





SEMINARIO FINAL DE GRADUACION
DE LA CARRERA DE ABOGACIA

***“VALIDEZ DE LOS CONVENIOS DE
LIQUIDACION PREVIOS A LA
DISOLUCION DE LA SOCIEDAD
CONYUGAL”***

LOPEZ, YAMILA EDITH

2011



Resumen del TFG en Español:

En toda relación conyugal, una vez interpuesto el juicio de divorcio o de separación de bienes, se plantea el interrogante acerca de si los cónyuges pueden celebrar acuerdos privados respecto a la distribución de los bienes gananciales. Nuestro país carece de una regulación orgánica en relación a los convenios de liquidación de la sociedad conyugal. Este vacío legislativo, no ha impedido que en muchos casos de divorcio y separación personal, los cónyuges acuerden la manera en que partirán sus bienes.

Este trabajo se plantea como objetivo central proponer la validez de los convenios de liquidación previos a la disolución de la sociedad conyugal, estudiando su naturaleza jurídica, forma, contenido, efectos.

A su vez, trataremos de demostrar la conveniencia de la utilización de dichos convenios, previos a la sentencia que disuelve la sociedad conyugal, ya que a nuestro entender no se vería afectado el orden público, y su fin no sería alterar el funcionamiento del régimen de la sociedad conyugal, sino establecer pautas para su liquidación, permitiendo el ingreso a la autonomía de la voluntad.

Para llegar a esto, se organizó el trabajo en 6 capítulos. El primero, en el que se expone la introducción del estudio, esto es, tema, problema, justificación, objetivos, metodología. El segundo, orientado a establecer el régimen legal desde el punto de vista patrimonial-matrimonial de la sociedad conyugal. El tercero, conceptualizar la disolución de la sociedad conyugal, haciendo una revisión pormenorizada de sus distintas etapas: liquidación y partición. El cuarto, conducente a ingresar de lleno a la problemática del presente trabajo, los convenios de liquidación, analizando su evolución, naturaleza jurídica, estructura. El quinto, contiene un análisis comparativo con legislaciones de otros países, derecho comparado. El sexto y último capítulo contiene las conclusiones del trabajo. Finalmente, se presenta la bibliografía y un anexo con los fallos que se analizaron en distintos capítulos.

ABSTRACT DEL TFG EN INGLES:

Once the divorce suit or separation of property has been filed, there remains a question about whether spouses may negotiate out-of-court settlements with respect to the distribution of property of conjugal partnership. Our country lacks regulations with regard to settlement prices of the conjugal partnership. This legislative gap, however, has not prevented divorced couples from negotiating the distribution of their property.



The main aim of this paper is to uphold the validity of agreements in settlement prices previous to the dissolution of the conjugal partnership. Taking this into consideration, I will study their legal nature, form, content and effects.

At the same time, I will attempt to show the convenience in the use of these previous agreements to the final judgement that dissolves the conjugal partnership since, to our knowledge, public order would not be altered. In fact, these previous agreements would not intervene with the functioning of the partnership system but establish guidelines for its settlement prices by mutual consent.

In order to achieve the purpose of this study, the paper is divided into six chapters. The first chapter contains an introduction to the study, that is to say, topic, research question, justification, objectives, and methodology. The second chapter is oriented to establishing the legal regime from the patrimonial-matrimonial perspective of the conjugal partnership. The third chapter conceptualizes the dissolution of the conjugal partnership by means of an itemized examination of its different stages: settlement prices and distribution. Chapter four aims at developing the main subject of the present paper, that is, settlement prices by the analysis of their evolution, legal nature and organization. Chapter five shows a comparative analysis of the existing legislation in this matter with other countries in the world – comparative jurisprudence. In chapter six, the conclusions of this paper are presented. Finally, the bibliography is presented followed by an annexe with the judgments that were analyzed in different chapters of the present paper.



AGRADECIMIENTOS

Son muchas las personas especiales a las que me gustaría agradecer su apoyo, amistad y compañía en las diferentes etapas de mi vida. Sin importar en donde estén o si alguna vez llegan a leer estas dedicatorias quiero darles las gracias por formar parte de mi.

En especial a Dios por enseñarme día a día a no bajar los brazos.

A mis padres, por el esfuerzo de lograr lo que hoy soy y por la confianza que depositaron en mí.

Al amor de mi vida por hacerme entender que se puede.

A mis amigas del alma, por estar presentes y darme tanto cariño.

Finalmente a todas las personas que se cruzaron en este camino y que me dieron palabras de aliento y apoyo.



INDICE

CAPITULO 1: INTRODUCCION

1.1 Planteo del problema y su justificación.	Pág. 13
1.2 Delimitación del problema.....	Pág. 13
1.3 Objetivos.....	Pág. 14
1.3.1 Objetivo General.....	Pág. 14
1.3.2 Objetivo Particular.....	Pág. 14
1.4 Metodología.....	Pág. 15
1.5 Estructura del trabajo.....	Pág. 15

CAPITULO 2: REGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL

2.1 Régimen Patrimonial Argentino.....	Pág. 18
2.2 Naturaleza Jurídica.....	Pág.18
2.3 Personalidad Jurídica.....	Pág. 19
2.4 Bienes de los Cónyuges.....	Pág. 20
2.4.1 Bienes Propios.....	Pág. 20
2.4.1.1 Clasificación.....	Pág.20
2.4.2 Bienes Gananciales.....	Pág. 21
2.4.2.1 Clasificación.....	Pág. 21
2.4.3 Bienes Mixtos.....	Pág. 22



CAPITULO 3: DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

3.1 Disolución de la sociedad conyugal.....	Pág. 25
3.1.1 Concepto.....	Pág. 25
3.1.2 Evolución histórica.....	Pág. 26
3.1.2 El Código Civil y la Ley 2393.....	Pág. 26
3.1.2.2 La Ley 14394.....	Pág. 26
3.1.2.3 El Decreto 4070/1956.....	Pág. 27
3.1.2.4 La reforma introducida por la Ley 23515.....	Pág. 27
3.1.3 Causales que operan de pleno derecho.....	Pág. 27
3.1.3.1 Muerte de uno de los cónyuges.....	Pág. 27
3.1.3.2 Muerte presunta del cónyuge.....	Pág. 28
3.1.3.3 Nulidad del matrimonio.....	Pág. 28
3.1.3.4 Separación personal.....	Pág. 30
3.1.3.5 Divorcio.....	Pág. 30
3.1.4 Causales que operan a instancia de parte.....	Pág. 30
3.1.4.1 Mala administración y concurso del marido.....	Pág. 30
3.1.4.2 Abandono de hecho.....	Pág. 31
3.1.4.3 Curatela de uno de los cónyuges por un tercero.....	Pág. 31
3.1.4.4 Muerte presunta.....	Pág. 32
3.1.4.5 Acción de separación de bienes.....	Pág. 32
3.2 Liquidación de la sociedad conyugal.....	Pág. 32
3.2.1 Concepto.....	Pág. 33
3.2.2 Momento de la valuación.....	Pág. 33
3.2.3 Teoría de las recompensas.....	Pág. 33
3.2.4 Casos en que procede la Teoría de las Recompensas ..	Pág. 34
3.2.5 La recompensa en el Código Civil Argentino.....	Pág. 36
3.2.6 Naturaleza Jurídica.....	Pág. 36
3.2.7 Extensión de su aplicación.....	Pág. 38
3.3 Partición de la sociedad conyugal.....	Pág. 39



3.3.1 Concepto.....	Pág. 39
3.3.2 Reglas aplicables.....	Pág. 39
3.3.3 Legitimados.....	Pág. 39
3.3.4 Proporción.....	Pág. 40
3.3.5 Modo de partirse.....	Pág. 40
3.3.6 Capacidad de los cónyuges para practicarla.....	Pág. 41
3.3.7 Análisis respecto a los bienes.....	Pág. 41
3.3.7.1 Bienes propios.....	Pág. 41
3.3.7.2 Bienes gananciales.....	Pág. 42
3.3.8 Régimen procesal de la partición.....	Pág. 42
3.3.8.1 Inventario y avalúo de los bienes.....	Pág. 42
3.3.8.2 Designación de partidor.....	Pág. 43
3.3.8.3 Cuenta particionaria.....	Pág. 43
3.3.9 Principio de división en especie.....	Pág. 44
3.3.10 Bienes indivisibles.....	Pág. 46
3.3.10.1 Bien de familia.....	Pág. 46
3.3.10.2 Hogar conyugal.....	Pág. 46
3.3.10.3 Indivisión del bien ganancial impuesta por el cónyuge supérstite.....	Pág. 47
3.3.10.4 Residencia habitual de los esposos.....	Pág. 48
3.3.11 Liquidación de dos o más sociedades conyugales.....	Pág. 48
3.3.11.1 Sociedades conyugales sucesivas.....	Pág. 48
3.3.11.2 Plazos para el reintegro.....	Pág. 50

CAPITULO 4: CONVENIOS DE LIQUIDACION

4.1. La evolución en el Código Civil.....	Pág. 52
4.1.1 Primer etapa.....	Pág. 52
4.1.2 Segunda etapa.....	Pág. 53
4.1.3 Tercer etapa: La cuestión a partir de la Ley 23.515.....	Pág. 56
4.2 Naturaleza Jurídica.....	Pág. 58
4.3 Estructura: Forma.....	Pág. 59
4.3.1 Declaraciones enunciativas.....	Pág. 60
4.3.2 Declaraciones preceptivas.....	Pág. 60



4.3.3	Caracteres.....	Pág. 61
4.3.4	Oportunidad de su presentación.....	Pág. 61
4.3.5	Desigualdad en las adjudicaciones convenidas.....	Pág. 61
4.3.6	Adjudicación a uno de los cónyuges de todo el haber ganancial.....	Pág. 62
4.4	Estructura: Contenido.....	Pág. 63
4.4.1	Instrumento privado presentado al Juez o escribano publico.....	Pág. 63
4.4.2	Alcance de la homologación judicial respecto de terceros.....	Pág. 64
4.5	Efectos entre partes.....	Pág. 65
4.5.1	Carácter obligatorio de los acuerdos.....	Pág. 65
4.5.2	Diferenciación de efectos.....	Pág. 65
4.5.3	Momento para la fijación de los valores de los bienes.....	Pág. 66
4.5.4	Eficacia de determinadas formulas.....	Pág. 67
4.5.5	Garantía de evicción.....	Pág. 68
4.5.6	Vicios del consentimiento.....	Pág. 70
4.5.6.1	Vicio de error o ignorancia.....	Pág. 70
4.5.6.2	Vicio de dolo.....	Pág. 71
4.5.6.3	Vicio de violencia.....	Pág. 72
4.5.6.4	Lesión subjetiva.....	Pág. 73
4.6	Efectos frente a terceros.....	Pág. 73
4.6.1	Carácter constitutivo del acto particionario.....	Pág.73
4.6.2	Adjudicación de un bien que estaba a nombre del otro cónyuge.....	Pág. 75
4.6.3	Adjudicación en cabeza del titular.....	Pág. 75
4.6.4	Consecuencia del convenio homologado.....	Pág. 76
4.6.4.1	Bienes registrables.....	Pág. 76
4.6.4.2	Bienes no registrables.....	Pág. 76
4.7	Convenios de liquidación entre cónyuges.....	Pág. 76
4.7.1	Supuestos no previstos legalmente.....	Pág. 77
4.7.2	Supuesto previstos legalmente.....	Pág. 78
4.8	Partición antes de la fecha de la sentencia que disuelve la sociedad conyugal: Efecto.....	Pág. 80
4.8.1	Nulidad del convenio particionario antes de la fecha de la sentencia: Doctrina opositora.....	Pág. 80
4.8.2	Validez de los convenios de liquidación en los juicios de divorcio o de separación personal.....	Pág. 81



4.8.3	Convenios celebrados luego de la notificación de la demanda, pero antes de la sentencia.....	Pág. 83
4.8.4	Convenios nulos: efectos.....	Pág. 83
4.8.5	Validez del convenio celebrado “en el marco del divorcio luego peticionado”.....	Pág. 84
4.8.6	Principio de normalidad.....	Pág. 85
4.8.7	El art. 236 del Código Civil (Ley 23.515).....	Pág. 86
4.8.8	Doctrina de la SCBA anterior a la Ley 23.515.....	Pág. 86
4.8.9	Modificación de la doctrina de la SCBA posterior a la Ley 23.515.....	Pág. 86
4.8.10	Discusión doctrinaria.....	Pág. 87
4.8.11	Celebración del acuerdo anterior a su presentación.....	Pág. 88
4.8.12	Dos fallos claves.....	Pág. 89
4.8.12.1	Fallo de la Suprema Corte de Mendoza.....	Pág. 89
4.8.12.2	Fallo de la Cámara de San Isidro.....	Pág. 90
4.8.13	Distinción entre nulidad y eficacia de los convenios.....	Pág. 91
4.8.14	Admisión de acuerdos de fecha anterior a la presentación de la demanda.....	Pág. 91
4.9.14	Doctrina de la SCBA.....	Pág. 92

CAPITULO 5: DERECHO COMPARADO

5.1	Regímenes legales y regímenes convencionales en el Derecho Comparado: Autonomía de la voluntad.....	Pág. 94
5.1.1	Sistema legal imperativo.....	Pág. 94
5.1.2	Sistema convencional no pleno.....	Pág. 94
5.1.3	Sistema convencional pleno.....	Pág. 94
5.2	Caracterización del régimen vigente en el Derecho Argentino: Puntos de contacto con el régimen vigente en el Derecho Colombiano.....	Pág. 95
5.2.1	Caracteres del régimen económico matrimonial Argentino.....	Pág. 95
5.2.1.1	Comunidad diferida restringida a los bienes gananciales.....	Pág. 95
5.2.1.2	Legal e imperativo.....	Pág. 96
5.2.1.3	Inmutable como regla.....	Pág. 96
5.2.2	Partición por mitades como regla mientras dure la comunidad.....	Pág. 96



5.2.3	Situación en el Derecho Argentino.....	Pág. 97
5.2.4	Cambios de paradigma en el derecho de familia que exigen cambios en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges.....	Pág. 98

CAPITULO 6: CONSIDERACIONES FINALES

Conclusión.....	Pág. 102
Bibliografía.....	Pág. 107
Anexo.....	Pág. 112



CAPITULO 1

Introducción



INTRODUCCION:

1.1 Planteo del problema y su justificación

En toda relación conyugal, una vez interpuesto el juicio de divorcio o de separación de bienes, se plantea el interrogante acerca de si los cónyuges pueden celebrar acuerdos privados respecto a la distribución de los bienes gananciales.

En nuestro derecho, ocurrida la disolución de la sociedad conyugal, es imperativo e inmutable el principio de restitución de los bienes propios y participación en los gananciales. O sea que los cónyuges no pueden renunciar a recibir los bienes propios, ni dividir por iguales partes los gananciales, por más que alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos.

El tema que pretendemos desarrollar en el presente trabajo, resulto interesante porque muestra rasgos de actualidad, ya que en la práctica judicial es muy frecuente su utilización. Además, por ser un tema bastante discutido, nos permite analizar las distintas posturas en que se enrola la doctrina.

Siendo todas estas razones valederas, asimismo se consideró relevante la utilización de dichos convenios, ya que traen mayores satisfacciones a los cónyuges, ya que las formas de su liquidación y partición no le son impuestos, sino por el contrario son llegadas por mutuo acuerdo.

Y para concluir, cabe agregar que la elección del tema se debió a que estos convenios permitirían actuar con mayor celeridad al momento de su liquidación y partición, situación esta muy criticada en la justicia, ya que muchas veces juicios de este tipo llevan varios años para su resolución y/o conclusión.

A partir de estas delimitaciones, se propone el siguiente **problema de investigación**: ¿Son validos los convenios de liquidación, previos a la disolución de la sociedad conyugal?.

1.2 Delimitación del problema

Ubicándonos en la amplia temática de la sociedad conyugal, para este trabajo se realizaron algunos recortes que delimiten la problemática a analizar.



Se tratará con exclusividad la validez de los convenios de liquidación previos a la disolución de la sociedad conyugal, estudiando su naturaleza jurídica, forma, contenido, efectos.

A su vez, trataremos de demostrar en el presente trabajo la conveniencia de la utilización de dichos convenios, previos a la sentencia que disuelve la sociedad conyugal, ya que a nuestro entender no se vería afectado el orden público, y su fin no sería alterar el funcionamiento del régimen de la sociedad conyugal, sino establecer pautas para su liquidación, permitiendo el ingreso a la autonomía de la voluntad.

1.3 Objetivos

Para dar cuenta de esta problemática, se proponen como objetivos:

1.3.1 Objetivo general

- Estudiar la validez de los convenios de liquidación, previos a la disolución de la sociedad conyugal, como así también analizar su conveniencia.

1.3.2 Objetivo particular

- Estudiar e investigar las distintas bibliografías referidas al Derecho sucesorio y de Familia.
- Estudiar las distintas doctrinas que existen, analizando las que están a favor y las que están en contra.
- Analizar el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 24/12/82 in re "G. R. L. M. y M., E. L."¹, el cual receptó la validez de dichos convenios.
- Analizar los fundamentos que dá la Suprema Corte de Buenos Aires, respecto a la invalidez de dichos convenios.
- Investigar que posturas toman respecto a este tema, los tribunales de resto del país.
- Analizar la regulación normativa de otros países (Derecho Comparado), estudiando.

¹ "G. R. L. M. y M., E. L." Fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 24/12/82. Disponible en:http://compact.abeledoperrot.com/pprof_nxt/onl.dll?f=templates&fn=default.htm&Tit=&2.0&vid=ar2:vblue1&ini=true&atoc=30&global=g_&usuario=128804&g_vista=ar2:v. Disponible en Anexo del presente trabajo.



- Análisis profundo de los Arts. 1217, 1218 y 1219 del Código Civil.

1.4 Metodología

La **investigación** comienza con la formulación de preguntas sobre determinados fenómenos. La mayor dificultad reside en elegir un método de recolección de información que sea apropiado para los interrogantes planteados. El **método** es la estrategia orientada a solucionar los problemas planteados por el investigador con un fin determinado. En este sentido, la elección de un método depende del objeto de estudio y del problema planteado. La **técnica** supone un nivel de menor generalidad y podría definirse como el conjunto de procedimientos tendientes al logro de un objetivo, es decir, refiere a diferentes formas de recolección de datos.

Este trabajo se encuentra enmarcado dentro de la metodología cualitativa de investigación, y en este sentido, se utilizó como técnica básica de recolección de datos el análisis, recolección y fichado de fuentes documentales y bibliográficas diversas. Entre ellas, bibliografía de autores importantes, fallos relevantes al tema, Códigos argentinos, proyectos de ley, entre otras.

Por otra parte, también es menester enmarcar esta investigación dentro del reglamento interno de nuestra Universidad. Lo que este informe refleja puede encuadrarse dentro de lo que se denomina *Proyecto de Investigación Aplicada*. Es decir, se trata de una investigación que aborda una problemática determinada desde un cuerpo teórico y metodológico ya existente.

1.5 Estructura del trabajo

El informe final que sintetiza este trabajo se encuentra organizado en 6 capítulos.

