendo la sociedad conyugal una institución cuyo interés trasciende el interés privado de sus integrantes, está regida en su funcionamiento y finalización por normas que son de orden público y se hallan, por ende, fuera del poder dispositivo de los cónyuges; éstos, mientras la sociedad exista, carecen de capacidad para convenir la oportunidad y la forma en que aquella se liquidara<sup>3</sup>.

Desde otra posición se sostuvo la validez de los convenios, cuando se adjudicaban bienes bajo condición tácita de la disolución del régimen, o sea una vez que el juez pronunciara la sentencia definitiva.

Los convenios de partición privada de la sociedad conyugal deben ser realizados con posterioridad a la disolución de ésta. Sólo entonces la autonomía de la voluntad recupera su eficacia.

Sin embargo, es frecuente que los cónyuges acuerden la manera de dividir los bienes gananciales, antes de que sobrevenga la disolución de la sociedad conyugal y suscriban convenios privados que resuelven tal problema.

En virtud de lo que dispone el art. 1218 del Código Civil no corresponde atribuirle valor de obligación a los compromisos asumidos en tales convenios respecto de la división de los gananciales, pero si con posterioridad a la disolución, ambos cónyuges manifiestan su acuerdo para que el convenio realizado previamente se aplique, tal decisión sería válida, porque se basaría en una declaración de voluntad posterior a la disolución y apta, por lo tanto, para actualizar tal compromiso<sup>4</sup>.

En virtud de que los efectos quedaban diferidos hasta esta oportunidad, se

<sup>1</sup> CNCiv., Sala B, Marzo 27 1979. ED, 83-129.

<sup>2</sup> CNCiv., Sala C, Abril 29 1982. ED, 99-629

<sup>3</sup> CNCiv., Sala B, Junio 12 1979. ED, 85-347.

<sup>4</sup> CNCiv., Sala F, Marzo 19 1980. ED, 89-572.

opinó que en este último caso no se afectaba el orden público o la regla del art. 1219 del Código Civil, ya que el acuerdo sobre la forma de disolver operaba por una causa legalmente admitida.

La segunda etapa comienza con la reforma introducida por la ley 17.711 al art. 1306 1° parte en cuanto dispone: "...la sentencia de separación personal o divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda..."

Esta modificación puso en tela de juicio la vigencia de aquella jurisprudencia que entendió nulos los convenios celebrados por los cónyuges durante el trámite del proceso de divorcio, dado que el efecto retroactivo de la sentencia hacía que tales acuerdos, en rigor aparecieran celebrados en un período en que la sociedad conyugal ya se encontraba disuelto.

Al no encontrarse comprometido el orden público y siempre que se hubieran suscrito con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, los convenios entre cónyuges destinados a la liquidación del acervo ganancial son válidos, pues a tenor de lo dispuesto por el art. 1315 del Código Civil, a partir de entonces los esposos recuperan su capacidad dispositiva para transar y/o renunciar, en el seno de to-

do tipo de negociación, sobre tales bienes, por lo que no rigen las prohibiciones de los art. 1218 y 1219 del citado ordenamiento legal.<sup>5</sup>

Paralelamente, otra norma de la ley 17.711 vino a debilitar el estricto régimen patrimonial imaginado por Vélez Sarsfield. En efecto el art. 67 bis de la ley 2393 dispuso: "Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal esta tramitará por vía sumaria" (párrafo 3°).

Esto planteó el interrogante de si este precepto significaba o no la autorización para celebrar convenios de bienes relativos a la sociedad conyugal con anterioridad a la sentencia que decreta la disolución del régimen patrimonial.