Este primero, en el que se expone la introducción del estudio, esto es, tema, problema, justificación, objetivos, metodología. El segundo, orientado a establecer el régimen legal desde el punto de vista patrimonial-matrimonial de la sociedad conyugal. El tercero, conceptualizar la disolución de la sociedad conyugal, haciendo una revisión pormenorizada de sus distintas etapas: liquidación y partición. El cuarto, conducente a ingresar de lleno a la problemática del presente trabajo, los convenios de liquidación,



analizando su evolución, naturaleza jurídica, estructura. El quinto, contiene un análisis comparativo con legislaciones de otros países, derecho comparado. El sexto y último capítulo contiene las conclusiones del trabajo. Finalmente, se presenta la bibliografía y un anexo con los fallos que se analizaron.



CAPITULO 2

REGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL



2.1 Régimen Patrimonial Argentino:

2.2 Naturaleza Jurídica:

El artículo 1262 de nuestro Código Civil señala: “La sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo que está expresamente determinado en este Título.

Asimismo, el artículo 1648 del Código Civil, define a la sociedad diciendo que, “Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado”. Ahora bien, ¿es posible conciliar estos dos artículos?.

La naturaleza jurídica de la “sociedad conyugal”, antes de la ley 17.711 había presentado un gran abanico de desacuerdos doctrinarios.

El Dr. Belluscio, considera que es preciso distinguir entre la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal en sí, y la existencia o no existencia de su personalidad ideal².

El Dr. Mazzinghi, sostiene que la asimilación de la sociedad conyugal al contrato de sociedad encuentra tres obstáculos en el Código, que considera insuperables, a saber, la falta de un capital social propiamente dicho, la falta de un fin lucrativo y la falta de origen consensual³.

Para el Dr. Zannoni, la llamada sociedad conyugal no constituye un patrimonio que se impute unitariamente a un ente o sujeto y, en consecuencia, carece de sustantividad univoca en nuestro Derecho; el régimen patrimonial del matrimonio – opina- implica una suma de relaciones de diversa naturaleza que parten de la consideración del patrimonio de cada cónyuge en forma autónoma, sin perjuicio de aceptar la nomenclatura legal para el régimen mismo⁴.

²Méndez Costa, María Josefa, Ferrer Francisco A. M., D’Antonio Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. Pág., 69. Citando a Belluscio “Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal”, en J. A. 5-1970-866, en particular VIII, y a su Manual...cit., t.2 &323 a 326.

³Méndez Costa, María Josefa, Ferrer, Francisco A. M., D’Antonio Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. Pág., 69. Citando a Mazzinghi, ob. Y lug. Cits., t. 2 &259.

⁴Méndez Costa, María Josefa, Ferrer Francisco A. M., D’Antonio, Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. Pág., 69. Citando a Zannoni, Derecho de Familia...cit., t. 1 &376.



Analizando las distintas posturas, no podemos negar que en nuestro Código aún permanecen elementos de la sociedad conyugal como “sociedad”, por las razones de que el artículo 1262 del Código Civil, todavía no ha sido objeto de modificación. Por lo tanto se lo sigue ubicando dentro de los contratos, y su origen voluntario se encuentra en la voluntad matrimonial creadora de todos los efectos del vínculo.

Esta idea es admisible por el simple hecho de que la sociedad conyugal es asimilable a una sociedad en donde ambos cónyuges realizan esfuerzos, con la aspiración de poder disfrutar esos resultados obtenidos, tal como si se hablara de una sociedad en donde los socios deberían soportar las pérdidas y percibir las ganancias obtenidas por ambos.

Por lo tanto, podemos concluir que el término “sociedad conyugal” es sinónimo de régimen patrimonial matrimonial, y la asimilación con el contrato de sociedad actualmente devendría superflua.

2.3 Personalidad Jurídica:

Se ha discutido en doctrina si es posible considerar a la sociedad conyugal como una persona distinta de los esposos en la actuación jurídica.

Esto pudo ser resuelto después de 1968, cuando el artículo 33 del Código Civil reconoce expresamente la personalidad jurídica de carácter privado a las sociedades civiles y comerciales. Por lo tanto podríamos decir que la sociedad conyugal gozaría también de personalidad jurídica, si aplicáramos el artículo 1262 de nuestro Código.

Sin embargo, esta conclusión no sería definitiva, ya que la sociedad comercial accidental o en participación no posee personalidad jurídica, según el artículo 361 de la ley 19.550, en virtud de no gozar de denominación social y no ser sujeto de derecho.

Por lo tanto la sociedad conyugal al no tener nombre, nacionalidad, patrimonios distintos de sus miembros que la componen, domicilio, al no ser deudora ni idónea para estar en juicio y al no ser titular de derechos, no sería la única que no tendría personalidad jurídica, y podría considerársela también bajo un tipo de excepción.

Por tal motivo, jerarquizados autores continúan sosteniendo la personalidad jurídica de la sociedad conyugal vigente el régimen patrimonial, tales como los Dres. Llambias y Fassi y Bossert⁵, como así también la jurisprudencia⁶.



2.4 Bienes de los Cónyuges

Siguiendo el esquema de la Dra. María Josefa Méndez Costa⁷, los bienes pueden clasificarse de la siguiente manera:

2.4.1).- Bienes Propios

Son aquellos bienes llevados por los cónyuges y los adquiridos gratuitamente durante el matrimonio. Esta definición se puede deducir de los artículos 1263 y 1271 del Código Civil.

2.4.1.1 Clasificación:

1).- Aquellos bienes que fueron aportados al matrimonio:

*Al momento de la celebración del matrimonio, los que pertenecen a los cónyuges, por ejemplo las joyas que recibió la novia por el marido.

*Los traídos al patrimonio de los cónyuges después de la celebración del matrimonio, por un título o causa anterior a esta.

2).- Bienes obtenidos gratuitamente durante el matrimonio:

Son aquellos incorporados por uno de los cónyuges por herencia, legado o donación. Pueden tratarse de donaciones con cargo, donaciones remuneratorias por servicios que no confieren acción contra el donante.

3).- Bienes adquiridos por subrogación real:

Son aquellos que reemplazan a los bienes propios, por ejemplo aquellos que son vendidos o permutados por otros, o indemnizaciones por expropiación de bienes propios, o aumentos materiales que acrecen un bien propio por aluvión, edificación, plantación, etc. (art. 1266 Código Civil).

4).- Bienes adquiridos por accesión:

Son aquellos bienes propios, muebles o inmuebles que se acrecientan por adherencia natural o artificial.

⁵Méndez Costa, María Josefa, Ferrer, Francisco A. M., D'Antonio Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. Pág., 72. Citando a LLambias, Estudio...cit., Cap. IV, N° 6, en especial, ps. 363, 364; FASSI Y BOSSERT, ob. Cit., Introducción, en especial &94.

⁶ STJ de Santa Fe, sala II, 8-8-41, L. L. 23-602; CNCIV., sala C, 10-10-60, L. L. 101-78; SCJBA, 26-3-63, L. L. 111-382; C1°CCOM. De San Isidro, sala I, 13-7-76, L. L. 1976-D-565.

⁷Méndez Costa, María Josefa, Ferrer, Francisco A. M., D'Antonio Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. Pág. 81 a 128.



5).- Derechos intelectuales, Patentes de Invención o Diseños Industriales:

El artículo 1272, último párrafo del Código Civil, dispone que “Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial”.

6).- Bienes propios en general:

- * Indemnizaciones por daño personal y moral;
- * Objetos de uso personal, por ejemplo la vestimenta, joyas, papeles personales, etc.;
- * Instrumentos de trabajo;
- * Derecho a la jubilación o pensión;
- * Premios por seguros de vida;
- * Establecimientos comerciales, rurales;

2.4.2).- *Bienes Gananciales*

El artículo 1271 del Código Civil define a estos, diciendo que son aquellos existentes a la disolución de la sociedad, si no se puede probar que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación.

2.4.2.1 Clasificación:

- * Bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges.
- * Los adquiridos por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etc.
- * Los frutos naturales o civiles de los bienes comunes, o de los propios de cada uno de los cónyuges, percibidos durante el matrimonio, o pendiente al tiempo de concluirse la sociedad.
- * Los que recibiese alguno de los cónyuges, por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio.
- * Las mejoras que durante el matrimonio, hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges.
- * Lo que se hubiese gastado en la redención de servidumbres, o en cualquier otro objeto de que solo uno de los cónyuges obtenga ventajas.



* Lo producido por derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales.

* El tesoro encontrado por el marido o La mujer en predio de uno o de otro, o la parte que correspondiere al propietario del tesoro hallado por un tercero en predio del marido o de la mujer.

* Los productos de las minas, si han sido arrancados y extraídos durante la vigencia del régimen.

2.4.3).- *Bienes Mixtos*:

Son aquellos que en parte son propios y en parte gananciales, es decir una porción alícuota es propia y la otra ganancial.

Dentro del régimen patrimonial matrimonial se puede apelar a la importancia conferida a la época en que se produjo la causa o título de la adquisición (art. 1267 del Código Civil), a la subrogación real y a la accesión (art. 1266 del Código Civil) y a la admisión de recompensas entre cónyuges que permiten restablecer el equilibrio patrimonial. Asimismo, se puede decir que el régimen de gestión está elaborado para propios y gananciales, no para bienes “mixtos”. Dentro de la reglamentación de las cosas es invocable la distinción entre cosas principales y accesorias.

Los bienes que ofrecen la dificultad pueden haber sido adquiridos:

- a) Por uno de los cónyuges empleando bienes propios y gananciales de su gestión;
- b) Por ambos cónyuges, ya sea aportando bienes propios o gananciales de uno y otro o bienes propios de uno y bienes gananciales del otro: en estos supuestos, el bien adquirido pertenece en condominio a los esposos.

El Dr. Mazzinghi, afirma acertadamente que la calificación de propio o ganancial no recae sobre la cosa objeto de condominio sino sobre las porciones indivisas, de manera que este condominio de naturaleza mixta por estar integrado por partes propias y partes gananciales no implica una calificación dual⁸.

⁸ Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, cit., t. II, nro. 255, p. 170.



Resulta muy complejo poder desentrañar la naturaleza de ciertos bienes, ya que podría suceder que uno de los cónyuges compre un inmueble, abonando el precio parte con dinero heredado, y parte con dinero proveniente de honorarios profesionales suyos. En estas circunstancias convendrá apelar a la importancia conferida a la época en que se produjo la causa o título de la adquisición (art. 1267 y correlativos del Código Civil), a la accesión y a la subrogación real (art. 1266 Código Civil) y a la admisión de recompensas entre cónyuges que permiten restablecer el equilibrio patrimonial.



CAPITULO 3

FIN DE LA COMUNIDAD



3.1 Disolución de la Sociedad Conyugal

3.1.1 Concepto

La disolución de la sociedad conyugal es la cesación del vínculo conyugal válido.

La disolución supone la existencia, validez y plena vigencia del matrimonio y la causa motivante va a ser sobreviniente al matrimonio acto.

La disolución no se vincula con la estructura del matrimonio acto⁹, sino con el matrimonio estado¹⁰, porque debe tenerse en cuenta que lo que se disuelve es un matrimonio que nació eficazmente al mundo jurídico, cumpliendo todos los requisitos de validez que la ley le impone.

De allí que, a nuestro juicio, la nulidad no es una causal de disolución del matrimonio, porque la misma encuentra su fundamento en la ineficacia del acto jurídico por padecer un vicio que lo tornó inválido.

En el supuesto de existir nulidad en el acto, esto resulta por no cumplir con todos los requisitos legales para que este sea eficaz.

En la nulidad el vicio era anterior o contemporáneo con el mismo acto de celebración.

Empero, no ha sido pacífica la doctrina respecto de la distinción precedentemente efectuada, pues muchos autores, en el derecho comparado, tales como España y Portugal, consideran como causal de disolución del matrimonio también a la nulidad.

⁹ El matrimonio acto, también llamado *in fieri* por el derecho canónico, es el acto jurídico familiar constitutivo, es decir un acto jurídico bilateral celebrado entre un varón y una mujer ante el oficial público competente. Moreno Rodríguez, Rogelio. “Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales”. Editorial Depalma. Bs. As., 1974. Pág., 264

¹⁰ El matrimonio estado, denominado por los canonistas *in facto esse*, es la relación jurídica que se genera como consecuencia del matrimonio acto. Moreno Rodríguez, Rogelio. “Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales”. Editorial Depalma. Bs. As., 1974. Pág., 264.



3.1.2 Evolución histórica

Analizaremos las distintas etapas históricas de la disolución del matrimonio en nuestro derecho civil.

3.1.2.1) *El Código Civil y la Ley 2393.*

El art. 219, del Código Civil, disponía: *"El matrimonio válido no se disuelve, sino por muerte de uno de los cónyuges"*.

Vélez Sarsfield admitió una sola causal de disolución: la muerte.

Igual criterio observó la ley 2393, pues en el art. 81, estableció que la muerte era la única causal de disolución del matrimonio, disponiendo en el art. 83 que *"el fallecimiento presunto del cónyuge ausente o desaparecido no habilita al otro esposo para contraer nuevo matrimonio"*.

Asimismo dispuso que hasta tanto no se acreditare el fallecimiento del ausente o desaparecido, no se consideraba disuelto el matrimonio.

3.1.2.2) *La Ley 14394*

La ley 14394, modificó la ley 2393, consagrando en el art. 31 dos nuevas causales de disolución del matrimonio: el matrimonio del cónyuge presente del declarado ausente con presunción de fallecimiento y el divorcio.

Así dispuso: *"La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento autoriza al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraer estas segundas nupcias. La reaparición del ausente no producirá la nulidad del nuevo matrimonio."*

"También transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al juez que la dictó pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial, si con anterioridad, ambos cónyuges no hubiesen manifestado por escrito al juzgado que se han reconciliado. El juez hará la



declaración sin más trámite, ajustándose a las constancias de autos. Esta declaración autoriza a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias. Cuando el divorcio se hubiere declarado con anterioridad a esta ley, el derecho a que se refiere el apartado precedente podrá hacerse valer a partir de los noventa días de la vigencia de la misma y siempre que hubiere transcurrido un año desde la sentencia”.

3.1.2.3) El Decreto 4070/1956.

El 1° de Marzo de 1956, se dictó el dec.-ley 4070, que suspendió la causal de divorcio vincular.

Dispuso en el art. 1: *“Declárese en suspenso hasta tanto se adopte sanción definitiva sobre el problema del divorcio, la disposición del art. 31, ley 14394, en cuanto habilita para contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas a las que el texto se refiere”.*

3.1.2.4) La reforma introducida por la Ley 23515

La ley 23515, incorporó el divorcio vincular.

Por lo tanto el art. 213, del Código Civil, reformado por la ley citada dispone: *“El vínculo matrimonial se disuelve: 1) por la muerte de uno de los esposos, 2) por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento. 3) Por sentencia de divorcio vincular”.*

3.1.3 Causales que operan de pleno derecho:

3.1.3.1) Muerte de uno de los cónyuges

El artículo 213 inc. 1° del Código Civil enumera como una de las causales donde se disuelve el vínculo matrimonial, la muerte de uno de los esposos. Al momento del fallecimiento, opera la disolución de la comunidad (artículo 1291 Código Civil) dándose paso al inventario, tasación y división de los bienes, según las normas del



derecho sucesorio. Si llegara el caso que el cónyuge supérstite y los herederos del pre-muerto no proceden a la liquidación y partición, se origina entre ellos una indivisión.

3.1.3.2) Muerte presunta del cónyuge

Al declararse la muerte presunta esta no disolvería el matrimonio, pero daría cuatro situaciones que harían disolver la sociedad conyugal. Las tres primeras operarían de pleno derecho.

* Sentencia de declaración de muerte presunta: dictada la sentencia que declara la muerte presunta de una persona, su cónyuge y cualquiera de los herederos puede pedir la liquidación de la sociedad conyugal.

* Vencimiento del plazo de prenotación: transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, u ochenta años desde el nacimiento de la persona, quedara sin efecto la prenotación prescripta pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes. La sociedad queda concluida de pleno derecho y podrá liquidarse.

* Matrimonio del cónyuge del muerto presunto: la declaración de muerte presunta de un cónyuge autoriza al otro a contraer matrimonio quedando disuelto el primer vínculo matrimonial al celebrarse las segundas nupcias, las que no serán afectadas en su validez por la reaparición del presuntivamente fallecido.

3.1.3.3) Nulidad del Matrimonio

El art. 129 del Código Civil, dispone que la nulidad es una de las causales de disolución de la sociedad conyugal.

A los fines de analizar los efectos que la misma tiene respecto del régimen patrimonial del matrimonio debemos distinguir, los diferentes supuestos contemplados en los arts. 221 a 223 del Código Civil.

a) Buena fe de ambos cónyuges.

Si ambos cónyuges son de buena fe, el matrimonio anulado producirá todos sus efectos hasta el día en que quedó ejecutoriada la sentencia.



Por tanto la sociedad conyugal se disolverá a partir de ese día, debiendo para ello observarse las pautas establecidas en el art. 1306 del Código Civil, según lo dispone el art. 221, inc. 2 del Código Civil lo que significa que existió una sociedad conyugal, que con la sentencia de nulidad se disolvió de pleno derecho (art. 1291 Código Civil) y que para su liquidación deberán observarse la pautas establecidas en los arts. 1312 y 1315 Código Civil.

b) *Buena fe de uno de los cónyuges y mala fe del otro.*

En este caso el art. 222 Código Civil, dispone que el matrimonio producirá hasta el día de la sentencia todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto del de buena fe.

En cuanto a los bienes el inc. 3 confiere al cónyuge de buena fe el derecho para optar: 1) Por la conservación de cada uno de los cónyuges de los bienes por él adquiridos o producidos antes o después del matrimonio. 2) Liquidar la comunidad integrada con el de mala fe mediante la aplicación del art. 1315 Código Civil 3) Exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge, a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos, como si se tratase de una sociedad de hecho.

Es decir, que el cónyuge de buena fe puede elegir según más le convenga entre, liquidar según las normas de la comunidad o según las reglas de la sociedad de hecho, y aun tiene una tercera posibilidad, conservar los bienes que cada uno produjo o adquirió antes o después del matrimonio.

c) *Mala fe de ambos cónyuges.*

El art. 223, inc. 1 del Código Civil, reputa a la unión conyugal de dos cónyuges de mala fe, cuando se hubiera declarado su nulidad, como un concubinato.

Acto seguido en el inc. 2 establece que en cuanto a los bienes se procederá como si se tratase de una sociedad de hecho, si se probasen aportes de los cónyuges, quedando sin efecto alguno las convenciones matrimoniales.

En este caso, lisa y llanamente no ha existido sociedad conyugal, y tampoco necesariamente pudo haberse constituido una sociedad de hecho.



Sin embargo la norma establece que debe procederse luego de la sentencia, a la liquidación de los bienes como si se tratara de una sociedad de hecho.

Empero, como señala el Dr. Mazzinghi, se trata de dos situaciones independientes, la nulidad del matrimonio por mala fe de ambos, y la presunta sociedad de hecho de los cónyuges, pues ambas no están inexorablemente vinculadas¹¹.

Así la sociedad de hecho, si existió, puede continuar y recién se va a disolver cuando alguno de los socios lo requiera.

3.1.3.4) Separación Personal

El artículo 1306 establece que la sentencia de separación personal produce de pleno derecho la cesación del régimen legal de bienes con efecto retroactivo a la fecha de la notificación de la demanda, en los casos de separación personal contenciosa (artículo 202 C.C.), de separación personal por la causal de enfermedad mental, drogodependencia o alcoholismo del cónyuge (artículo 203 C.C.) o por separación de hecho (artículo 204 C.C.) y, por disposición expresa, a la fecha de la presentación conjunta en el supuesto del artículo 205 C.C., quedando siempre a salvo los derechos de terceros de buena fe que no son afectados por la retroactividad de la sentencia.

3.1.3.5) Divorcio

Siguiendo las ideas de la Dra. María Josefa Méndez Costa, la causal queda configurada con la sentencia de divorcio vincular decretado en juicio contencioso por alguna de las causales del artículo 202 del Código Civil, y de separación de hecho (art. 214) o por presentación conjunta¹².

3.1.4 Causales que operan a instancia de parte:

3.1.4.1) Mala Administración y Concurso del Marido

El artículo 1294 del Código Civil contempla esta causal. Consiste en la gestión ineficiente de los bienes, causada por la falta de aptitudes o de diligencia del

¹¹ Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, cit., t. II, nro. 392, ps. 504 y ss.

¹² Méndez Costa, María Josefa, Ferrer, Francisco A. M., D' Antonio Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. Pág., 255.



administrador, por su actitud dispendiosa o por su ánimo de perjudicar al cónyuge, exteriorizada en actos determinados que, aun sin causar la ruina del patrimonio, comporten un peligro serio y efectivo para el derecho del otro a compartir los gananciales del mal administrador al extinguirse la sociedad conyugal¹³.

La Dra. Grosman¹⁴ distingue un elemento objetivo y otro subjetivo, abarcando en el primero los hechos externos sintomáticos de una situación económica irregular y, en el segundo, la responsabilidad que cabe al cónyuge por esos resultados. Sostiene que la diferencia entre ambos elementos, si bien difícil de establecer en la práctica, es indispensable por qué no podría calificarse dentro de la causal la presencia de hechos lesivos al patrimonio derivados, no de la mala fe o negligencia del administrador, sino de hechos ajenos a su voluntad como las contingencias económicas que afectan al país o a una determinada área de la economía.

El concurso de un cónyuge como causal de disolución de la sociedad conyugal se configuraría con el auto de apertura del concurso, subsistiendo hasta la rehabilitación del fallido. La causal reside en los riesgos que comporta para el no concursado mientras no se especifique expresamente en la ley el régimen de los patrimonios de los esposos, en el periodo desde la disolución hasta la partición de los bienes gananciales.

3.1.4.2) Abandono de hecho

Interrupción unilateral e injustificada de la convivencia persistente hasta la sentencia que decreta la separación de bienes.

3.1.4.3) Curatela de uno de los cónyuges por un tercero

El artículo 1289 y 1290 del Código Civil, autorizan a la disolución de la sociedad conyugal cuando uno de los cónyuges fuera declarado interdicto y tuviera a un tercero como curador. Para la realización de cualquier acto se requiere el asentimiento conyugal, y al depender de la voluntad de un tercero o de la autorización judicial, esto lo haría más complejo.

¹³Méndez Costa, María Josefa, Ferrer Francisco A. M., D'Antonio Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. Pág., 261.

¹⁴ Méndez Costa, María Josefa, Ferrer, Francisco A. M., D'Antonio, Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. Pág., 261. Citando a Grosman, Cecilia, La mala



3.1.4.4) Muerte presunta

Consiste en que cualquiera de los cónyuges después de la declaración de muerte presunta del otro y antes de que se produzca la disolución de la sociedad conyugal por vencimiento del plazo de prenotación o segundo matrimonio del presunto viudo, puede solicitar la separación de bienes.

3.1.4.5) Acción de separación de bienes

La ley no contiene disposiciones relativas a la acción de separación de bienes, por lo tanto corresponde aplicar lo establecido para la acción de separación personal y de divorcio en los aspectos patrimoniales, ya que si bien no se trata de una acción de estado sino de una acción de ejercicio de estado, se desenvuelve y opera en forma similar que aquellas.

La sentencia de separación de bienes no es óbice para que después de obtenida se entable la acción de separación personal o de divorcio. La sentencia de separación de bienes extingue la sociedad conyugal y la reemplaza por el régimen de separación de bienes, siendo posible la reconstitución de aquella.

Los efectos del fallo son retroactivos a la fecha de la notificación de la demanda de separación de bienes, por aplicación analógica del art. 1306, primer párrafo del Código Civil.

3.2) Liquidación de la Sociedad Conyugal

En el régimen matrimonial existen dos masas de bienes administradas por cada uno de los esposos, compuestas cada una de ellas por los bienes propios de ese cónyuge, y por los gananciales, los cuales adquirieron con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo (art. 1276 Código Civil). Ambos esposos tendrán un derecho eventual sobre el cincuenta por ciento del total de los bienes gananciales, y mientras no se llegue a la disolución y a la correspondiente liquidación, los bienes pertenecen a aquel que figura como titular de los mismos.

Acaecida la disolución de la sociedad, se pondrá fin al régimen de comunidad entre los esposos respecto a los bienes gananciales, y la mujer no tendrá parte alguna en

administración de un cónyuge como causal de separación de bienes, en Tribunales N° 8, 1988, ps. 7 y ss., V.



lo que en adelante ganare el marido, ni éste en lo que ella ganare (art. 1301 Código Civil).

Para que se produzca, deberán concluirse los negocios que pudieran encontrarse pendientes, abonar el pasivo que los esposos tuvieran con respecto a terceros, y ajustar las cuentas entre los cónyuges y la sociedad conyugal.

El momento de la liquidación comprenderá los siguientes actos:

- * Inventario de los bienes gananciales;
- * Determinación y pago de las deudas de cada cónyuge ante terceros;
- * Dilucidación del carácter ganancial o propio de algunos bienes
- * Determinación de las recompensas que se adeuden entre sí, las masas gananciales y las masas propias;
- * Estimación del valor de los bienes comunes.

3.2.2 Concepto

Según la Dra. María Josefa Méndez Costa, sostiene que la liquidación de la sociedad conyugal podría definirse como el conjunto de operaciones que se realizan para posibilitar la partición de los bienes gananciales asegurando a cada cónyuge la satisfacción del derecho que les confiere el artículo 1315 del Código Civil ¹⁵.

3.2.3 Momento de la valuación

A los fines de la partición, el valor de los bienes debería apreciarse, al momento de la efectiva liquidación y no al momento de la disolución de la sociedad. Esto en razón de la gran inflación que afecta día a día a nuestro país.

3.2.4 Teoría de las recompensas¹⁶

Durante el matrimonio no interesa el origen del dinero con el cual se pagan los gastos propios o comunes de los cónyuges y su familia. Esto si tiene importancia a la época de la disolución.

En la familia antigua, no se admitía compensación alguna. El marido disponía soberanamente los bienes; el patrimonio que quedaba a la época de la liquidación era dividido entre los cónyuges, sin que la mujer pudiera hacer reclamaciones acerca de la

¹⁵ Méndez Costa, María Josefa, Ferrer, Francisco A. M., D' Antonio Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. Pág. 294.



forma y destino de las inversiones y gastos. La necesidad de proteger a la mujer contra los abusos del marido, y el proceso de emancipación de la mujer por el que paso a administrar ella también una parte de los bienes comunes, fueron los desencadenantes para emprender una urgente revisión del sistema. El origen de la teoría de las recompensas se sitúa en el siglo XVI y fue enunciada por POTHIER¹⁷ en dos reglas esenciales que constituyen la medula del sistema incorporado al Código Napoleón: *cada uno de los cónyuges es, al tiempo de la disolución de la comunidad, acreedor de todo aquello con lo cual ha enriquecido a la comunidad a sus expensas, durante el tiempo que ella ha durado; y a la inversa todas las veces que uno u otro de los cónyuges se ha enriquecido a expensas de la comunidad, él debe recompensa.*

3.2.5 Casos en que procede la teoría de las recompensas¹⁸

a) Mejoras: Cuando en el bien propio de uno de los cónyuges se hayan hecho mejoras, hay derecho a compensación. Esto surge del artículo 1272, apartado penúltimo del Código Civil, según el cual, las mejoras que durante el matrimonio hayan dado mayor valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges, son gananciales. Como tales mejoras tienen carácter accesorio y no alteran el carácter propio del bien, esta disposición sólo puede cumplirse por vía de compensación. Los casos son múltiples:

- 1.- Mejoras hechas en un bien propio con dinero ganancial, el cónyuge propietario debe al otro la mitad del valor de las mejoras;
- 2.- Mejoras hechas en un bien propio con dinero propio del otro cónyuge, el propietario le debe la totalidad de su valor;
- 3.- Mejoras hechas en un bien ganancial con dinero propio de uno de los cónyuges, la comunidad debe a dicho cónyuge su valor;
- 4.- Mejoras hechas en parte con dinero ganancial y en parte con dinero propio de uno de ellos, la compensación se hará en proporción al monto de la contribución respectiva.

b) Redención de derechos reales: Se debe compensación cuando se redime una servidumbre o usufructo o se cancela una hipoteca o prenda que gravaba el bien de uno

¹⁶ Gustavino, “El sistema de indemnizaciones o recompensas de la sociedad conyugal”, Revista Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, núms. 98-99, ps. 344 y s.-

¹⁷ Pothier, t. 8, nums. 607 y 613.

¹⁸ Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil-Familia v. 1, La Ley, 10ª ed., BsAs., 2008, pág. 391/393.



de los cónyuges con dinero ganancial o del otro cónyuge y, a la inversa, cuando tales gravámenes pesaban sobre un bien ganancial y cuya liberación se llevó a cabo con dinero propio de uno de los cónyuges.

c) Legado del bien ganancial: Cuando uno de los cónyuges lega un bien ganancial, la parte del otro será salvada en la cuenta de división de la sociedad conyugal (artículo 3753 Código Civil).

d) Bienes adquiridos con fondos de distinto origen: Cuando se ha adquirido un bien empleando simultáneamente fondos propios de los cónyuges y comunes, la propiedad será del cónyuge cuya parte del precio por él pagada es mayor, pero se reconocerá a la comunidad una recompensa; y a la inversa, si la parte mayor ha sido pagada con dinero de la comunidad, el bien pertenece a ésta, la que debe compensación al cónyuge que aportó dinero propio.

e) Deudas particulares de uno de los cónyuges pagadas con bienes del otro o de la comunidad: También hay lugar a compensación cuando la deuda personal de uno de los cónyuges ha sido pagada con bienes propios del otro o con gananciales cuya administración le está reservada a éste, pues de lo contrario se convalidaría una donación encubierta.

f) Acciones con derecho de preferencia: Es el caso en que uno de los cónyuges tiene con carácter de bien propio, un paquete de acciones que le aseguran un derecho de preferencia, a la suscripción de otras acciones en caso de nueva emisión. Supongamos que el accionista hace uso de su derecho de preferencia y adquiere nuevas acciones con dinero ganancial. Como la compra se ha hecho con este dinero, las acciones serán también gananciales en virtud del principio de la subrogación real; pero el cónyuge accionista tendrá derecho a una recompensa por el valor del derecho de preferencia.

g) Fondos de comercio: Si uno de los cónyuges ha aportado un fondo de comercio, los acrecentamientos de capital como consecuencia de la evolución normal y del trabajo del cónyuge tienen carácter propio; pero el cónyuge debe compensación a la comunidad por el importe de la valorización.



3.2.6 La recompensa en el Código Civil Argentino

En nuestro derecho, existe el derecho a recompensa al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, no obstante no existir preceptos expresos que la acojan.

En tal sentido, pueden señalarse los arts. 1259 y 1260 que a continuación transcribiremos:

Art. 1259: "Por lo que el marido o la sociedad adeudare a la mujer, ella sólo tiene una acción personal, sin hipoteca ni privilegio alguno, cuando el marido no le hubiese constituido hipoteca expresa".

Art. 1260: "La mujer puede probar el crédito que tenga contra los bienes del marido o de la sociedad conyugal, por todos los medios que pueden hacerlo los terceros acreedores personales, con excepción de la confesión del marido, cuando concurren otros acreedores".

Como se advierte, estas normas abordan el crédito que tiene la mujer contra el marido o la sociedad conyugal, igualmente el art. 1272 en el penúltimo párrafo, confiere la calidad de ganancial a lo que su hubiere invertido en la redención de servidumbres, o en cualquier otro objeto en que sólo uno de los cónyuges obtenga ventajas.

Por su parte, el art. 1280 también se ocupa de este tema cuando regula los abonos que el marido debe hacer a la sociedad, o ésta a aquél.

Asimismo, el art. 3753 regula el caso de legado de bien ganancial, disponiendo "la parte del otro cónyuge será salvada en la cuenta de la división de la sociedad".

3.2.7 Naturaleza Jurídica

Pothier consideró la compensación como un supuesto de aplicación del enriquecimiento sin causa¹⁹.

La doctrina francesa sostuvo que la obligación de recompensar encontraba su razón de ser en el enriquecimiento que había aprovechado el patrimonio de un cónyuge

¹⁹ Pothier, Robert, *Oeuvres*, Beauce, París, 1819, t. XI, ps. 428 y ss.; DUSSANTON, M. *Cours...*, cit., t. XIV, p. 473.



o de la propia comunidad a expensas de la comunidad o del otro cónyuge, lo que generaba la obligación de restituir al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal los valores aprovechados.

Sin embargo, hay quienes sostuvieron que la acción restitutoria que se deriva del enriquecimiento sin causa trasciende más allá de esta figura.

En tal sentido, conviene recordar que el enriquecimiento sin causa se funda en la falta de una causa lícita, es decir de una causa jurídica, o sea de unas de las fuentes de las obligaciones que menciona el artículo 499 del Código Civil.

Si bien el orden jurídico no impide, en principio, que se produzca el enriquecimiento sin causa, sí confiere, con el fin de evitar su consolidación, el deber jurídico de restituir a cargo del beneficiado, acordando al empobrecido la acción tendiente a restablecer el equilibrio patrimonial mediante un nuevo emplazamiento de sentido inverso, la denominada *actio de in rem verso*.

Sostiene Guastavino que el marco de las compensaciones que son debidas al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, trasciende el ámbito del enriquecimiento sin causa, por lo que mediando otras acciones para obtener la recompensa, la acción de *in rem verso* tiene carácter subsidiario²⁰.

Por su parte el Dr. Zannoni²¹, argumenta que la teoría de las compensaciones que se deben los esposos al liquidar la sociedad conyugal, no representan una pretensión restitutoria a favor de un cónyuge empobrecido frente a otro enriquecido a través de su participación en la comunidad a liquidarse o viceversa, pues las recompensas están comprendidas en el conjunto de operaciones que deben efectuarse con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, y no importan durante la vigencia de la comunidad un empobrecimiento actual de ninguno de los esposos. Afirma que el crédito que tiene a su favor un cónyuge cuando dispuso de un bien propio sin reinvertir los valores obtenidos, no se funda en el enriquecimiento de la comunidad, toda vez que es la propia dinámica de las relaciones que genera su liquidación" quien prevé la compensación.

²⁰ Guastavino, Elías, "El sistema de indemnizaciones o recompensas de la sociedad conyugal", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe*, Santa Fe, nro. 98-99, p. 359.

²¹ Zannoni, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. I, nro. 543, pág. 690/691.



Por tanto entiende que el ámbito en que operan estas compensaciones las muestra como créditos u obligaciones entre los cónyuges, y no entre los patrimonios, a causa de su participación en la comunidad de gananciales²².

Por eso, encuentra su fundamento en la norma del art. 1218 del Código Civil, cuando dispone: "toda convención entre los esposos, sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor".

En consecuencia, afirma que no estando admitida en nuestro derecho la renuncia anticipada al derecho a compensar por imperio de lo establecido en el art. 1218, la compensación viene a operar en función del orden público.

La Dra. María Josefa Méndez Costa²³ las define como "indemnizaciones entre los cónyuges con el propósito de asegurar a ambos esposos la exacta participación por mitades en los bienes gananciales, igualdad que puede haber resultado afectada por la gestión durante el régimen, tanto en detrimento de los gananciales y a favor de los propios, como en detrimento de los propios y a favor de los gananciales".

3.2.8 Extensión de su aplicación

No es unánime la doctrina en cuanto a la amplitud con que deben admitirse.

El Dr. Borda considera que la teoría de las recompensas debe ser aplicada en nuestro derecho con sumo cuidado y sólo en los casos en que lo dispone expresamente la ley, y cuando no hacerlo configuraría la violación a otros principios legales²⁴.

Afirma que este criterio restrictivo puede parecer lesivo al fundamento de equidad en que se basan las recompensas, pero en nuestro país en que existe una completa confusión de patrimonios en la vida práctica, donde marido y mujer se sienten dueños plenos de los bienes sin atender a su origen, la aplicación de un concepto amplio de la teoría de las recompensas ocasionaría graves injusticias.

²² Zannoni, Eduardo, ob. cit., Pág 35.

²³ Méndez Costa, María Josefa, D' Antonio, Daniel H., *Derecho de familia*, cit., t. II, nro. 22.1, p. 231.

²⁴ Borda, Guillermo A., *Tratado...*, cit., "Familia", t. II, nro. 470, ps. 383 y ss.



El Dr. Mazzinghi²⁵ considera que no debe admitirse un procedimiento indiscriminado, capaz de producir una grave intoxicación de la vida matrimonial.

Así afirma, si los gastos de cada uno de los cónyuges que hubiera beneficiado al otro debiera reflejarse en la liquidación de la sociedad conyugal, originándose un crédito a favor del primero, los cónyuges deberían desarrollar su vida patrimonial matrimonial con la intervención de un contador que llevara las cuentas prolijas de las celebraciones y su destino.

Y como tal régimen le resulta repugnante, al clima en que debe desarrollarse la vida matrimonial, sostiene que las recompensas deben estar limitadas a criterios que se compatibilicen con la esencia del matrimonio.

3.3 Partición de la Sociedad Conyugal

3.3.1 Concepto

Para la Dra. María Josefa Méndez Costa, esta puede definirse como el acto jurídico mediante el cual la porción ideal de gananciales de cada cónyuge se concreta en bienes determinados²⁶.

3.3.2 Reglas aplicables

Se aplican las de la división de las herencias, según artículo 1313 del Código Civil en los casos de disolución por muerte, y según artículos 1788 y 2698 del Código Civil para los restantes supuestos.

3.3.3 Legitimados

Pueden pedir la partición de los bienes gananciales en cualquier momento, los cónyuges, sus herederos o sus acreedores subrogatoriamente.

²⁵ Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, cit., t. II, nro. 439, pág. 606 y ss.

²⁶ Méndez Costa, María Josefa, Ferrer, Francisco A. M., D'Antonio Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. 2008. Pág. 324.



3.3.4 Proporción

Los gananciales se dividirán por iguales partes entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes alguno, según artículo 1315 del Código Civil. La partición judicial y extrajudicial que requiere ser homologada ha de ajustarse a la partición por mitades.