Así se fue perfilando una jurisprudencia que sostenía que los convenios de separación de bienes en los juicios de divorcio por presentación conjunta (art. 67 bis, ley 2393), formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y de disolución de la sociedad conyugal son válidos.<sup>6</sup>

Aún cuando se sostuviera la tesis que rechaza los pactos de disolución de la sociedad conyugal celebrados por los cónyuges en los juicios de divorcio por presentación conjunta, no debe olvidarse que son habituales en este tipo de juicios. La reiteración con que se re-

<sup>5</sup> CNCiv., Sala A, Julio 5-1994, ED, 159-302.-

<sup>6</sup> CNCiv., Sala A, Mayo 10 1983, P. De c., N. C. C., E.

curre a estos convenios impide sostener su nulidad cuando se encuentra homologado, consentido y cumplido, y con mayor razón cuando tal nulidad no haya sido solicitada por los interesados. Entender lo contrario implicaría quitar seguridad a todas las convenciones semejantes y viciar los títulos de bienes en cuyos antecedentes se registrarán pactos de esta naturaleza, ya que su nulidad no implicaría permitir nuevos reclamos sino que obligaría a realizar una nueva liquidación de todos los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal<sup>7</sup>.

Mientras que otros fallos no admitían la validez de tales convenciones, en virtud que el régimen de bienes de la sociedad conyugal está imperativamente impuesto por la ley, sin posibilidad de alteración por voluntad de los esposos. De allí la invalidez de los convenios sobre distribución de los bienes gananciales, cuando éstos han sido celebrados con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, por estar encuadrados en la prohibición contenida en el art. 1218 del Código Civil<sup>8</sup>.

Pero se sostuvo que es preciso reconocer la validez de los convenios que se celebren respecto del destino de los

bienes que integran la comunidad patrimonial del matrimonio, pero a condición de que su celebración tenga lugar una vez decretada la disolución de la sociedad conyugal, pues con anterioridad a ese momento rige la sanción prevista por el art. 1218 del Código Civil<sup>9</sup>.

Una posición intermedia entendía que a los efectos de acordar validez al convenio celebrado por los cónyuges en el juicio de divorcio por presentación conjunta acerca del modo de liquidar la sociedad conyugal, es necesario que el consentimiento de ambas partes se mantenga hasta el dictado de la sentencia, porque es recién allí cuando los esposos pueden acordar todo lo concerniente a los bienes que integran la aludida sociedad<sup>10</sup>.

El art. 67 bis de la ley 2393 admitía que los esposos, en su presentación inicial conjunta, acuerden la forma de liquidar la sociedad conyugal. Igualmente es procedente la concertación de ese aspecto en un escrito ulterior, durante la sustanciación del proceso de divorcio<sup>11</sup>.

Esta jurisprudencia contradictoria llevó a que la Cámara Nacional Civil, en fallo plenario estableciera que "Los con-

<sup>7</sup> CNCiv., Sala G, Noviembre 6-1980. ED, 91-622.-

<sup>8</sup> CNCiv., Sala A, Septiembre 8 1981, b de L., B. C. L. B., L.

<sup>9</sup> CNCiv., Sala G, Mayo 20 1982, S., F. J. C. F. De S., M.

<sup>10</sup> CNCiv., Sala A, Septiembre 8 1981 B. De L., B. C. L. B., L..

<sup>11</sup> CNCiv., Sala D, Junio 23 1982. ED, 102-276.

venios de separación de bienes, en los juicios de divorcios por presentación conjunta formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y disolución de la sociedad conyugal son válidos”<sup>12</sup>.

En relación al plenario citado el Supremo Tribunal de Río Negro, resolvió en sentido contrario que: “La opinión del plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 2 de Diciembre de 1982 no contiene un rigor científico suficiente y por el contrario, la posición de que la retroactividad de la sentencia respecto de la disolución de la sociedad convalida los acuerdos de disolución en los casos de presentación conjunta, equivale a sostener idéntica pretensión en los juicios de divorcio contencioso. A más de ello hay una ostensible contradicción en tipificar los convenios como meros proyectos para luego afirmar su eficacia como genuinos actos jurídicos”<sup>13</sup>.

## II. La cuestión a partir de la ley 23.515

La tercera etapa comienza en 1987 con la sanción de la ley 23.515.

El art. 236 del Código Civil dispone que las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenien-

tes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. De modo que ya no cabe cuestionar la validez de estos convenios en los divorcios por presentación conjunta.

Sin embargo corresponde advertir que los acuerdos estarán doblemente condicionados a la homologación judicial y al dictado de la sentencia que decreta la separación o el divorcio vincular<sup>14</sup>.

La homologación del convenio de liquidación de la sociedad conyugal tiene por finalidad verificar la verdad y corrección del acto, poniendo en manos de los jueces la atribución de negarle sus efectos propios cuando lo hallan insostenible, porque importa una abdicación de derecho que la ley considera irrenunciables, o porque se lo ha concluido sin capacidad, con vicios del consentimiento o contraviniendo normas de orden público. Pero no puede admitirse que sin hacer mérito de ninguna de esas circunstancias o careciendo la pretensión de un serio fundamento, se otorgue a cualquiera de las partes la oportunidad y la facultad de arrepentimiento de lo convenido, privando al acuerdo de efecto, y aun más, declarando inexistente o nulo un acto ajustado con libre y sana voluntad<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> CNCiv. en pleno. Dic.24 de 1982.

<sup>13</sup> ST Río Negro, Mayo 15 1984. ED, 120-226.

<sup>14</sup> Conf. Mendez Costa, María Josefa, J.A. 1977-II-628.

<sup>15</sup> CNCiv., sala E, Octubre 17-977 De R., A. c. Q., M., La Ley, 1979 C, 606 (35.237 S),

La homologación o aprobación del acuerdo de liquidación de la sociedad conyugal esta encaminada a la verificación de los requisitos necesarios de tales convenios, y en especial, en los que se refiere a la comprobación de la violación de alguna norma de orden público. Excluyendo, en principio el controlador del acierto o mérito del convenio en tanto lo acordado no se halle enfrentado con el orden público que surja del estatuto legal aplicable al caso específico<sup>16</sup>.

Sin embargo, la falta de homologación del acuerdo de liquidación de la sociedad conyugal, no afecta la validez de lo pactado, puesto que dicha circunstancia no hace al perfeccionamiento del convenio, que queda completo sin ese recaudo, sino que solamente importa dotarlo desde el ángulo procesal de autoridad de cosa juzgada, lo cual no importa que pueda ser desconocido unilateralmente, por una de las partes de la convención<sup>17</sup>.

El art. 236 ordena asimismo que a falta de acuerdo, la liquidación de la sociedad conyugal se tramitará por vía sumaria, sin que esta expresión signifique necesariamente que deba tramitarse un juicio sumario.

Al respecto, el art. 516 del Código Procesal Civil y Comercial prescribe que la cuestión "se substanciará por

juicio ordinario, sumario o incidental, según lo establezca el juez, de acuerdo con las modalidades de la causa".

Si se opta por el acuerdo, para liquidar la sociedad conyugal, no mediando un vicio de la voluntad, resulta impropio pretender la revisión de lo acordado, cuya homologación por el juez deberá ser dispuesta en principio, ya que son materias que sólo involucran a los cónyuges. Desde este punto de vista, es posible que las partes dividan los bienes comunes en forma distinta a lo que establece el art. 1315 del Código Civil, vale decir que se formen hijuelas diferentes, dado que en este punto no está interesado el orden público.

Acordada la liquidación no cabe revisión si lo convenido es fruto de la libre determinación de la voluntad, pues no corresponde beneficiarse con la separación personal o el divorcio y dejar sin efecto el acuerdo patrimonial, si no media vicio de la voluntad.

Una vez homologado el convenio de liquidación de la sociedad conyugal –en el caso en un divorcio por presentación conjunta–, en ausencia de serio fundamento prima facie apreciado, no le es dado a las partes arrepentirse a su antojo de lo convenido. Es que, producida la disolución de la sociedad conyugal, tanto el reconocimiento del carácter ganancial de los bienes, como

<sup>16</sup> CNCiv., Sala B, Dic. 12-1988. ED, 135-441.