3.3.5 Modo de partirse

1).- Jurídica: Esta puede ser privada, judicial o mixta.

a).- Privada: según el artículo 1184, inciso 2° del Código Civil esta se formalizara en escritura pública. Pueden hacerlo tanto los cónyuges capaces, por si o por mandatario, los emancipados, como los inhabilitados civilmente cuya curatela ejerza un tercero.

b).- Judicial: se concreta ante el juez de la separación personal o el divorcio, de la separación de bienes o de la sucesión. Será necesario partirlo judicialmente cuando: no exista acuerdo entre los cónyuges para hacerlo privadamente, uno o ambos cónyuges sean incapaces, uno o ambos han sido declarados simples ausentes, un cónyuge esta civilmente inhabilitado y el otro es su curador, también podrá hacerse porque terceros interesados así lo exigen, o porque uno de los cónyuges se encuentra en concurso.

c).- Mixta: el Dr. Carlos Escribano afirma que denomina de esa manera a la partición por instrumento privado presentado al juez, porque se inicia por un acuerdo privado y se consuma mediante su presentación en juicio, y porque de tal manera se distingue mejor de las particiones privada y judicial²⁷. Asimismo, la Dra. Minyersky, sostiene que la homologación no es requisito de validez entre los esposos pero constituye el medio de control de los terceros²⁸.

2).- Material: Según el artículo 3475 bis del Código Civil, existiendo la posibilidad de dividir y adjudicar en especie, no se podrá exigir por los cónyuges la venta de los bienes, salvo cuando la división en especie convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes.

²⁷ Escribano, Carlos, “ Las hijuelas conyugales desaparejas”, cit., LA LEY, 1989-B,887,VI.

²⁸ Minyersky, Nelly, Convenios de liquidación de la sociedad conyugal, en Enciclopedia de Derecho de Familia cit., t. I-685, N° 8.



3.3.6 Capacidad de los cónyuges para practicarla

El artículo 3462 dispone que si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente. Es decir si los cónyuges son capaces, estos pueden practicar un acuerdo sobre la división de los bienes conyugales. Esto tuvo cabida en un viejo fallo plenario, dictado el 17 de Octubre de 1924, en el cual se resolvió que la partición efectuada por herederos mayores de edad (artículo 3462 del Código Civil), aprobada judicialmente y debidamente inscripta en el Registro de la Propiedad, tiene el sello autentico de los instrumentos públicos, y constituye un titulo perfecto, inatacable, que hace innecesaria la escritura pública²⁹.

Respecto a los menores de edad, como así también los emancipados, estos tampoco pueden practicar la división de bienes conyugales en forma extrajudicial, sino que deben hacerlo judicialmente, según lo establece el inciso 1° del artículo 3465 del Código Civil.

Caso contrario es el de los inhabilitados del artículo 152 bis del Código Civil, en donde estos, sí pueden realizar una partición extrajudicial, por no ser incapaces, aunque deben hacerlo con la conformidad de sus curadores, por tratarse de un acto de disposición de bienes.

3.3.7 Análisis respecto a los bienes

A continuación expondré la división propuesta por el Dr. Borda³⁰.

3.3.7.1).- Bienes propios:

Esta es la situación más clara y menos compleja de todas, ya que al disolverse la sociedad conyugal los bienes pertenecen exclusivamente a su dueño y el otro cónyuge no puede pretender sobre ellos ningún derecho. Con respecto a mejoras, si en un bien propio se han hecho mejoras con dinero ganancial, el cónyuge no propietario es acreedor a la mitad del valor de la mejora, ya que los gananciales deben partirse por mitades. Pero si el dinero fuere propio del otro cónyuge, éste tiene derecho a que se le

29 Fallo Plenario: “*Bollini de Battilana, Matilde v. Schóo Lastra, Oscar y otro*”; Tribunal: C. Nac. Civ., en pleno; 17/10/1924; Publicado: JA18-111. Disponible en: <http://compact.abeledoperrot.com>. Disponible en anexo del presente trabajo.



reintegre el total de su valor. La misma metodología se utilizaría en caso de servidumbre, hipoteca o prenda.

3.3.7.2).- Bienes gananciales:

Cada cónyuge actuara como liquidador de los bienes gananciales cuya administración le correspondía, con los poderes de un administrador de hecho con fines de liquidación (artículo 434 del Código de Comercio). Pero nada impide que el otro cónyuge tenga derecho a designar un representante o veedor con amplias facultades. Sin perjuicio de que el juez pueda designar un liquidador judicial si los actos de liquidación del cónyuge administrador causaren perjuicio al otro.

De los gananciales a partirse deben deducirse previamente las deudas legítimamente contraídas por el cónyuge administrador. Respecto de las obligaciones anteriores a la demanda no hay cuestión posible, pues, salvo la hipótesis de fraude, son plenamente válidas.

El mismo principio debe aplicarse al caso del concurso o de la disolución de la sociedad por causa de fallecimiento de uno de los cónyuges. El sobreviviente no puede pretender que el fallecimiento opere ipso iure la disolución y que por tanto, los acreedores del causante no puedan ejecutar la mitad que le corresponde al sobreviviente, ya que las deudas fueron contraídas legítimamente por el cónyuge administrador y los acreedores tienen derecho a ejecutar todos esos bienes.

3.3.8 Régimen procesal de la partición

El art. 1313 dispone, que el procedimiento a observarse para la partición de los bienes gananciales será el establecido para las herencias.

Por tal motivo, deberán observarse las siguientes etapas:

3.3.8.1) *Inventario y avalúo de los bienes*

Cuando se tratare de partición privada, el inventario puede ser suplantado por la denuncia de bienes efectuada por las partes.

³⁰ Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil-Familia v. 1, La Ley, 10ª ed., BsAs., 2008, pág.379.



Cuando se tratare de partición judicial deberá efectuarse por escribano público designado por acuerdo de partes, o en su defecto por el juez.

En cuanto el avalúo de los bienes deberá efectuarse por perito tasador, designado de común acuerdo por las partes, o en caso contrario será designado por juez interviniente.

El valor de los bienes debe estimarse al momento actual en que se practica la tasación y no al momento de la disolución de la sociedad conyugal, por cuanto en épocas inflacionarias o de continuas distorsiones de los valores, resulta más equitativo este criterio.

3.3.8.2) *Designación de partidor*

Debe designarse perito partidor según lo establece el art. 3468, que dispone: "*La partición de la herencia se hará por perito nombrado por las partes*".

3.3.8.3) *Cuenta particionaria*

La cuenta particionaria es la operación que se practica por el perito partidor, una vez realizado el inventario y avalúo, oportunidad en que realiza el cómputo de la masa contable a los fines de la partición de los bienes.

Por tanto, la cuenta deberá observar lo normado en el art. 3469 del Código Civil, que expresamente dispone: "*El partidor debe formar la masa de los bienes hereditarios, reuniendo las cosas existentes, los créditos, tanto de extraños como de los mismos herederos, a favor de la sucesión, y lo que cada uno de éstos deba colacionar a la herencia*".

En primer lugar, deberá realizar las constancias de los *prenotados*, esto es, una sucinta relación del expediente haciendo constar la fecha de presentación y notificación de la demanda o la fecha de la presentación conjunta, en su caso, y la sentencia.

Luego realizará el *cuerpo general de bienes*, que detallará cada uno de los que integran el acervo de la sociedad conyugal y el valor asignado.



La sumatoria del valor de todos los bienes establecerá el valor total del cuerpo general de bienes.

Igualmente, confeccionará las *bajas generales*, esto es, las deudas comunes, como así formalizará las reservas para atender a los gastos según lo establece el art. 3474 del Código Civil.

Por último, procederá a la *adjudicación* mediante la formación de dos hijuelas, debiendo previamente oír a los cónyuges a los efectos de conciliar en lo posible sus pretensiones y obrar conforme a todo lo que acordaren.

3.3.9 Principio de división en especie

El Código de Vélez Sarsfield no tenía consagrada una regla que dispusiera el principio de división en especie, como lo había establecido en el art. 826, el Código Francés.

Ello no obstante, se mantuvo el criterio de que la división en especie debía ser la regla a seguir, pues se consideró que éste era el medio ordinario, y excepcionalmente se podía recurrir a la enajenación de los bienes.

Por lo demás, primaba el criterio que no se trataba de la mera división de valores, sino que también los bienes que se partían tenían una carga de significación moral y afectiva.

Esta regla se consideró de aplicación analógica al matrimonio, así lo ha establecido la Cámara Nacional Civil de Buenos Aires, sala E, el 7/5/1965, cuando resolvió: "A la sociedad conyugal también es aplicable el principio de que la división de cosas particulares debe hacerse en especie"³¹.

Fue así que al dictarse la ley 17711 se incorporó el art. 3476 bis al Código Civil, que acogió la división en especie y que expresamente dispone: "*Existiendo la*

³¹ CNciv., sala E, 7/05/1965, La Ley 120-909, sum. 12547-S.



posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir por los coherederos la venta de ellos”.

Por tanto la división en especie está impuesta como una regla de la cual no es posible apartarse sin graves razones.

Debe tenerse presente que el Código en el art. 1324 consagra que nadie está obligado a vender sino cuando se encuentre en una necesidad jurídica de hacerlo. El inc. 3 contempla un supuesto de excepción a esta norma para el caso de la venta forzosa de una cosa que fuese indivisible y perteneciese a varios individuos y alguno de ellos exigiera el remate.

Por tanto el cónyuge puede hacer valer su derecho de dividir los gananciales en especie, aun cuando el otro se oponga sin justa causa.

La división en especie no encuentra obstáculo cuando existe más de un bien, pues el menor valor de uno se puede compensar con el aporte en una suma de dinero que equilibre las adjudicaciones.

En cambio, se torna más dificultoso cuando existe un solo bien ganancial, en cuyo caso nada se opone a que se le adjudique a éste la totalidad del mismo, y se compense la porción entregando un bien propio o abonando en dinero de contado su valor.

Por otra parte también, de existir un solo inmueble, éste podrá dividirse en especie si tiene las medidas apropiadas y su aprovechamiento y uso no se convierta en antieconómico y reúna la superficie mínima de la unidad económica.

Debe tenerse presente que los cónyuges al dividir en especie deben procurar mantener el valor en el mercado del bien que pretendan dividir, pues de lo contrario además de las contingencias disvaliosas de todo divorcio o separación de bienes, se uniría la licuación de su patrimonio ganancial.

No obstante, si no fuera posible mantener la división en especie, deberá procederse a la venta privada o a la subasta pública judicial.



Respecto de la venta privada, si la misma debe disponerse en el proceso de partición judicial, será menester actualizar la valuación del bien para tomarlo como parámetro a los fines de evitar futuros conflictos respecto del precio al momento de concretar la operación.

3.3.10 Bienes indivisibles

3.3.10.1) Bien de familia

El art. 37, ley 14394, dispone la inenajenabilidad del bien de familia cuando establece: *"El bien de familia no podrá ser enajenado..."*.

No obstante el art. 49 posibilita la desafectación del bien de familia y consecuentemente queda expedita la posibilidad de venta a instancia del propietario con la conformidad de su cónyuge o por disposición judicial siempre que el interés familiar no resulte comprometido.

En consecuencia si existiere un bien de familia y no se lograra su desafectación no podrá procederse a su venta, permaneciendo el mismo indiviso y en condominio, a excepción de que pudiera adjudicarse el mismo a uno de los cónyuges³².

3.3.10.2) Hogar conyugal

Tratándose de un bien ganancial en el que se encuentre radicado el hogar conyugal, por aplicación del art. 1277 del Código Civil, para disponer del mismo necesitará el cónyuge titular la autorización del no disponente, pero ello no es impedimento para que el bien pueda ser adjudicado en una de las hijuelas a uno de ellos, y si no mediare acuerdo debe preferirse en la adjudicación al cónyuge que tiene la tenencia de los hijos y vive con ellos en dicho bien, resultando este indiviso.

Por tanto, el art. 1277, declara subsistente la necesidad del asentimiento del otro cónyuge para disponer del inmueble aun cuando éste le hubiera sido adjudicado a uno

³² Guaglianone, Aquiles, *Teoría de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal en el derecho argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1965, nros. 416 y ss., p. 391.



de los cónyuges en la partición, siempre que el bien permaneciera ocupado por los hijos menores o incapaces³³.

Entendemos que si no existieren más bienes gananciales que el inmueble único, puede disponerse el estado de indivisión forzosa por aplicación del art. 2715, Código Civil.

No obstante la jurisprudencia de nuestros tribunales ha resuelto autorizar en estos supuestos la venta cuando no produjere daños al interés familiar. En tal sentido la Cámara II de Apelaciones de Mercedes el 1º/8/1968 resolvió: "Procede en la liquidación de la sociedad conyugal la subasta del inmueble en que está radicado el hogar conyugal, y no obstante haber hijos menores y oponerse la mujer vencida en el divorcio, si el auto de venta pasó en autoridad de cosa juzgada la realización del remate se traducirá en el ingreso de dinero con el cual las partes verán las formas de proporcionar a esos hijos la justa atención que su edad reclama. Se contempla, además el legítimo amparo de éstos del derecho del progenitor no culpable, en cuanto a la disposición de sus bienes que suyos son, a pesar del destino loable que la ley 17711 quiere dar en sostén de la familia, desatendiendo, en cierto modo que ese núcleo escindido no es ya una familia como tal protegible, sino parte de ella, con intereses contrapuestos, derechos controvertidos, divorcio decretado"³⁴.

3.3.10.3) Indivisión del bien ganancial impuesta por el cónyuge supérstite

El art. 53, de la ley 14394, dispone: "*Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal que constituyera una unidad económica, el cónyuge supérstite que lo hubiera adquirido o formado en todo o en parte podrá oponerse a la división del bien por el término máximo de diez años...*".

Ahora bien, si el establecimiento lo adquirieron o formaron ambos cónyuges y ejercían la administración del mismo en común, el derecho a mantener la indivisión es facultativo de cualquiera que sobreviva.

³³ Zannoni, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, cit., t. I, nro. 446, p. 546.



La norma contiene a continuación una limitación, y es que: *"A instancia de cualquiera de los herederos el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión"*.

El plazo se habrá de computar desde el momento en que se produjo la muerte del cónyuge, oportunidad en que se disuelve la sociedad conyugal.

El art. 53 dispone que en este caso la administración del establecimiento competará al cónyuge sobreviviente.

3.3.10.4) Residencia habitual de los esposos

El último párrafo, ley 14394, establece: *"Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos"*.

El único que puede pedir la indivisión en este supuesto es el cónyuge supérstite, se trate de un bien ganancial de administración del otro cónyuge o de él.

3.3.11 Liquidación de dos o más sociedades conyugales

3.3.11.1 Sociedades conyugales sucesivas

El art. 1314, del Código Civil, dispone: *"Cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de dos o más sociedades conyugales contraídas por una misma persona, se admitirá toda clase de prueba, a falta de inventarios para determinar el interés de cada una; y en caso de duda, los bienes se dividirán entre las diferentes sociedades, en proporción al tiempo de su duración, y a los bienes propios de cada uno de los socios"*.

El supuesto en análisis comprende el caso en que disuelta una sociedad conyugal anterior cuya liquidación no se hubiese efectuado, el cónyuge supérstite contrajere

³⁴Cam. II Apelaciones Mercedes, 1/8/1968, La Ley 133-341.



nuevas nupcias y consecuentemente se constituyera una nueva sociedad conyugal, la que a su disolución deberá procederse a liquidar.

La prevención de los conflictos que pudieran derivarse cuando se deban liquidar en forma simultánea ambas sociedades conyugales está contemplada en el art. 1314, del Código Civil.

No se suscitará ningún tipo de controversias en el caso de poderse determinar los bienes propios y gananciales de cada una de las sociedades, máxime si existieran inventarios, o mediante todo tipo de pruebas si pudiera acreditar dicho extremo.

El problema se resuelve, frente a la imposibilidad de establecer dichos parámetros, mediante la presunción legal que consagra el art. 1314.

Se establecen dos criterios que han sido calificados como incompatibles por la doctrina:

- a) Partir en proporción al tiempo de duración de cada sociedad conyugal.
- b) Partir considerando el haber propio de cada uno de los cónyuges supervivientes.

Este último contradice manifiestamente el principio consagrado en el art. 1315, el cual establece que se procederá a la liquidación de la sociedad conyugal sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos.

La doctrina es conteste que es imposible la aplicación simultánea de ambos criterios, pues se arribará a resultados totalmente diferentes.

Señala el Dr. Mazzinghi³⁵ acertadamente que si tomando el tiempo de duración de las sociedades conyugales correspondiera a la primera el 70% de los bienes y a la segunda el 30% y la proporción de bienes propios de cada cónyuge fuera muy distinta, y el cónyuge casado en segundas nupcias tuviera respecto de su primer cónyuge bienes propios en relación de 4 a 1 y respecto del segundo de 2 a 3, sería imposible determinar la proporción a asignar en una y otra sociedad conyugal.

³⁵ Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, cit., t. II, nro. 473, ps. 668 y ss.



Por eso propugna que la distribución debe efectuarse tomando en proporción el tiempo de duración con total prescindencia de los bienes propios que pertenezcan en una y otra a cada cónyuge, y únicamente deberá optarse por el segundo criterio cuando fuese indeterminable la duración de las sociedades conyugales, supuesto éste remoto, pues dichas fechas siempre se pueden establecer.

Igual criterio es el del Dr. Zannoni³⁶, pues estima que se lo puede aplicar compatibilizándolo con el principio general establecido en el art. 1315, arribando a la conclusión de que el segundo criterio solamente podría aplicarse cuando el tiempo de duración de las sociedades conyugales fuera imposible de determinar.

3.3.11.2 Plazos para el reintegro

El código establece plazos distintos, según la naturaleza del bien a reintegrar:

- a) Para la restitución de los inmuebles y de los muebles no fungibles se fija el plazo de treinta días después de que se decretase la separación de bienes, o del día de la disolución del matrimonio, o del día que haya pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia que declare la nulidad (artículo 1320 del Código Civil).
- b) Para la restitución del dinero y los bienes fungibles, o el valor de los bienes que no existiesen en poder del cónyuge administrador o en su testamentaria, se fija el plazo de seis meses, contados del mismo modo (artículo 1321 del Código Civil).

³⁶ Zannoni, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. I, nro. 565, ps. 714/715.



CAPITULO 4

CONVENIOS DE LIQUIDACION



Convenios de Liquidación

4.1 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:

4.1.1 Primer Etapa

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, negó validez a los acuerdos de división de bienes que los cónyuges celebraron sin tener disuelta la sociedad conyugal³⁷.

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.

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, 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 deudas³⁸.

³⁷ Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Familia, cit., t. 1, pág. 371, núm. 451; Azpiri, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio”, cit., pág. 277, parágr. 52.

³⁸ CNCiv., Sala B, Marzo 27 1979. ED, 83-129.



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.

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.

En esta primera etapa, los convenios de partición privada de la sociedad conyugal debían 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.

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

4.1.2 Segunda Etapa

Esta comienza con la reforma introducida por la ley 17.711, al art. 1306, 1º parte del Código Civil, 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 disuelta.

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 todo tipo de negociación, sobre tales bienes, por lo que no rigen las prohibiciones de los art. 1218 y 1219 del citado ordenamiento legal.