<sup>17</sup> CNCiv., Sala C, abril 17-1980 T. de C. c. C., O., ED, 89-141

la partición correspondiente, hecha por personas capaces y sin vicios de la voluntad, tienen pleno vigor y legitimidad jurídicos y recobrada por los cónyuges la autonomía para reglar sus relaciones recíprocas, nada se opone a que uno de ellos reciba una porción menor como consecuencia del acuerdo, ya que la división por mitades no es asunto que concierna al orden público. En este sentido, el "acuerdo disolutorio" no debe confundirse con el "acuerdo de reparto" que es materia reservada a la libre voluntad de las partes, la cual, en las condiciones del sub lite, posee plena eficacia, porque no existe principio legal o de orden público que la impida<sup>18</sup>.

Los cónyuges están facultados para regular sus derechos de la manera que estimen más conveniente, sin embargo, estos convenios deben ser producto de una sana voluntad, debiéndose respetar principios fundamentales como los de restitución de los propios y partición por mitades de los adquiridos en opinión de Vidal Taquini, quien desaprueba la jurisprudencia que acepta la partición que no es por partes iguales<sup>19</sup>.

El artículo encomienda al Juez una función esencial, quien fundadamente podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados, los cuales no homologará si se afecta el

orden público. Es decir, si el acuerdo es contrario al interés de los cónyuges o al de los hijos, teniendo en cuenta el bienestar de estos, puede impulsar complementos y modificaciones.

Para Vidal Taquini el juez no puede homologar un convenio por el cual uno de los cónyuges sacrificase derechos o provocase graves perjuicios económicos, amén de aquellos que retacean los derechos emergentes de la patria potestad, de la tenencia de los hijos, del régimen de visitas. Más aún, el juez puede negar la homologación, condición de eficacia y no presupuesto de existencia del acuerdo, si se conoce que uno de los cónyuges no quiere la separación, el divorcio o los convenios; si sus manifestaciones no son sinceras o si es forzado por el otro esposo, ya que el juez debe asegurar que el pacto sea igualitario y conforme al derecho<sup>20</sup>.

En opinión de Zanonni si bien la directiva básica está contenida en el art. 1315 del Código Civil, esta directiva no impide que, disuelta la sociedad conyugal, los cónyuges en virtud del principio contenido en el art. 3462 del Código Civil, pueden resolver liquidar los bienes de acuerdo a otras pautas. Rige aquí la autonomía de la voluntad, en la medida que los art. 1218 y 1219 del Código Civil, que impiden en todo acuerdo sobre el derecho a los ganan-

<sup>18</sup> CNCiv., Sala D, Junio 23 982 M. de M., S. E. B. c. M., J. G.), La Ley, 1982 D, 311

<sup>19</sup> Vidal Taquini, Carlos. "Matrimonio Civil. Ley 23.515", comentario al art. 236.

<sup>20</sup> Conf. Vidal Taquini, citado.

ciales, dejan de tener aplicación una vez extinguida la sociedad conyugal. No rige entre cónyuges la prohibición de comprar o vender, ni la de cederse bienes y, por ende, tampoco la incapacidad para hacerse mutuamente cesiones de derechos, etc.<sup>21</sup>.

Al no encontrarse comprometido el orden público y siempre que se hubieran suscripto con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, los convenios entre cónyuges destinados a la liquidación del acervo ganancial son válidos, pues a tenor de lo dispuesto por el art. 1315 del Código Civil, a partir de entonces los esposos recuperan su capacidad dispositiva para transar y/o renunciar, en el seno de todo tipo de negociación, sobre tales bienes, por lo que no rigen las prohibiciones de los arts. 1218 y 1219 del citado ordenamiento legal<sup>22</sup>.

### III. Convenios anteriores a la disolución

En este sentido la jurisprudencia coincide en señalar que, el régimen de bienes de la sociedad conyugal está imperativamente impuesto por la ley, sin posibilidades de alteración por voluntad de los esposos. De allí la invalidez de los convenios sobre la distribución

de los bienes gananciales, cuando estos han sido celebrados con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, por estar encuadrados en la prohibición contenida en el art. 1218 del Código Civil<sup>23</sup>.

El sentido de no considerar válidos los convenios sobre la liquidación de la sociedad conyugal celebrados con anterioridad a la sentencia que produce la disolución de dicha sociedad, es el de evitar que el acuerdo no sea la libre expresión de la voluntad de los cónyuges, sin otra mira que la solución de sus problemas patrimoniales.<sup>24</sup> Si la sociedad conyugal no se llegó a disolver por sentencia de divorcio sino que dicha disolución operó con la muerte de uno de los esposos, carece de valor el convenio que en el proceso había formulado éstos dando por disuelta la sociedad, aun cuando se reconozcan sus consecuencias en cuanto atañe a la suma entregada en ejecución de ese acuerdo y correspondiente recibo<sup>25</sup>.

En este sentido se sostuvo que no procede homologar el convenio de liquidación de la sociedad conyugal presentado en un juicio de divorcio por presentación conjunta si antes de dic-

<sup>21</sup> Conf. Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo I, pag. 720, Ed. Astrea 1998.

<sup>22</sup> CNCiv., Sala A, Julio 5-1994. ED, 159-302.

<sup>23</sup> CNCiv., Sala A, Septiembre 8 1981, B de L., B. C. B., L..

<sup>24</sup> CNCiv., Sala G, Mayo 20 1982, S., F. J. C. F. De S., M.

<sup>25</sup> CNCiv., Sala C, Abril 29 1982 C., A. M. c. J., M. T. La Ley, 1982 D, 419 ED, 99 630.



tarse la sentencia en ésta fallece uno de los cónyuges, pues entonces la acción se extinguió y la disolución de la sociedad conyugal se produce por la muerte ocurrida<sup>26</sup>.

De allí que si la sociedad conyugal no fue disuelta, cualquier convenio respecto de los bienes no tiene alcance valedero, pues la comunidad de bienes responde a un régimen legal no voluntario ni a disposición de las partes<sup>27</sup>.

En este orden de ideas se sostiene que los convenios celebrados antes de la disolución de la sociedad conyugal, encaminados a la liquidación de los bienes, pueden ser fruto de presiones y transacciones entre los esposos, a efectos de obtener una sentencia de divorcio en determinado sentido, o ciertas resoluciones respecto a tenencia de hijos, alimentos, etcétera.

Pero una vez dictada la sentencia de divorcio el convenio será válido si hubiese sido homologado por el Juez. La sentencia convalida automáticamente lo acordado por las partes.

#### **IV. Divorcio decretado por las causales del Art. 204 Y 214, Inc. 2 del Código Civil. Convenios celebrados por los cónyuges con anterioridad a la sentencia**

El tema reviste singular importancia dada la frecuencia con que se plantea la separación de hecho como causa de separación personal y divorcio.

En este sentido se sostiene que: "Los convenios sobre liquidación de la sociedad conyugal celebrados entre los cónyuges en los que se expresa que estos se encuentran separados de hecho y sin voluntad de unirse son eficaces para probar esa separación de hecho, con la consiguiente pérdida del derecho a la gananciabilidad contemplado por el art. 1306 in fine, aún cuando sus proyecciones a otros efectos sean discutibles."<sup>28</sup>

Aun después de la separación de hecho y durante la instancia de divorcio, los convenios sobre distribución de gananciales son nulos de nulidad absoluta, pues está afectado el orden público de la ley<sup>29</sup>.

En este marco, en un fallo publicado recientemente de Sala I de la CNCiv., Sep. 1° de 1998, se planteó la siguiente cuestión: el Juez de Primera Instancia rechazó la demanda promovida por el actor tendiente a que se dé validez a un acuerdo que había celebrado con la cónyuge, relativo a la liquidación de la sociedad conyugal y en virtud del cual le había dado a la Sra. E.

<sup>26</sup> CNCiv., sala E, agosto 9 1978 P. de D., M. E. c. D. C. La Ley, 1979 B, 686 (35.198 S).