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 eran válidos³⁹.

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 recurre 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 registraran 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 conyugal⁴⁰.

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

³⁹ CNCiv., Sala A, Mayo 10 1983, P. De c., N. C. C., E.

⁴⁰ CNCiv., Sala G, Noviembre 6-1980. ED, 91-622.



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 Civil⁴¹.

Se sostuvo en esta etapa, que era preciso reconocer la validez de los convenios que se celebren respecto del destino de los bienes que integran la comunidad patrimonial del matrimonio, con la 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.

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 integraban la aludida sociedad.

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.

Esta jurisprudencia contradictoria llevó a que la Cámara Nacional Civil de Buenos Aires, en fallo plenario estableciera que “Los convenios 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”⁴².

En relación al plenario citado, el Supremo Tribunal de Río Negro, resolvió en sentido contrario diciendo 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.

⁴¹ CNCiv., Sala A, Septiembre 8 1981, b de L., B. C. L. B., L.

⁴² CNCiv., en pleno, 24-12-82, L.L. 1983-A-483. Disponible en anexo del presente trabajo.



A más de ello hay una ostensible contradicción en tipificar los convenios como meros proyectos, para luego afirmar su eficacia como genuinos actos jurídicos”⁴³.

4.1.3 Tercer Etapa: 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 convenientes 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 decrete la separación o el divorcio vincular⁴⁴.

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. Por el contrario, 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 voluntad⁴⁵.

La homologación o aprobación del acuerdo de liquidación de la sociedad conyugal está 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. Sin embargo, la falta de homologación del acuerdo de liquidación de la sociedad conyugal, no afecta la validez de lo pactado, ya que no hace al perfeccionamiento del convenio, el cual queda

⁴³ Superior Tribunal Río Negro, Mayo 15 1984. ED, 120-226.

⁴⁴ Conf. Méndez Costa, María Josefa, J.A. 1977-II-628.

⁴⁵ CNCiv., sala E, Octubre 17-977 de R., A. c. Q., M., La Ley, 1979 C, 606 (35.237 S).



completo sin ese recaudo, sino que solamente importa dotarlo desde el ángulo procesal de autoridad de cosa juzgada.

El art. 236 del Código Civil 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.

Una vez homologado el convenio de liquidación de la sociedad conyugal –en el caso de 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 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 impida⁴⁶.

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 del Dr. Vidal Taquini, quien desaprueba la jurisprudencia que acepta la partición que no es por partes iguales⁴⁷.

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.

Por lo tanto, el juez no podrá 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

⁴⁶ CNCiv., Sala D, Junio 23 982 M. de M., S. E. B. c. M., J. G.), La Ley, 1982 D, 311.

⁴⁷ Vidal Taquini, Carlos. “Matrimonio Civil. Ley 23.515”, comentario al art. 236, Revista Jurídica.



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.

En opinión del Dr. Zannoni, 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 gananciales, 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.⁴⁸.

Al no encontrarse comprometido el orden público, 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 legal⁴⁹.

4.2 Naturaleza Jurídica:

La liquidación de la sociedad conyugal comprende una serie de operaciones dirigidas a determinar los bienes propios de cada esposo y los que integran el acervo ganancial, ajustar las cuentas correspondientes a los créditos y deudas que cada uno de ellos tiene respecto de la comunidad, determinar el pasivo y, como conclusión, proceder a la distribución del patrimonio ganancial entre los partícipes.

Se considera que constituyen actos o negocios jurídicos, porque son el medio del cual se valen las partes para reglamentar las relaciones patrimoniales originadas en la disolución de la sociedad conyugal.

Se trata de declaraciones que condensan la voluntad de los otorgantes dentro de los límites que la ley les permite⁵⁰, y que producen los efectos que el ordenamiento

⁴⁸ Conf. Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo I, Pág. 720, Ed. Astrea 1998.

⁴⁹ Conf. Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo I, Pág. 721, Ed. Astrea 1998.

⁵⁰ Orgaz, Alfredo, Hechos y actos o negocios jurídicos, Víctor P. de Zavallía, BsAs., 1963, pág. 32.



jurídico considera más acordes con la función económico-social que cumplen⁵¹. Implican manifestaciones que tienen, de por sí, relevancia para hacer surgir, transmitir, reconocer, modificar o extinguir derechos subjetivos⁵²; este último pensamiento es coincidente con la idea de acto jurídico concretada en el art. 944 del Código Civil.

También se lo considera como un negocio jurídico patrimonial, y no de familia por más que su fuente provenga de una relación de orden familiar. Esto es así, ya que su contenido es estrictamente patrimonial, al cual son trasladables los principios que rigen esta especie de actos, en cuanto a capacidad, forma, contenido, modalidades, interpretación, efectos, vicios en el consentimiento e invalidez.

4.3 Estructura: Forma

En la estructura de un convenio de liquidación de bienes, se distinguen, como en todo acto o negocio jurídico, una forma y un contenido. Este último concierne al aspecto interno de la concordancia, o sea, a las distintas enunciaciones expresivas de la voluntad de los cónyuges, y la forma es el modo en que ese contenido se manifiesta exteriormente.

Es posible observar declaraciones de carácter preceptivo (dispositivas) y de naturaleza enunciativa (representativas). Las primeras disponen un deber ser para el futuro, son ordenadoras; las segundas están destinadas a enunciar algo existente⁵³.

En los convenios de liquidación se dan ambos tipos de declaraciones. En cuanto los cónyuges formulan manifestaciones respecto de la designación de los bienes, valores estimados, deudas vigentes, sumas entregadas, etc., estamos frente a declaraciones enunciativas; solo expresan y ponen en evidencia una realidad, un “ser”. En tanto los esposos ordenan la manera en que partirán el patrimonio común, ya estamos en presencia de normas creadoras o sea, estipulaciones preceptivas. En aquéllas solo habrá “revelación”, una información recíproca de las circunstancias que constituirán la infraestructura de las decisiones de orden dispositivo.

⁵¹ Betti, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1935, Segunda Edición, pág. 51.

⁵² Spota, Alberto G., Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. I, vol. 3, pág. 121.

⁵³ Grosman Cecilia P., Minyersky Nelly, “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, Ed. Depalma, BsAs., 1976, pág. 23.



4.3.1) Declaraciones enunciativas:

Las enunciativas implican reconocimientos, y para tal los esposos no tienen obstáculo que limite sus confesiones. Son verdades existenciales manifestadas por los propios interesados, cuyo objeto es contar con los antecedentes necesarios para el acuerdo particionario una vez disuelta la sociedad conyugal. Salvo vicios de la voluntad, perturbadores del consentimiento, tales declaraciones tienen plena vigencia entre los cónyuges, sea cual fuere el contenido de sus manifestaciones.

Frente a terceros, la problemática se modifica. Aquellos pueden discutir la sinceridad de las admisiones y rechazar las que perjudican sus intereses.

Los esposos pueden señalar la naturaleza de los bienes y además establecer la proporción que les corresponde en uno u otro carácter, determinando las recompensas debidas según el origen de los fondos con los cuales se hubieran efectuado las inversiones.

Cabe ahora preguntarse, si los cónyuges podrían más tarde, invalidar tales declaraciones, alegando un carácter distinto al enunciado.

Para el Dr. Betti, la declaración se caracteriza “como un evadirse el pensamiento de sí mismo y tornarse expresión objetiva, dotada de vida propia, perceptible y apreciable en el mundo social”. Adquiere, entonces, un valor autónomo, que no depende ya del pensamiento del autor y “hace su camino por cuenta propia, conforme a la reglas que gobiernan toda comunicación expresiva entre los hombres”⁵⁴.

Según el Dr. Guaglianone, la calidad, pues, que los cónyuges han asignado a los bienes, “se torna irrevocable, en cuanto signifiquen reconocimientos de propiedad y no ofendan al orden público”⁵⁵.

4.3.2) Declaraciones preceptivas

Las manifestaciones que se viertan serán de tipo creativo, mediante las cuales se da nacimiento a un esquema destinado a transformar en propiedad exclusiva de los

⁵⁴ Betti, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1935, Segunda Edición, pág. 15.

⁵⁵ Guaglianone, Aquiles H., “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal”, Ediar, BsAs., 1965, pág. 411.



adjudicatarios lo que hasta ese momento era solo un derecho indiviso sobre la masa de los bienes.

4.3.3) Caracteres:

- No obligatorio: Ni constituye requisito para la continuación del procedimiento ni su falta obstaculiza el dictado de la sentencia.
- Independientes: Los distintos convenios contemplados en el artículo 236 del Código Civil, al menos en lo relativo a los bienes lo es respecto a los que hacen a los hijos, el hogar conyugal y los alimentos.

4.3.4 Oportunidad de su presentación:

El convenio puede acompañar al escrito inicial de los cónyuges o presentarse después, antes de la primera audiencia. No se requiere trámite de incidente ni es indispensable la intervención notarial en su redacción.

4.3.5 Desigualdad en las adjudicaciones convenidas

Según el art. 1217 del Código Civil, antes del matrimonio, a los futuros esposos solo se les permite celebrar las convenciones estipuladas en este artículo. Después del connubio, les está vedado formalizar acuerdos tendientes a modificar el régimen patrimonial (art. 1219 Código Civil). No serían aceptables concordancias que alteraran la naturaleza de los bienes o dejaran sin efecto la partición igualitaria (art. 1315 Código Civil). Igual ineficacia alcanzaría a toda renuncia de uno a favor del otro respecto de los gananciales que le corresponden (art. 1218 Código Civil). Para encuadrar los supuestos planteados dentro de un concepto total, no es posible derogar, antes o mientras se encuentra vigente la sociedad conyugal, su estructura y funcionamiento, por vía de decisiones convencionales.

Después de disuelta la sociedad conyugal, la situación varía. Durante la existencia del matrimonio se impone la necesidad de que los cónyuges gobiernen sus relaciones económicas sobre la base de un estatuto forzoso; el legislador ha querido proteger a los mismos esposos, en particular a la mujer, como así también a los terceros, de intereses y presiones. Finalizado el vínculo personal y societario, los



integrantes de la pareja matrimonial reasumen su autonomía. Pueden liquidar sus bienes en la forma que mejor les plazca, porque en esta etapa sus relaciones no se encuentran ya sujetas a una normatividad estricta.

Ahora cabe preguntarse, porque resulta necesario prefijar una estructura inderogable rechazando la voluntad privada, y en cambio, disuelta la sociedad conyugal, se entiende que ya no está en juego un ordenamiento imperativo y que los esposos pueden regular libremente sus decisiones.

En el primer caso, los cónyuges buscan la derogación del régimen, disminuyendo, anulando o transformando los derechos que nacen de este, y en el segundo, incorporado en forma activa el derecho, su titular decide el modo en que lo ejercerá. Se trataría de la renuncia a un derecho ya ingresado en el patrimonio del renunciante.

Obsérvese hasta qué punto se admite toda clase de convenios entre esposos respecto de la partición; cuando Segovia comenta el art. 1219 del Código Civil, sostiene que la nulidad del acto prohibido es de carácter relativo y después de disuelto el matrimonio puede ser confirmado el pacto⁵⁶.

Además, el art. 1231 declara la imposibilidad de que la esposa renuncie a algún derecho que pueda resultarle de la sociedad conyugal. Machado, comentando este artículo, sostiene que “si la mujer no puede renunciar de antemano a los derechos que la ley le concede en la sociedad conyugal, eso nada impide a que una vez disuelta dicha sociedad pueda confirmar esa renuncia, porque si bien el acto es nulo, una vez que ha desaparecido la causa, la renuncia puede hacerse y por consiguiente confirmarse la hecha”⁵⁷. Este pensamiento afirma la idea de que en los acuerdos particionario toda clase de renunciaciones son admisibles.

4.3.6 Adjudicación a uno de los cónyuges de todo el haber ganancial

Una de las hipótesis no analizadas, se plantea cuando dividido el acervo ganancial, uno de los cónyuges adjudique todos los bienes al otro y éste compense pecuniariamente con fondos propios.

⁵⁶Segovia, Lisandro, “El Código Civil en la República Argentina. Explicación y crítica”. BsAs. 1881 Imprenta de Pablo E. Conti; tomo I.

⁵⁷ Machado, J. O., “Exposición y comentarios del Código Civil Argentino”, Félix Lajouane, 1903, t. III, pág. 584.



Esta situación se encuentra discutida, ya que hay quienes afirman que en tal caso habría una compraventa, y por ende, estaríamos frente a una violación de la prohibición impuesta a los esposos en el art. 1358 del Código Civil. Dicha postura es sostenida por Guaglianone, para quien, en este supuesto, no habría partición sino una compraventa viciada de nulidad absoluta⁵⁸.

La norma citada quiere impedir que por la especial vinculación existente entre los cónyuges, éstos puedan realizar tales operaciones en perjuicio de terceros y, además, tiene como fin la protección de la mujer dentro de un sistema en que se hallaba sometida al marido, tanto en el aspecto personal como patrimonial.

En la doctrina se ha sostenido que el art. 1358 del Código Civil no prohíbe el contrato de compraventa entre los esposos cuando estos se encuentran divorciados. El caso contemplado en la ley sería el de separación de bienes sin mediar divorcio⁵⁹, por lo que entonces, no regiría la prohibición para la liquidación o partición de bienes gananciales, generalmente consecuencia de una situación de divorcio.

Bibiloni consagra expresamente la posibilidad de tales operaciones cuando se trata de la partición o liquidación de la sociedad conyugal⁶⁰.

4.4 Estructura: Contenido

4.4.1) Instrumento privado presentado al Juez o escritura pública

La liquidación del acervo conyugal se gobierna, por las normas de la partición hereditaria (art. 1313 del Código Civil).

Los convenios de división de bienes gananciales deberán formalizarse de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1184 inc. 2, sobre particiones extrajudiciales de herencias; es decir, por escritura pública o por instrumento privado presentado ante el juez de la causa.

Si los esposos deciden instrumentar la concordancia mediante escritura pública, ésta produce sus efectos entre las partes desde el momento mismo de la celebración; igualmente, si la documentación del acuerdo se confeccionó por convenio privado. Su

⁵⁸ Guaglianone, Aquiles H., “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal”, Ediar, Bs.As., 1965, pág. 482.

⁵⁹ Lagomarsino, Carlos A. R., “Compraventa entre cónyuges”, LL, 136-1396 y siguientes.

⁶⁰ Bibiloni, Juan A., “Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, Abeledo Valerio, t. II, pág. 280.



presentación ante el juez no persigue otro fin que la de su autenticación. La homologación judicial solo tiende a este objeto.

Spota puntualiza que, en la división del acervo ganancial entre los esposos y, en su caso, la restitución de los bienes dotales, los jueces no tienen otra intervención que la de recibir ese acuerdo, si el mismo no consta en escritura pública. Aduce que las mismas normas atinentes a la división de condominio y aun al régimen de licitación (arts. 2669 del Código Civil) merecen recepción, en cuanto esa partición de los bienes comunes se rige por las reglas relativas a las sucesiones (art. 2698 del Código Civil). De ese modo, ya se trate de condominio, de la comunidad hereditaria, o de la comunidad que surge a raíz del nacimiento de la sociedad conyugal (art. 1261 del Código Civil), la partición puede asumir la forma de acto jurídico privado sin intervención judicial⁶¹.

4.4.2) Alcance de la homologación judicial respecto de terceros

El art. 3465 del Código Civil dispone que la partición debe hacerse por vía judicial cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a la división privada. Esta regla significa que, para que el convenio de liquidación tenga efecto respecto de terceros, deberá hacerse la presentación judicial, aun cuando se hubiere formalizado el convenio por escritura pública.

Con respecto a la formalización del acuerdo particionario, como en nuestra legislación no existe un sistema de publicidad que permita el conocimiento de los convenios de liquidación de bienes gananciales, ni se ha impuesto ningún procedimiento para que los terceros con un interés legítimo puedan hacer valer su oposición, es forzosa una suerte de exhibición, de tal modo que la cuenta particionaria adquiera eficacia respecto de aquellos, mediante la presentación judicial. Es decir, la homologación judicial del acuerdo no es un requisito de validez para los cónyuges. La intervención del juez no tiene por objeto el examen de su contenido, sino que solo es un modo de posibilitar el control de terceros.

Obviamente que el sistema no constituye garantía suficiente y es indispensable incorporar un régimen de publicidad que asegure la protección de los ajenos al acto.

⁶¹ Spota, Alberto G., “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal por convenio entre cónyuges”, JA, 1956-I, Pág. 405.



4.5 Efectos entre partes

4.5.1) Carácter obligatorio de los acuerdos

En cuanto negocio o acto jurídico, los acuerdos de división del acervo ganancial producen los efectos que son propios de aquél, pero con las particularidades específicas de esta clase de estipulación.

El convenio tiene fuerza de ley entre los esposos, propio de la autonomía que les reconoce para normar sus intereses con motivo de la disolución de la sociedad conyugal.

La caracterización de partes depende del patrimonio sobre el cual recaerán los efectos del acto.

Las personas que no han tenido participación alguna en la formación del mismo, son asimiladas a las partes en determinada situación. Es así que se extienden a los herederos o sucesores universales de ellos los efectos del negocio activa y pasivamente (art. 1195 del Código Civil), salvo las acciones que tuvieren si el acto significara una donación y afectara sus legítimas.

La revocación o alteración del convenio solo puede hacerse por mutuo consentimiento. Tales acuerdos, asumen carácter obligatorio (art. 1197 del Código Civil), sin perjuicio de las acciones que correspondieren si hubiere vicios en la voluntad. Esta es la concepción que prevalece en la partición hereditaria cuyos principios, mientras no exista una normativa especial, gobiernan el objeto de este estudio.

4.5.2) Diferenciación de efectos

Siguiendo a las Dras. Cecilia Grosman y Nelly Minyersky, la doctrina habla de efectos esenciales, naturales y accidentales de los actos o negocios jurídicos⁶².

La partición del haber indiviso y la transformación del derecho que cada uno de los esposos tenía sobre una parte alícuota del acervo ganancial, en el derecho único y exclusivo sobre bienes concretos, es lo que se definiría como efectos esenciales.

Además de esta consecuencia típica del acto de partición, derivan del convenio otros efectos, llamados naturales, que los otorgantes pudieron no prever en su totalidad, pero que igualmente integran el negocio jurídico. Por ejemplo la garantía de evicción

⁶² Grosman Cecilia P. y Minyersky Nelly, “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, Editorial A'bacó, Buenos Aires, pág. 49.



respecto de los bienes adjudicados o los gastos originados en la división, los cuales deben ser soportados por ambos contratantes. Todos estos efectos naturales pertenecen al derecho dispositivo y pueden ser alterados por las partes intervinientes.

Por último, los efectos accidentales son aquellos convenidos por los interesados para reglar ciertos aspectos, pero que no son propios o típicos del acto realizado, por ejemplo, la indivisión de ciertos bienes por un periodo determinado o intereses compensatorios por saldos resultantes de las diferencias en las adjudicaciones.

4.5.3) Momento para la fijación de los valores de los bienes

Cuando la liquidación no se produce simultáneamente con la declaración judicial de disolución, el acervo social permanece indiviso, aplicándose, las reglas de la indivisión poscomunitaria.