<sup>27</sup> CNCiv., sala C, abril 29 1982 C., A. M. c. J., M. T., La Ley, 1982 D, 419 ED, 99 630.

<sup>28</sup> CNCiv., Sala C, Diciembre 29 1980-ED 93-211.

<sup>29</sup> CNCiv., Sala C, Abril 29 1982. ED, 99-629 con nota de Marta del R. Mattera.

una suma de dinero equivalente al valor del inmueble X, de Capital Federal, por lo que solicita que el mencionado inmueble le sea adjudicado en la referida liquidación<sup>30</sup>.

Señala que no admitió la validez del acuerdo celebrado entre las partes por haber sido celebrado con anterioridad a la sentencia que decretó la disolución de la sociedad conyugal –y más aún– no habiendo fecha precisa del acuerdo puede pensarse que tomo lugar aún antes de la promoción del juicio de divorcio.

Asimismo, se afirma que no es aplicable el Plenario del 24/12/82 que admite la validez de los convenios de separación de bienes formulados con anterioridad a la sentencia de divorcio, pues dicha doctrina sólo es aplicable a los divorcios por presentación conjunta y no a los que revisten carácter de contenciosos como ocurre en el caso, no pudiendo asimilarse a aquella situación el planteo de la causal objetiva a que aluden los art. 204 y 214, inc. 2 del Código Civil.

Aún cuando se considera equiparable el divorcio por presentación conjunta al dictado por la causal objetiva de la separación de hecho, no puede admitirse la validez del acuerdo celebrado con anterioridad a la fecha de notificación de la deman-

da. Ello es así, pues si bien es cierto que este tipo de acuerdos deben ser admitidos como reconocimiento y valor de los bienes en el caso de que ello sea expresado, como acuerdos de partición son nulos toda vez que la sociedad conyugal no pueda disolverse por voluntad de los cónyuges, tal como resulta del art. 1291 del Código Civil.

El fallo de la Sala I, declaró inválido el convenio de liquidación de la sociedad conyugal presentado por los cónyuges en el marco del juicio de divorcio fundado en la causal objetiva que regula el art. 214, inc. 2 del Código Civil, quedando firme la sentencia apelada.

Cabe preguntarse frente al decisorio: ¿Significa que los cónyuges que se presentan en forma conjunta demandando la declaración del divorcio vincular o de la separación personal por causales del art. 214, inc. 2 y 204 del Código Civil, no pueden convenir válidamente lo atinente a la liquidación de la sociedad conyugal?

El tema tiene una importancia práctica indiscutible, pues es muy común que los que invocan la causal objetiva para obtener la declaración de la separación personal o el divorcio vincular, lo hagan en presentación conjunta, y es frecuente también que esta presentación conjunta incluya un acuerdo sobre

<sup>30</sup> CNCiv., Sala I C.E.G.C/ E.E. s/ liquidación de la sociedad conyugal 1/9/1998, ED 11/5/99, con nota de Jorge Mazzinghi (h).

liquidación de la sociedad conyugal<sup>31</sup>.

En el marco del actual ordenamiento jurídico, existen tres maneras de obtener la separación personal o el divorcio vincular: Por las causales del art. 202 del Código Civil y 214 inc. 1, en el juicio por presentación conjunta, art. 205 y 215 del Código Civil Y la separación de hecho a que aluden los art. 204 y 214, inc. 2 del Código Civil.

El tema de la validez de los convenios de la liquidación de la sociedad conyugal esta bien resuelto en los supuestos del juicio contencioso y del que se promueve por presentación conjunta, en el marco de lo previsto por los art. 205 y 215 del Código Civil.

En el primer caso, porque no es lógico que los cónyuges enfrentados en el juicio controvertido, lleguen a acuerdos sobre la liquidación de la sociedad conyugal. En el segundo caso la norma del art. 236 del Código Civil contempla en forma expresa la posibilidad de que la presentación conjunta incluya un acuerdo "acerca de los bienes de la sociedad conyugal".