Los bienes adquiridos por los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal son propios de cada uno de ellos, o sea, la composición de la masa común queda fijada al día en que se disuelve la sociedad conyugal y solo puede ser incrementada o enriquecida con los accesorios de los bienes existentes, con adquisiciones provenientes de la venta de tales bienes por el principio de subrogación real⁶³ y también con los adquiridos después por causa o título anterior a la disolución⁶⁴.

No obstante, continua subsistiendo el acervo ganancial que no ha sido partido y su aumento o mengua de valor aprovecha o perjudica a la masa, por lo que la estimación debe hacerse al momento más cercano de la partición efectiva.

Ahora es de importancia hacer una diferenciación, respecto a la deuda de dinero de la deuda de valor. La primera tiene por objeto, desde su origen una entrega de dinero. La segunda, en cambio, se refiere a un valor abstracto, constituido por bienes que habrá que medir en dinero. Sin duda, dice Llambias, “el deudor pagará su deuda en dinero, pero hasta tanto no sobrevenga el acuerdo de las partes o la sentencia judicial que liquide la deuda y determine cuál es la cantidad que aquel deberá satisfacer, su obligación será una deuda de valor que sólo pasará a ser una deuda de dinero, luego de

⁶³ Guaglianone, Aquiles H., “Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal”, Ediar, BsAs., 1965, pág. 218.

⁶⁴ Belluscio, Augusto C., “Nociones de Derecho de Familia”, bibliográfica Omeba, t. V, pág. 107.



practicada esa definición. Solo después de efectuada y consentida la liquidación, queda cristalizado el objeto y resulta convertida la deuda de valor en deuda de dinero”⁶⁵.

Es de observar que al momento de la disolución de la sociedad conyugal hay una masa de bienes a partir, cuyo valor en dinero solo podrá determinarse en la etapa de la liquidación, cuando la parte que corresponda a cada uno de los esposos se concrete en bienes específicos o un monto en dinero.

Estos principios, ¿podrían aplicarse cuando la división se alcanza por convenio de partes?. Ya es sabido que los acuerdos de liquidación de bienes gananciales son en principio inalterables. Una vez disuelta la sociedad conyugal, si los cónyuges fijan los bienes a dividir y establecen el valor de los mismos, los montos acordados deben tenerse por firmes y no es posible nuevos replanteos, salvo la existencia de vicios de consentimiento. Después de fijadas las respectivas adjudicaciones, bastara efectuar los tramites de inscripción si fuera menester, según la clase de bienes de que se trate, para que la partición se efectivice. La inercia o negligencia de cualquiera de los esposos en tal cometido, no autorizara a solicitar incrementos, ya que los valores quedaron consolidados al momento del acuerdo, salvo que la división no pudiere llevarse a cabo por trabas o resistencias de uno de los cónyuges.

4.5.4) Eficacia de determinadas formulas

En ocasiones, los esposos estipulan acuerdos sobre liquidación de la sociedad conyugal donde no se detallan todos los bienes a dividir, estableciéndose, por ejemplo, la adjudicación a uno de ellos de ciertos bienes y al otro todos los demás que integran la sociedad conyugal.

Esta fórmula encubre, en la generalidad de los casos, la existencia de activos que no se desean declarar. Bajo esa expresión amplia y ambigua, el esposo pretende quedar a cubierto de cualquier reclamación posterior, teniendo a su favor un convenio de liquidación que desvincula patrimonialmente a los cónyuges y que puede ser esgrimido en cada oportunidad en que se requiera la comprobación de que los bienes gananciales han sido partidos.

Pueden considerarse validas dichas estipulaciones, dejándose a cubierto de futuras reclamaciones al consorte a quien se le efectuó una adjudicación general y

⁶⁵ Llambias, Jorge J., “Estudio de la Reforma del Código Civil. Ley 17.711, Revista de Jurisprudencia Argentina, Bs. As., 1969, nota 286, pág. 231.



abstracta. Según las Dras. Cecilia Grosman y Nelly Minyersky, estas sostiene: Pensamos que no existe obstáculo legal alguno en confeccionar un convenio en esos términos. No se viola ningún precepto que pueda lesionar intereses sociales, y por consiguiente estará sometido a las reglas que gobiernan los contratos; no hay, en verdad, distinción de esencia respecto de aquellas donde la enunciación es precisa. Pero esto no significa que el cónyuge quede exento de venideras acciones. Si el otro esposo arriba a la conclusión de que “aquella formula” comprendía la adjudicación de bienes que no ha tenido en cuenta al aceptar el acuerdo, puede plantear la nulidad por vicios del consentimiento o por lesión (art. 954 del Código Civil)⁶⁶.

4.5.5) Garantía de evicción

El funcionamiento de la garantía de evicción en los convenios de liquidación está íntimamente ligado a la teoría de los vicios del consentimiento, ya que con tales estructuras jurídicas, se procura mantener el principio de igualdad en las adjudicaciones.

La garantía sostiene la validez extrínseca del negocio y va dirigida a la reforma de su contenido para asegurar una partición equitativa. La teoría de los vicios, apoyada en la existencia de una voluntad lesionada, invalida el acto, para sustituirlo por aquel donde se respete el concepto igualitario. En ambos supuestos, el fin perseguido es el mismo; restablecer la relación para lograr la equivalencia de ambas partes.

En esta temática, son aplicables los preceptos que gobiernan la partición de herencia (arts. 3505, 3513 del Código Civil), sin perjuicio de considerar las normas comunes sobre garantía de evicción (art. 289 y siguientes del Código Civil).

El artículo 3505 establece que los coherederos son “*garantes, los unos hacia los otros, de toda evicción de los objetos que le han correspondido por la partición y de toda turbación de derecho en el goce pacífico de los objetos mismos, o de las servidumbres activas, cuando la causa de la evicción o turbación es de una época anterior o contemporánea a la partición*” (art. 2091 del Código Civil).

Se puede señalar como casos de aplicación en esta materia: a) transmisión al otro esposo de inmuebles hipotecados (art. 2090 del Código Civil); b) si el cónyuge adjudicatario es privado en todo o en parte del derecho adquirido (art. 2091 del Código Civil); c) cuando por un acto del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo se privase al

⁶⁶ Grosman Cecilia P. y Minyersky Nelly, “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, Editorial A' baco, Buenos Aires, pág.58.



adjudicatario del bien en virtud de un derecho preexistente (art. 2094 del Código Civil); d) cuando el cónyuge adjudicatario fuese obligado a sufrir cargas ocultas cuya existencia el otro no hubiera declarado y de las cuales el esposo afectado no hubiese tenido conocimiento; e) cualquier turbación de derecho, según nota del art. 2091 del Código Civil, “cualquier demanda judicial o extrajudicial, por la que un tercero reclamase un derecho cualquiera, es decir toda acción real y aun las acciones personales o posesorias que pueden ser ejercidas contra los terceros.

En la partición de bienes gananciales, la alteración provocada por la evicción afecta todo el haber ganancial. No basta completar el lote al cónyuge perjudicado, o sea, al que ha padecido la evicción. Es menester rehacer la cuenta particionaria, ya que el haber en su conjunto ha sido modificado por la pérdida o disminución. Modificados los valores a dividir, se produce como resultado un cambio en las hijuelas de ambos esposos.

La garantía de evicción tiene lugar aunque no hubiera convención expresa (art. 2097 del Código Civil), y las partes pueden aumentar, disminuir o suprimir la obligación que nace de la misma (art.2098 del Código Civil), pero es nula si hubiere mala fe por parte del enajenante (art. 2099 del Código Civil).- esto significa que, si bien en los convenios de liquidación se pueden establecer cláusulas liberatorias de la evicción, estas serían inválidas si se probara que uno de los cónyuges, al tiempo de la partición, conocía la situación lesiva para el adjudicatario. En este caso se trataría de una situación de dolo que haría ineficaz el acto por viciar el consentimiento de la otra parte.

El art. 3506 del Código Civil expresa que *“la garantía de los coherederos es por el valor que tenía la cosa al tiempo de la evicción. Si a los coherederos no les conviniese satisfacer este valor, pueden exigir que se hagan de nuevo las particiones por el valor actual de los bienes, aunque algunos de ellos estuviesen ya enajenados”*.

La aplicación de dicho precepto a la división de bienes gananciales implicaría que, si en el acuerdo se asigna a uno de los cónyuges un bien del cual luego es despojado total o parcialmente por una causa anterior o contemporánea a la partición, se le debe compensar la pérdida sufrida, pudiendo el otro esposo entregar el valor de la cosa al momento de la evicción o bien solicitar una nueva partición sobre la base de una tasación actual de todos los bienes.



4.5.6) Vicios del consentimiento

El convenio de liquidación de la sociedad conyugal, como todo negocio jurídico, requiere para su validez que se den los presupuestos propios de cualquier decisión de la autonomía privada: capacidad de los sujetos, legitimación en el obrar, idoneidad del objeto.

Dados estos requisitos, el acto puede, sin embargo, ser ineficaz, porque se han producido anormalidades en el elemento subjetivo del negocio. En estos supuestos, el sujeto actuante toma una determinación con una voluntad alterada, ya sea por no tener conocimiento verdadero de la situación fáctica en virtud de la cual ha expresado su decisión (error), ya sea porque esa inadecuación con la realidad se ha producido como resultado del engaño ajeno (dolo), o bien porque su querer ha sido el resultado de la coerción o intimidación (violencia).

4.5.6.1) Vicio de error o ignorancia

La voluntad determinada sobre un falso juicio de la situación de hecho o por un desconocimiento de la misma, invalida las manifestaciones y adjudicaciones que cada uno de los cónyuges concreta en los convenios de liquidación. El querer de los estipulantes se produce en una forma diferente de la que se hubiera exteriorizado de haber tenido exacta noción de la realidad⁶⁷.

Siguiendo esta línea de autores, no todo error o ignorancia de lo factico provoca la ineficacia del acto. En el error de hecho se han distinguido tres categorías:

1.-Error radical, obstativo o impropio: Recae sobre la naturaleza del acto afectado o sobre la identidad del objeto. La doctrina ha considerado el negocio realizado en estas condiciones como inexistente⁶⁸. Esta situación es poco probable en la vida jurídica y mucho más difícil en el contexto de una partición de bienes gananciales, porque la propia estructura del acto no permite abrigar dudas acerca de su naturaleza, desde que las voluntades de los esposos van dirigidas desde el comienzo a un fin bien reconocible, como es la liquidación de los fondos comunes.

⁶⁷ Grosman Cecilia P. y Minyersky Nelly, “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, Editorial A Baco, Buenos Aires, pág. 64.

⁶⁸ Llambias, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, Perrot, Bs.As., t. II, pág. 447.



2.- Error esencial: Versa sobre la persona con quien se celebra el negocio jurídico (art. 925 del Código Civil) o sobre lo que se ha llamado “cualidad sustancial de la cosa”⁶⁹. Desde el punto de vista objetivo, consiste en considerar como sustancial la calidad principal y característica que individualiza la cosa, que la hace propia para un cierto uso. Desde el punto de vista subjetivo, la cualidad sustancial depende de la intención de las partes, “cuando verse sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira”.

3.-Error accidental: Se denomina así al que no ejerce influencia alguna sobre la suerte del acto⁷⁰.- En el acto particionario la distinción entre error esencial y accidental pasa por otro parámetro. Habrá siempre error esencial en los convenios de liquidación de la sociedad conyugal cuando las cosas adjudicadas a cualquiera de los esposos no tuvieran las calidades que aquellos han afirmado como existentes y que se han tenido en mira al confeccionar los lotes, de modo tal que el yerro incida sensiblemente en el valor del bien adjudicado. Habrá error esencial si, por ejemplo, se estimó el cuadro adjudicado a uno de los esposos como original y resulta ser una reproducción, o si las tierras entregadas a una de las partes han sido valoradas como si fuesen productivas y son, en realidad, inaptas para el cultivo.

Así, en todas las ocasiones en que la equivocación recae sobre calidades tales como: el precio, estado de ocupación, condiciones de dominio, si las mismas inciden en el valor del bien adjudicado, igualmente el acuerdo de liquidación quedaría invalidado.

Por lo tanto, cualquier error que se traduzca en un cambio de valores de los bienes divididos acarrearía la ineficacia del acto y una redistribución de los mismos, es decir, una nueva partición.

4.5.6.2) Vicio de dolo

El artículo 931 del Código Civil define el dolo como “*aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin*”. Lo peculiar en el dolo es el engaño que se emplea para determinar a alguien a la realización de un acto jurídico⁷¹.

⁶⁹ Llambias, Jorge, J., “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, t. II, pág. 452.

⁷⁰ Llambias, Jorge, J., “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, t. II, pág. 460.

⁷¹ Llambias, Jorge, J., “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, t. II, pág.475.



En la partición de bienes gananciales, el dolo no reviste en la generalidad de los casos entidad independiente del error que se provoca con la maquinación. Dentro de la dinámica de la sociedad conyugal, cada uno de los esposos administra los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo. Esto significa que cada uno de ellos posee el conocimiento exacto de los bienes que se encuentran bajo su gestión personal. Es posible que el error se origine respecto de la existencia, cualidad o condiciones de los bienes que se hallan bajo el gobierno del otro cónyuge, y esa ignorancia o desconocimiento de la realidad solo puede proceder de la falta de información o falsa creencia producida por la maquinación del consorte; en estas circunstancias estamos frente a un vicio originado en el dolo del esposo-administrador.

4.5.6.3) Vicio de violencia

Nuestro ordenamiento distingue la violencia física de la violencia moral. La primera importa el empleo de una fuerza irresistible (art. 936 del Código Civil) y la segunda constituye la intimidación, cuando mediante injustas amenazas, “*se inspire al agente temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendiente o ascendientes, legítimos o ilegítimos*” (art 937 del Código Civil).

El codificador ha seguido un criterio subjetivo ya que, para juzgar si existe tal vicio, se atiende a la condición de la persona, su carácter, hábitos y sexo (art. 938 del Código Civil). La amenaza de un mal influye sobre el proceso volitivo y hace surgir una causa que lo altera. “Sitúa a la voluntad ante una alternativa, colocándola ante la necesidad de escoger entre la conclusión del negocio y el riesgo de sufrir el mal amenazado. En tal situación psicológica, la realización del acto representa el resultado de un juicio de conveniencia por el cual la víctima de la violencia estima preferible someterse a aquél, como un mal menor, con tal de evitar el daño amenazado considerado para él de mayor importancia⁷².”

En la doctrina se ha sostenido que el acto obrado por un constreñimiento corporal sería un acto jurídico inexistente⁷³. La situación de mayor sutileza es la que se refiere a la intimidación y violencia moral.

⁷² Betti, Emilio, “Teoría general del negocio jurídico, 2da edición, Madrid, Ed. Rev. Derecho Privado, pág. 343.

⁷³ Llambias, Jorge, J., “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, t. II, pág.486.



4.5.6.4) Lesión subjetiva

La lesión se configura en nuestro sistema legal cuando se reúnen los siguientes requisitos: 1) Obtención de una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación. 2) Estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado. 3) Explotación de esa situación por el lesionante que se presume en caso de notable desproporción de las prestaciones, salvo prueba en contrario.

El demandado es el que debe probar que, no obstante la diferencia en las prestaciones, no se ha dado la aludida explotación.

La lesión puede viciar también los actos de partición y, por ende, los que se instrumentan entre cónyuges para liquidar la sociedad conyugal. Para poder anular el acto o reajustar la partición practicada, es preciso que al tiempo de su realización exista una notable desproporción en los valores adjudicados. El otro cónyuge puede demostrar que la desproporción no obedece a un acto de explotación ni a un aprovechamiento del estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de su consorte.

Se menciona en otra oportunidad que los acuerdos particionarios los esposos pueden convenir cualquier forma de adjudicación, pues, decretada la disolución de la sociedad conyugal, están en condiciones de reglar libremente la cuestión patrimonial. Significa esto que no siempre la falta de equiparación en los lotes implica un caso de lesión subjetiva. Para que esta se produzca debe darse un aprovechamiento injusto. Si la desproporción es el resultado de una voluntad consciente que ha llevado a una de las partes a aceptar una división desigual, no es admisible la nulidad o revisión del acuerdo.

El aprovechamiento de la inexperiencia o ligereza importa un proceder de mala fe o doloso que provoca error en la otra parte merced a las manifestaciones engañosas o a la omisión de información, y el estado de necesidad constituye una suerte de violencia objetiva que, al igual que en la intimidación, obliga a una opción del sujeto que consiente: como resultado de un juicio de conveniencia prefiere someterse a la coacción y no sufrir otros efectos.

4.6 Efectos frente a terceros

4.6.1) Carácter constitutivo del acto particionario

En el derecho sucesorio se concibe la partición como un acto traslativo de propiedad, por el cual cada heredero cede la parte de los derechos que le corresponden



sobre los bienes adjudicados a sus coherederos, para que éstos, a su vez, cedan los derechos que tenían sobre los bienes a él adjudicados, o bien, como un acto declarativo, por el cual se juzga que cada heredero ha sucedido sólo e inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición, y que no ha tenido nunca ningún derecho en los que han correspondido a sus coherederos; como también que el derecho a los bienes que le han correspondido por la partición lo tiene exclusiva e inmediatamente del difunto y no de sus coherederos (art. 3503 del Código Civil).

El efecto declarativo de la partición, a pesar de lo dispuesto en el art. 3503 del Código Civil, ha sido seriamente discutido en nuestra doctrina. El Anteproyecto de Bibiloni, establece que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le han sido adjudicados. Para que ese resultado se produzca, debe ser registrada⁷⁴.

Esta controversia no puede trasladarse a la división de bienes gananciales, en la división hereditaria, el patrimonio del causante, que toma el nombre de herencia, es transmitido a una u otras personas distintas, llamadas herederos. En la sociedad conyugal, durante su funcionamiento, existen dos patrimonios independientes, el de cada uno de los cónyuges, manejados libremente por ellos. Dichos patrimonios están integrados por bienes propios y bienes gananciales y responden sus titulares, con ellos por todas las obligaciones que contraen.

Producida la disolución de la sociedad conyugal, subsisten los patrimonios de cada uno de los esposos, con la salvedad de que, en cuanto a los bienes gananciales, pasan a integrar, hasta la efectiva partición, lo que se ha llamado la indivisión poscomunitaria.

En el sistema hereditario, el sujeto que da nacimiento a la universalidad jurídica, que luego se divide entre los herederos, es el causante; el patrimonio transmitido es de este último. En la sociedad conyugal, en cambio cuando por efectos de su disolución se arriba a una liquidación de bienes gananciales, la partición de éstos se hace respecto de dos patrimonios que funcionan frente a terceros como individualidades separadas y que responden por ende, en esa misma forma, frente a sus acreedores respectivos.

⁷⁴Grosman Cecilia P. y Minyersky Nelly, “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, Editorial A´baco, Buenos Aires, pág.78. citando a Bibiloni, Juan A., “Anteproyecto de Reformas al Código Civil”, t. IV, pág. 336.



Formalizado un convenio de liquidación de bienes gananciales, pueden darse las siguientes alternativas: a) los bienes del cual es titular uno de los cónyuges son adjudicados al otro; y b) los bienes asignados quedan en cabeza del propio titular.

En ambos casos, el acto particionario tiene carácter constitutivo de derechos y esto incide en la relación con los terceros.

4.6.2) Adjudicación de un bien que estaba a nombre del otro cónyuge

Si con motivo de la partición, el bien o los bienes que figuran a nombre de uno de los esposos pasa al otro, se produce con absoluta claridad una transmisión de dominio.

Aquel bien integrante de un patrimonio, y que antes componía la prenda común de sus acreedores y sobre cuya base el cónyuge titular administrador realizaba contrataciones, asumía compromisos o celebraba toda clase de negocios jurídicos, sale de su esfera de acción y se incorpora a otro patrimonio que se ve engrosado con tal adquisición.

4.6.3) Adjudicación en cabeza del titular

Si como resultado de la división el bien es adjudicado al que es titular, podría sostenerse que no existe transferencia de propiedad, ya que se ha mantenido en el activo de su dueño.

El hecho de que un bien integre la sociedad conyugal, significa que, no obstante pertenecer al patrimonio de su titular, está sujeto en cuanto a su gobierno a ciertas restricciones que la ley le impone y expuesto, a la partición del otro cónyuge en caso de disolución.

Sin embargo, se puede afirmar que producida la partición, aquel bien que integraba el haber de uno de los cónyuges y que le fue adjudicado en la liquidación, se mantiene, en el mismo patrimonio, pero con una connotación diferente, en cuanto a las facultades derivadas del dominio son asumidas plenamente y ejercidas sin que exista prerrogativa alguna del otro esposo. Es decir, se ha constituido por el acto particionario un nuevo derecho.



4.6.4) Consecuencias del convenio homologado

Agotada esta instancia y frente a un convenio ya aprobado judicialmente, se trata de saber si el mismo puede ser opuesto a los terceros que no intervinieron en el proceso de liquidación.

4.6.4.1) Bienes registrables:

En el caso que figuren a nombre de uno de los cónyuges y que con motivo de la adjudicación pasan al otro, deberá cumplirse con todos los requisitos exigidos para la transmisión de dominio. Se requerirán los respectivos certificados para determinar si el esposo adjudicante puede disponer del bien o si pesan gravámenes sobre el mismo.

La transmisión de tales bienes solo tendrían eficacia frente a terceros desde su inscripción en el registro pertinente.

4.6.4.2) Bienes no registrables:

Si el objeto de la adjudicación son bienes no registrables ésta solo podrá ser opuesta a terceros después de su homologación, por lo que, antes de ella, los acreedores del titular podrán promover acciones cautelares sobre ellos y aun ejecutarlas, aunque el titular no sea el adjudicatario. Aprobado el convenio judicialmente, el tercero debe respetarlo, salvo las acciones que pudiere ejercer si el acuerdo se ha hecho en fraude a sus acreedores.

4.7 Convenios de liquidación entre cónyuges

Es frecuente que los esposos quieran acordar convencionalmente algunos aspectos relativos a la disolución y partición de la sociedad conyugal por encontrarse separados de hecho o enfrentar un juicio de divorcio. Vinculados con un régimen patrimonial, en principio imperativo e inmutable y con la prohibición de la mayoría de los contratos entre cónyuges, tales convenios serían nulos. Pero la solución no resulta tan directa y simple cuando la efectivización de los mismos se pretende recién después de disuelta la sociedad conyugal por alguna de las causales que la ley establece.

Para el mejor conocimiento del tema, y siguiendo a María Josefa Méndez Costa, es útil clasificarlos teniendo en cuenta la época en que se celebraron dichos convenios, el objeto-fin perseguido y la época en que se quiere hacerlos valer.



Asimismo, es preciso distinguir las tres etapas legislativas, a saber, la anterior a la ley 17.711, la posterior hasta la entrada en vigencia de la ley 23.515, y la actual, sobre todo dentro de la principal clasificación que distingue los supuestos genéricos de los específicamente previstos en la ley.

4.7.1) Supuestos no previstos legalmente

1).-Convenios celebrados pendiente el régimen patrimonial matrimonial:

a) Convenios disolutorios:

Son celebrados con la finalidad de disolver la sociedad conyugal. Se consideran nulos independientemente del momento en que se pretenda su validez. Así las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979) resolvieron lo siguiente: los convenios entre cónyuges disolutorios de la sociedad conyugal están prohibidos y son, en consecuencia, nulos.

b) Convenios renunciativos:

Se consideran nulos si se celebran con la finalidad de renunciar a bienes durante el régimen patrimonial matrimonial, de acuerdo al artículo 1218 del Código Civil.

c) Convenios de liquidación y adjudicación de bienes:

Son también nulos los convenios sobre liquidación de la sociedad conyugal y partición de los bienes, efectuados antes de disolución de aquella, aunque fueran posteriores a la notificación de la demanda de divorcio.

d) Convenios de reconocimiento:

Son nulas las convenciones en que se deseara determinar el carácter propio o ganancial de los bienes, invocadas antes de la disolución. Por el contrario, si querían hacerse valer después de la disolución de la sociedad conyugal, como reconocimientos de hechos, siempre que fueran auténticos, que no se encontraran afectados por vicios del consentimiento y que no causaran perjuicio a terceros. Asimismo, las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979), resolvieron en su apartado cuarto que: Son válidos los reconocimientos que las partes hacen, antes de la disolución, del carácter propio o ganancial de determinados bienes o deudas, o de la existencia de determinadas recompensas entre las masas. Tales reconocimientos implican una prueba anticipada que pueden hacerse valer en la liquidación, pero caerán si se prueba que el



consentimiento de una parte estuvo viciado, o que no responden a la realidad, o fueron efectuados en perjuicio de terceros.

e) Validez de los convenios invocados después de la disolución de la sociedad conyugal:

Se trata de negocios jurídicos condicionados a la extinción del régimen patrimonial matrimonial por la sentencia que la determina, por lo cual lo implicado no es una cuestión de validez sino de vigencia.

2).- Convenios celebrados después de disuelta la sociedad conyugal:

Son válidos, dentro de las condiciones generales de los negocios jurídicos.

4.7.2) Supuestos previstos legalmente

1).-Antecedentes:

La ley 17.711 incidió sobre la materia por la disposición del artículo 67 bis según la cual “si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad, ésta tramitara por vía sumaria. La discordancia doctrinario-jurisprudencial giró alrededor de la alternativa entre admitir su validez con el único requisito de la homologación judicial en la sentencia que decretaba el divorcio o por separado pero siempre después de decretado aquél, o en negársela salvo que los esposos lo ratificaran posteriormente a la mentada resolución judicial.

Las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil acordaron: 5º: En los divorcios tramitados según el artículo 67 bis, ley 2393, el convenio sobre liquidación y partición incluido en la demanda, o presentado en la demanda, o presentado antes de la sentencia, no tendrá validez mientras no sea ratificado expresa o tácitamente por las partes con posterioridad a la referida sentencia, sin perjuicio de los efectos previstos 3º y 4º, ni de su posible impugnación por la existencia de algún vicio que afecte el acto jurídico, o por no respetarse el principio de partición por mitades de los bienes gananciales.

Las Cámaras Nacionales Civiles se abocaron a dilucidar la controversia en plenario cuya resolución fue favorable a la validez de los convenios de separación de bienes en los juicios de divorcio por presentación conjunta (artículo 67 bis, ley 2393),



formulados con anterioridad a la sentencia que determinaba el divorcio y la disolución de la sociedad⁷⁵.

La argumentación de la mayoría de los camaristas, además de recordar el hecho de la frecuencia con que los convenios eran presentados como parte integrante del escrito inicial o durante el trámite, invocaron la aceptación legal de convenios sobre cuestiones de mayor trascendencia, tales como tenencia de hijos, régimen de visitas, etc. Se opinó también que la disposición del artículo 67 bis resultaba superflua si se refería al convenio posterior a la sentencia y calificó al acuerdo de “proyecto” presentado al juez para que lo homologara junto con el decreto que declaraba disuelta la sociedad conyugal. Así, en su voto, el doctor Alberto Bueres sostuvo que se trataba de un negocio de eficacia restringida por encontrarse sometido a una *conditio iuris* consistente en el dictado de la sentencia y que la homologación no podría rehusarse salvo que se negociaran derechos indisponibles.

En minoría, se pronunciaron los doctores Mirás, Lloveras, Yáñez, Fernández del Casal y Montes de Oca, señalando que el artículo 67 bis admitía expresamente convenios previos a la sentencia en materia de régimen de los hijos y de alimentos guardando silencio acerca de posibles acuerdos relativos a los bienes; sostuvieron la prohibición de los artículos 1218 y 1219⁷⁶.

El plenario fue criticado doctrinariamente y careció de trascendencia más allá de los límites territoriales de su obligatoriedad legal. Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se inclinó por la nulidad de los acuerdos celebrados por los cónyuges durante el trámite del divorcio por presentación conjunta anterior a la sentencia⁷⁷.

2).- Texto Vigente:

El artículo 236 del Código Civil, redacción de la ley 23.515, establece el trámite de la separación personal y del divorcio por presentación conjunta (artículos 205 y 215). El mismo dispone que “*La demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos: 1) Tenencia y régimen de visitas de los hijos.- 2) Atribución del hogar conyugal;3) Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización.*”

⁷⁵ Maffía, Jorge O., “El divorcio por presentación conjunta y los convenios de disolución de la sociedad conyugal”, con nota de crítica negativa a CNCiv., en pleno, 21-12-82, L.L. 1983-A-483.

⁷⁶ CNCiv., en pleno, 24-12-82, L.L. 1983-A-483. Disponible en anexo del presente trabajo.



También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria.

El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos...”.

4.8 Partición antes de la fecha de la sentencia que disuelve la sociedad conyugal:

Efectos

4.8.1) Nulidad del convenio particionario antes de la fecha de la sentencia: Doctrina opositora

Según la doctrina opositora, los acuerdos de división de los bienes comunes realizados por los cónyuges con anterioridad a la fecha de la sentencia que disuelve la sociedad conyugal, son nulos, por aplicación de lo normado en los artículos 1218 y 1219 del Código Civil, en donde la sociedad conyugal no puede ser disuelta por la sola voluntad de los esposos⁷⁸.

Asimismo, en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, del año 1979, se aprobaron las siguientes recomendaciones: 1) Los convenios entre cónyuges disolutorios de la sociedad conyugal están prohibidos y son, en consecuencia, nulos. 2) Son también nulos los convenios sobre liquidación de la sociedad conyugal y partición de los bienes, efectuados antes de la disolución de aquella, aunque fueren posteriores a la notificación de la demanda de divorcio.

Por el contrario, varios años después, en el Tercer Encuentro de Abogados Civilistas, celebrado en la ciudad de Santa Fe, en Agosto del año 1989, se aprobó por mayoría la siguiente recomendación: Son válidos los convenios anticipados de liquidación y partición de la sociedad conyugal, mediante la extensión analógica del art. 236 del Código Civil en los casos de separación personal y divorcio contencioso y en los supuestos de disolución de la sociedad previstos en el art. 1294.

Convenios del art. 236 del Código Civil: 1) Su naturaleza jurídica es la de una liquidación y partición anticipadas de la sociedad conyugal, doblemente

⁷⁷ CNCiv., en pleno, 24-12-82, L.L. 1983-A-483. Disponible en anexo del presente trabajo.

⁷⁸ Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Familia, cit., t. 1, pág. 371, núm. 451; Azpiri, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio”, cit., pág. 277, parágr. 52.



condicionada: a la homologación judicial y al dictado de la sentencia de separación personal o divorcio (por unanimidad). 2) No son obligatorios en cuanto a su presentación: son independientes de los otros convenios previstos en el art. 236 del Código Civil; no requieren trámite de incidente (por unanimidad). 3) Son Vinculantes para los cónyuges. La homologación judicial tiene por finalidad proteger los derechos de éstos teniendo en consideración la capacidad contractual con que los esposos son hábiles para pactar en la partición privada (por unanimidad). 4) Son pasibles de anulación y de ser declarados fraudulentos dentro del régimen de los actos jurídicos, teniendo en cuenta que son actos bilaterales y onerosos (por unanimidad). 5) **Son válidos los convenios anticipados de liquidación y partición de la sociedad conyugal, mediante la extensión analógica del art. 236 del Código Civil, en los casos de separación personal y divorcio contencioso, y en los supuestos de disolución de la sociedad conyugal previstos en el art. 1294 del Código Civil (por mayoría).** 6) En el supuesto de disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges antes de dictarse la sentencia de divorcio o separación personal, los convenios celebrados operarán como prueba preconstituida sobre el carácter de los bienes involucrados (por mayoría). 7) En caso de no admitirse la validez de los convenios de liquidación de la sociedad conyugal, en los supuestos de separación personal o divorcio contencioso, corresponderá aplicar las recomendaciones de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1979) sobre este tema (por unanimidad).

Similar fue el despacho aprobado por mayoría en las Segundas Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, celebradas en Buenos Aires en el mes de Septiembre de 1992, donde se agregó que: la validez de tales acuerdos estará condicionada a que se celebren y presenten después de trabada la litis, y siempre que se dicte sentencia de separación personal, divorcio vincular o de separación de bienes, respectivamente.

4.8.2) Validez de los convenios de liquidación en los juicios de divorcio o de separación personal

Tanto en el caso de los artículos 204 y 214, inc. 2° del Código Civil, como en los restantes supuestos, ya sea de separación personal o de divorcio, corresponde, a nuestro entender, efectuar una aplicación analógica de lo normado en el art. 236 del Código Civil.

La Dra. María Josefa Méndez Costa se muestra de acuerdo con dicha solución, dado que, según manifiesta, es sensato admitir para otros supuestos la



extensión de lo normado en el artículo 236 del Código Civil, “dentro de una interpretación analógica que amplía la fórmula legal mediante la inclusión de situaciones no previstas por la identidad de las finalidades de los convenios, es decir, porque dentro del trámite de la presentación conjunta o del contencioso, responden al mismo propósito de liquidar y partir los bienes de una sociedad que será disuelta en ambos supuestos por una sentencia de idéntico contenido”⁷⁹.

Por el contrario, para autores como Guillermo Borda⁸⁰ y Jorge Azpiri⁸¹, la solución establecida por el art. 236 del Código Civil, no puede ser extendida a los convenios acordados en los juicios en los cuales los esposos, de común acuerdo, solicitan la separación personal o el divorcio con fundamento en la causal objetiva consagrada en los arts. 204 y 214 inc. 2 del Código Civil.

No obstante, en un fallo de la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se declaró la nulidad de un acuerdo celebrado en el marco de un juicio por dicha causal⁸².

Al comentar el fallo, el Dr. Jorge Mazzinghi (h.)⁸³ sostuvo que era cuestionable negar la validez de los acuerdos de división de bienes celebrados por los cónyuges antes de la sentencia dictada en un juicio por la causal objetiva, pareciéndose más este juicio, dice Mazzinghi, al juicio por presentación conjunta, que a uno contencioso, en el cual resultan nulos; por lo cual agrega que, a su juicio, dicha semejanza hace aconsejable aplicar por analogía la norma del art. 236 del Código Civil, y que el acuerdo no estaría dirigido a alterar el funcionamiento del régimen de la sociedad conyugal, sino a establecer las pautas de su liquidación.

En igual sentido, el Dr. Mauricio Luis Mizrahi afirma que tanto en el caso de los arts. 204 y 214, inc. 2° del Código Civil, como en los restantes supuestos, ya sea de separación personal o de divorcio, corresponde efectuar una aplicación analógica del lo normado en el art. 236 del Código Civil, lo que, a su juicio, llevaría a admitir en

⁷⁹ Méndez Costa, María Josefa, Código Civil Comentado, Derecho de Familia Patrimonial, pág. 351 b), Rubinzal-Culzoni, 2004.

⁸⁰ Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Familia, cit., t. 1, pág. 371, núm. 451.

⁸¹ Azpiri, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio”, cit., pág. 277, parágr. 52.

⁸² CNCiv., Sala I, Ed, 182-425, con nota de Mazzinghi, Jorge Adolfo (h.) “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal en los juicios de divorcio o separación personal por la causal objetiva”.

⁸³ CNCiv., Sala I, Ed, 182-425, con nota de Mazzinghi, Jorge Adolfo (h.) “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal en los juicios de divorcio o separación personal por la causal objetiva”.



todos los supuestos la validez de los convenios de liquidación de la sociedad conyugal celebrados con fecha anterior a la sentencia⁸⁴.

También el Dr. Pedro Di Lella está de acuerdo con la validez de los acuerdos en el supuesto considerado, debido a que, según afirma, dicha solución es la que mejor se adecua a lo que es la pauta legal en materia de concepción de la familia y el divorcio⁸⁵.

4.8.3) Convenios celebrados luego de la notificación de la demanda, pero antes de la sentencia

Respecto a la nulidad de los acuerdos de división de los bienes conyugales practicados entre los esposos antes de que se decreta la disolución de la sociedad conyugal, se ha sostenido la validez de los mismos, siempre que hubieran sido celebrados el mismo día de la notificación de la demanda de separación personal o de divorcio, o con posterioridad a ese acto pero antes de la sentencia. Con fundamento en que a esa fecha se retrotrae la disolución de la sociedad conyugal decretada en la sentencia, aun cuando se ha aclarado que su validez se halla condicionada a que efectivamente sea decretada la disolución de la sociedad conyugal⁸⁶.

4.8.4) Convenios nulos: Efectos

Lo cierto es que cualquiera sea la solución admitida, la doctrina mayoritaria considera que dichos convenios, no carecen enteramente de valor, ya que pueden llegar a tenerlo por distintos motivos⁸⁷.

Asimismo, se ha resuelto que si bien puede sostenerse la nulidad de los convenios de liquidación y partición previos a la disolución de la sociedad conyugal, cabe admitir en algunos casos su eficacia reconocitiva o probatoria del carácter ganancial o propio de los bienes aludidos en dichos convenios, con fundamento en el nuevo texto del artículo 1306 del Código Civil que produce ipso iure la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda.

El Dr. Guillermo Borda afirma que una cosa es el convenio de partición como tal, y otra, las declaraciones hechas en el mismo por las partes, que son validas en

⁸⁴ Mizrahi, Mauricio L., “El divorcio por separación de hecho y la cuestión de los bienes”, *La Ley*, 1996-A, 1385 y 1386, VII y VIII.

⁸⁵ Di Lella, Pedro, “El convenio de adjudicación del hogar conyugal en proceso de divorcio por causales ajenas a los artículos 205 y 215”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 15, Bs.As., 1999, pág. 98, nota 6 y 103.

⁸⁶ Grosman, Cecilia P. y Minyersky, Nelly, “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, Bs.As., 1976, pág. 107.



cuanto no pretendan dejar sin efecto el régimen forzoso de comunidad conyugal. Agrega dicho autor que el reconocimiento del carácter de los bienes tienen un valor casi definitivo, no pudiendo prescindirse de ellas al practicar la liquidación⁸⁸.

Por último, recordemos también que en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, del año 1979, se concluyó en la validez de los reconocimientos que las partes hacen, antes de la disolución, del carácter propio o ganancial de determinados bienes o deudas, o de la existencia de determinadas recompensas entre las masas.