Subsiste alguna incertidumbre respecto de la validez de los convenios de liquidación de la sociedad conyugal que los cónyuges puedan realizar al presentarse conjuntamente reclamando la separación personal o el divorcio vincular, por hallarse separados de hecho, sin voluntad de unirse, por 2 o 3

años (conforme art. 204 y 214, inc. 2 del C. Civil).

Es en función de esta incertidumbre que el fallo de la Sala I adquiere un gran interés práctico. En el procedimiento transcripto, se declara la nulidad del convenio por dos razones. El primer argumento que se esgrime, es a mi juicio valorativo de la causal.

En este sentido afirma –equivocadamente– que el juicio de divorcio vincular fundado en la causal objetiva de la separación de hecho de los cónyuges, no debe asimilarse al juicio por presentación conjunta que regula el art. 236 del Código Civil, sino al juicio de divorcio contencioso.

La segunda razón está ligada a las circunstancias particulares del caso, y se funda en el hecho de que no puede determinarse con precisión la fecha en que se celebró el convenio de liquidación de la sociedad conyugal, existiendo fuertes presunciones de que el acuerdo se había celebrado antes de la presentación conjunta, cuando la sociedad se hallaba plenamente vigente.

Esta última razón es plenamente convincente, si los cónyuges pactaron la liquidación de la sociedad conyugal mientras estaban casados, antes de reclamar el divorcio, es clarísimo que contradijeron la prohibición de los art. 1218 y 1219 del Código Civil, lo que justifica la declaración de nulidad del acuerdo.

<sup>31</sup> Conf. Mazzinghi, Jorge (H), cit. ED, Mayo/99.

La primera razón fundada en el pretendido carácter contencioso del juicio promovido por la causal objetiva, resulta cuestionable y conduce a resultados francamente inconvenientes<sup>32</sup>.

El juicio de divorcio en el cual los cónyuges invocan conjuntamente la causal objetiva, esto es el hecho de hallarse separados de hecho por más de tres años, sin voluntad de unirse, conformen el plexo normativo que ha dado en llamarse causales objetivas de separación personal y divorcio vincular, de allí que resulte aconsejable aplicar por analogía la norma del art. 236 del C. Civil, en la parte que autoriza a los cónyuges a celebrar, al tiempo de iniciar el proceso, un convenio de liquidación de la sociedad conyugal.

Si lo pueden hacer aquellos en el marco de lo prescrito por los art. 205 y 215 del Código Civil, porque no podrán celebrar un acuerdo semejante los cónyuges que invocan, también en una presentación conjunta, la existencia de la causal objetiva prevista en los art. 204 y 214, inc. 2 del Código Civil.

En las dos situaciones se trata del marido y la mujer que se han puesto de acuerdo en divorciarse, y casi con seguridad han pactado lo referente a la tenencia de los hijos, el régimen de visitas, los alimentos de los menores o de

los propios cónyuges, ¿qué sentido tendría impedirles que convinieren también la liquidación de la sociedad conyugal?

La prohibición establecida en los art. 1218 y 1219 del C. Civil está orientada a evitar que los cónyuges, durante la vigencia de su matrimonio, modifiquen las normas imperativas que definen el régimen de la sociedad conyugal. En los supuestos que consideramos, el acuerdo no estaría dirigido a alterar el funcionamiento del régimen de la sociedad conyugal, sino a establecer las pautas de su liquidación.

Si se consolida la doctrina conforme a la cual resultan nulos los convenios de liquidación de la sociedad conyugal celebrados en las presentaciones conjuntas –fundadas en la existencia de una causal objetiva de divorcio o separación personal– tal la separación de hecho sin voluntad de unirse (art. 204 y 214 inc.2. del C.C.) se estarían alentando hipótesis de mayor litigiosidad, pues cuestiones de tanta trascendencia como la división de los bienes, la tenencia de los hijos, el régimen de visitas y los alimentos, tendrían que quedar necesariamente postergados para una oportunidad posterior al dictado de la sentencia que decreta la separación personal o el divorcio vincular.

<sup>32</sup> Conf. Mazzinghi, citado.