4.8.5 Validez del convenio celebrado “en el marco del divorcio luego peticionado”

En materia de liquidación de sociedad conyugal, en muchas oportunidades se han dedicado a la validez de los convenios de liquidación de sociedad conyugal, suscriptos por los cónyuges con anterioridad a la fecha de inicio del proceso de divorcio por presentación conjunta⁸⁹.

En esta ocasión, en el marco de un incidente de homologación del acuerdo de división de bienes de la sociedad conyugal -iniciado simultáneamente con el juicio de divorcio por la causal objetiva de separación de hecho-, la jueza de grado denegó la pretensión homologatoria con sustento en el argumento de que “la transacción acordada vulneraba el art.1218 del Código Civil, máxime que dicho convenio fue celebrado el 24 de Noviembre de 2000 y que la sentencia de divorcio dictada en los autos principales declaró disuelta la sociedad conyugal con efectos al día de la notificación de la demanda” (14/9/2004)⁹⁰.

La Sala 2^a⁹¹. de la Cámara Civil y Comercial de Azul, con fecha 4/12/2008, en autos “C., M. E. s/Homologación de convenio-medida cautelar ” (Causa 52.703) ” revocó la providencia de primera instancia y homologó el acuerdo.

⁸⁷ Sambrizzi, Eduardo, A., “Régimen de bienes en el matrimonio”, La Ley, 1° edición, 2007, Pág. 384.

⁸⁸ Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Familia”, t. 1, pág. 371.

⁸⁹ LNBA 2005-3-404 / LNBA 2007-5-556.

⁹⁰ CCiv Azul, Sala 2°, “C., M.E. s/ Homologación de convenio-medida cautelar, Causa n° 52.703. Disponible en anexo del presente trabajo.

⁹¹ Magistrados votantes: Dr. Jorge M. Galdós, Dr. Víctor M. Peralta Reyes y Dra. Ana M. De Benedictis. Disponible en Anexo del presente trabajo.



“Pese a la marcada diferencia temporal entre la fecha de suscripción del convenio (24/11/2000) y el de su presentación (16/8/2004) habiéndose decretado el divorcio por la causal objetiva reconocida bilateralmente por ambos esposos en dicho convenio (sentencia del 29/12/2005), operó la condición que le confirió eficacia. Y ello porque –insisto- en realidad existió un diferimiento temporal justificante de la presentación judicial posterior motivado por la ausencia del país del esposo, quién se radicó en Uruguay, aunque luego regresó al país [...]. Entonces, existe unicidad fáctica y vivencial entre la separación de hecho y la forma de acordar la división de la sociedad conyugal mediando sólo un diferimiento transitorio de la promoción de la acción judicial que obedeció a dicha y singular razón”. (voto del Dr. Jorge M. Galdós)⁹².

4.8.6 Principio de normalidad

“Según el principio de normalidad, esto es lo que sucede de ordinario según el curso natural de las cosas (doc. art.901 Cód. Civil), al reconocer las causales y hechos del cese de la convivencia, también acordaron cómo dividir sus bienes en un acto que conforme las circunstancias del caso, fue celebrado “en el marco del divorcio luego peticionado” [...], lo que descarta cualquier intento espúreo de procurar, alguno de ambos, ventajas patrimoniales en infracción al régimen del orden público matrimonial (arts.1216, 1218, 1219 y concs. Cód. Civil).” (voto del Dr. Jorge M. Galdós)⁹³.

Téngase en cuenta que el esposo antes de la sentencia de divorcio, y según surge de aquel expediente, revocó sin fundamento alguno ni expresión de causa (salvo la defensa del orden público patrimonial del matrimonio) dicho acuerdo. Por ello su retractación careció de operatividad jurídica para la Alzada.

A continuación me referiré brevemente a la sólida argumentación desplegada en su voto por el magistrado preopinante, Dr. Jorge M. Galdós.

⁹² CCiv Azul, Sala 2°, “C., M.E. s/ Homologación de convenio-medida cautelar, Causa n° 52.703. Disponible en anexo del presente trabajo.



4.8.7 El Art.236 del Código Civil (Ley 23.515)

El art. 236 Código Civil en el 2º párrafo establece que “las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal”.

Por lo que luego de la reforma de la ley 23.515 se admite que “en el marco del divorcio por presentación conjunta los esposos podrán realizar acuerdos acerca de los bienes de la sociedad conyugal y que el Juez podrá objetar una o más disposiciones si a su criterio se afectara ‘gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos’, disposición ésta que se considera en la doctrina y jurisprudencia prevaleciente, extensible y aplicable al divorcio por la causal objetiva de la separación de hecho”⁹⁴.

4.8.8 Doctrina de la SCBA anterior a la ley 23.515

“Los cónyuges no pueden, antes de la sentencia que decreta la separación de bienes, celebrar acuerdos destinados a poner fin a la sociedad conyugal y a distribuirse el patrimonio, ya que siendo de orden público el régimen correspondiente en el matrimonio y como consecuencia, inderogable por la voluntad de los cónyuges, dichos acuerdos carecen de eficacia conforme a lo que disponen los arts.953, 1038, 1044, 1047, 1218, 1231 y concs. del Código Civil”⁹⁵.

4.8.9 Modificación de la doctrina de la SCBA posterior a la ley 23.515

Luego de la reforma, la Suprema Corte Provincial, con arreglo a lo establecido en los arts.205 y 236 Código Civil, interpretó que “ahora en el divorcio por presentación conjunta está permitido a los cónyuges acordar lo vinculado con la forma en que habrá de liquidarse la sociedad conyugal, supeditado al acogimiento de la pretensión de separación y a la aprobación del juez (párr. 4º). Por lo expuesto, ya no

⁹³ CCiv Azul, Sala 2º, “C., M.E. s/ Homologación de convenio-medida cautelar, Causa n° 52.703. Disponible en anexo del presente trabajo.

⁹⁴ Doctrina citada por el magistrado Jorge Mario Galdós: Méndez Costa, M. Josefa en “Código Civil Comentado-Derecho de Familia Patrimonial”, pág.351; Mizrahi, Mauricio Luis “Familia, matrimonio y divorcio”, pág. 435 y 557; Azpiri, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio”, pág.279.

⁹⁵ S.C.B.A. Ac.32771, 21/9/84 “J.A.R. s/Autorización Judicial”



pueden considerarse tales acuerdos alcanzados por lo que prescriben los arts.1218 y 1219 del Código Civil”⁹⁶.

4.8.10 Discusión doctrinaria

Centrándose en la revocación efectuada por el marido (que será desestimada por la Cámara), el magistrado Dr. Galdós⁹⁷ expuso la discusión instalada en la doctrina sobre dos aspectos de los convenios:

1° Si pueden realizarse *antes de la presentación judicial* de la demanda de divorcio (se tratará en segundo lugar).

2° Requisitos o *causales para revocar un convenio* (art.236 Cód. Civil).

Respecto de las causales de revocación de los convenios, se expone en el voto la opinión de los autores y jurisprudencia prevalecientes, que propugna conferirle estabilidad y validez, aceptando su revocación sólo en supuestos más bien excepcionales, por caso si se alegan y prueban vicios de la voluntad.

En general se sostiene que el convenio reviste la fuerza de un acuerdo obligatorio, asimilado a un contrato, por lo que las partes antes de la sentencia sólo podrían alegar un vicio del consentimiento o la lesión con los requisitos que exige el art.954 del Código Civil, por cuanto está en juego la buena fe de las partes y la responsabilidad que deriva de una acción libre y deliberada, y que además, ha formado parte del plexo de acuerdo con la demanda de separación personal o de divorcio vincular⁹⁸.

⁹⁶ Sup. Corte Bs. As., Ac.37.392, 27/10/87, "Salto, Nora Z. c/ Amorosi, Jorge A. Incidente rendición de cuentas y liquidación sociedad conyugal".

⁹⁷ Voto del Dr. Galdós Jorge Mario en fallo: CCiv Azul, Sala 2°, "C., M.E. s/ Homologación de convenio-medida cautelar, Causa n° 52.703. Disponible en anexo del presente trabajo.

⁹⁸ Azpiri, Jorge O. "Régimen de bienes en el matrimonio" cit. pág.279; en ese sentido Mizrahi, Mauricio Luis "Familia, matrimonio y divorcio" cit., pág.435 y citas de notas 122 y 176; Méndez Costa, M. Josefa "Código Civil Comentado-Derecho de Familia Patrimonial" cit., pág.358/359; aut. cit., "Un caso más de convenio pactado antes de la extensión del régimen patrimonial" en anotación laudatoria a fallo de la Suprema Corte de Mendoza en JA 1997-II-633; Lambois, Susana, "Una vez más sobre los convenios de liquidación de la sociedad conyugal previos a su disolución" en comentario aprobatorio a fallo de la Cámara de San Isidro, en L.L.Bs. As.2002-268; Minyersky de Menassé, Nelly, "Convenios de liquidación de la sociedad conyugal" en "Enciclopedia de Derecho de Familia", T° I p.695.



Menciona también que algunas posturas lo conciben como un proyecto revocable o un preacuerdo-retractable⁹⁹.

En el caso, el magistrado afirma que la incausada revocación pretendida por el esposo carece de virtualidad jurídica – aún desde las opiniones de la doctrina que le son más favorables- “porque aún los partidarios de su revisabilidad requieren que concurren circunstancias atendibles; y en el caso no medió ni “invocación de perjuicio en la división”¹⁰⁰ (Gowland), ni alegación de “causa razonable”¹⁰¹ (Fanzolato).

Según la postura del magistrado preopinante y siguiendo los criterios mayoritarios, el convenio sólo puede ser impugnado en supuestos particulares, invocando causales o fundamentos que estuvieron ausentes en el caso: el esposo revocó el convenio sin fundamento alguno ni expresión de causa (salvo la defensa del orden público patrimonial del matrimonio): no invocó vicios de la voluntad¹⁰², ni esgrimió “la lesión resultante del aprovechamiento de la necesidad, de la inexperiencia o ligereza de uno de los esposos o la imprevisión prevista en el art.1198, párr.2º del Código Civil.”¹⁰³ En consecuencia, su retractación carece de operatividad jurídica.

4.8.11 Celebración del acuerdo anterior a su presentación

En este punto de la argumentación, en el que se ha admitido la validez de los convenios de liquidación en los divorcios por separación de hecho y en el que la revocación aducida por el esposo carece de efectos, el Dr. Galdós señala que “lo relevante para admitir la homologación del acuerdo son las circunstancias y situaciones de hecho en las que se celebró ese acto y sus ulterioridades, pese a la ausencia de temporaneidad entre su celebración (24/11/2000) y su presentación posterior (el 16/8/2004)”¹⁰⁴.

⁹⁹ Gowland, Alberto Jorge “Los acuerdos de liquidación de sociedad conyugal y el art.236 de la ley 23515”, L.L.1988-C-693; Fanzolato, E. en Bueres Alberto-Highton Elena “Código Civil” “Derechos Personales en las relaciones de familia”, pág.304.

¹⁰⁰ Gowland Alberto Jorge “Los acuerdos de liquidación de sociedad conyugal y el art.236 de la ley 23515”, LL 1988-C-695.

¹⁰¹ Motivo que acepta Fanzolato en Bueres – Highton, “Código Civil” “Derechos Personales en las relaciones de familia”, T 1-B-p.304.

¹⁰² Obras citadas de Mizrahi, p.435 y notas 177 y 178; Minyersky, Nelly, T I, p.692, punto 11.

¹⁰³ Azpiri, “Régimen de bienes en el matrimonio”, p.283.

¹⁰⁴ CCiv Azul, Sala 2º, “C., M.E. s/ Homologación de convenio-medida cautelar, Causa n° 52.703. Disponible en anexo del presente trabajo.



Por ello, se dedicará a analizar el aspecto gravitante: que el convenio se celebró con anterioridad a su presentación en el juicio de divorcio (art.236 Código Civil)”.

4.8.12 Dos fallos claves

Sobre esta cuestión, el magistrado expresa su coincidencia con los argumentos vertidos en dos fallos: uno de la Suprema Corte de Mendoza -mencionado en un precedente de la Casación Bonaerense- y otro de la Cámara de San Isidro, que siguiendo la doctrina predominante, admitieron la validez de los mentados convenios pese a ser anteriores a la presentación de la demanda de divorcio por presentación conjunta.

4.8.12.1) Fallo de la Suprema Corte de Mendoza¹⁰⁵

Voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci:

Se sostuvo la validez de los convenios de liquidación de sociedad conyugal suscriptos por los cónyuges “antes de la presentación del escrito judicial que peticiona el divorcio por presentación pero en el marco de éste, y agregados al expediente con posterioridad a la sentencia que acoge la pretensión”.

Por vía de principio los convenios celebrados durante la vigencia de la comunidad conyugal son nulos porque en esta etapa “a los esposos no les es permitido derogar la estructura y funcionamiento de la comunidad por vía de decisiones convencionales” (arts.1218, 1219, 1315 y concs. Cód. Civil).

Luego del análisis detallado de los distintos aspectos de la cuestión (normológicos, sociológicos, etc.), la magistrada de la Corte mendocina ponderó que el acuerdo fue suscripto “en el marco del divorcio por presentación conjunta” y que el convenio y agregación en el expediente “están separados temporalmente por escasos quince días, tiempo durante el cual se ejecutó el convenio y cesó la convivencia”.

¹⁰⁵ Suprema Corte de Mendoza Sala 1ª, 21/10/96 “P.,A. y S.,D.F.”, voto Dra. Kemelmajer de Carlucci y con nota aprobatoria a fallo de M. Josefa Méndez Costa “Un caso más de convenio pactado antes de la extinción del régimen patrimonial” cit., J.A.1997-II-628.



En el comentario del fallo, la Dra. Méndez Costa destacó que el convenio era válido no sólo por el breve lapso transcurrido entre la firma y la presentación conjunta de los esposos, sino por la “suficiente evidencia de su integración conjunta”¹⁰⁶.

4.8.12.2) Fallo de la Cámara de San Isidro¹⁰⁷

Voto de la Dra. Graciela Medina:

En la misma línea del fallo mendocino, la Dra. Graciela Medina, afirmó que ante el avance del principio de autonomía de la voluntad en materia de régimen patrimonial del matrimonio, resulta inadmisibles declarar la nulidad de un convenio de liquidación de bienes de una sociedad conyugal “celebrado días antes de presentar la demanda de divorcio por presentación conjunta y cumplido parcialmente con posterioridad a la sentencia de divorcio”.

“El convenio de liquidación de la sociedad conyugal celebrado al tiempo de la demanda de divorcio entre los cónyuges es un negocio válido, sujeto a requisito de eficacia (o “condictio iuris”): el dictado de la sentencia que disuelve la sociedad conyugal (art.1306 Cód. Civil). Poco importa, entonces, que la homologación formal del convenio sea, respecto del fallo, posterior –como acontece en ocasiones por razones formales- o simultánea, dado que el juez no puede negarse a homologar el acuerdo salvo que se negocien derechos indisponibles y sin perjuicio de que las partes soliciten las medidas tendientes a detener la ejecución del acto si hay vicios de la voluntad”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Méndez Costas, Josefa, nota citada, JA 1997-II-633).

¹⁰⁷ Civ.y Com. San Isidro Sala 1ª, 19/10/99 “B.,G. C/ M.,L.”, J.A. 2000-I-574 y LL BA 2000-259, con nota aprobatoria de Lambois, Susana E., “Una vez más sobre los convenios de liquidación de la sociedad conyugal previos a su disolución” en LLBA 2000, p.257.



4.8.13) Distinción entre nulidad y eficacia de los convenios

El Dr. Galdós¹⁰⁹ agrega a su fundamentación, la distinción señalada por el Dr. Lambois, entre nulidad de los convenios (por existencia de vicios o defectos estructurales) y eficacia.

“Los acuerdos pueden realizarse en cualquier momento, aún con anterioridad a la petición de separación personal o divorcio, sin perjuicio de ser denunciados por vicios del consentimiento, lesión u onerosidad sobreviniente, según el caso”.-Lo que debe desecharse es que la celebración de acuerdos durante la vigencia de la sociedad conyugal “para hacerlos valer ante un eventual divorcio, encubriendo acuerdos prohibidos de separación de bienes”, lo que se descartaba en el caso revisado por la Cámara de San Isidro, porque las fechas en que se suscribieron y la de presentación del divorcio “guardan una razonable inmediatez”¹¹⁰.

4.8.14) Admisión de acuerdos de fecha anterior a la presentación de la demanda

En consecuencia, afirma el magistrado, “la nota relevante para admitir la presentación del acuerdo de fecha anterior a la de presentación de la demanda no queda estrictamente limitada a que se celebraron simultáneamente o con posterioridad al escrito de demanda”, sino que siguiendo la opinión del Dr. Mizrahi, “incluso tendría que comprender a los suscriptos con fecha anterior en la medida en que, tras el análisis del juzgador, se los estime acordados en el marco del divorcio vincular o separación personal que después han peticionado las partes¹¹¹”.

En el mismo sentido el Dr. Azpiri expresa que tanto la celebración del acuerdo y como la demanda de divorcio pueden efectuarse “dentro del trámite de negociación previo a la presentación judicial de la misma”¹¹².

¹⁰⁸ Advierte el Dr. Galdós sobre la recepción del voto del Dr. Bueres, en el plenario C.N.Civ., en pleno, 24/12/82, “G.R.L., M.”, en LA LEY, 1983-A, 483, en fallo cit. L.L.B.A.2000-257.

¹⁰⁹ Voto del Dr. Galdós Jorge Mario en fallo: CCiv Azul, Sala 2º, “C., M.E. s/ Homologación de convenio-medida cautelar, Causa n° 52.703. Disponible en anexo del presente trabajo.

¹¹⁰ Voto del Dr. Galdós Jorge Mario en fallo: CCiv Azul, Sala 2º, “C., M.E. s/ Homologación de convenio-medida cautelar, Causa n° 52.703. Disponible en anexo del presente trabajo.

¹¹¹ Mizrahi, Mauricio “Familia, matrimonio y divorcio” pág.559.



4.8.15) Doctrina de la SCBA

Puntualiza el Dr. Galdós que esta interpretación fue acogida por la Suprema Corte de Buenos Aires en el Ac.84162¹¹³, en el que por unanimidad hizo mérito de la postura del Superior Tribunal de Mendoza: Se ponderó especialmente que si bien el convenio carecía de fecha, se hacía expresa referencia a la iniciación del trámite de la presentación conjunta del divorcio, el que fue decretado por la causal prevista por el art.214 inc.2 del Cód. Civil, por lo que tal extremo no constituye motivo que permita soslayar la operatividad del art.236 cit. (voto Dr. de Lázari).

¹¹² Azpiri, Jorge O. “Régimen de bienes en el matrimonio”, pág.278.

¹¹³ S.C.B.A. Ac.84162, 24/9/2003 con primer voto de Dr. De Lázari, “C., M.A.”



CAPITULO 5

DERECHO COMPARADO



5.1 Regímenes legales y regímenes convencionales en el derecho comparado: Autonomía de la voluntad¹¹⁴

Analizando cómo funciona en este tema la autonomía de la voluntad frente al orden público familiar, en el derecho comparado se adoptan distintos criterios¹¹⁵:

5.1.1) Sistema legal imperativo:

Recae en la ley la fijación de un régimen legal, imperativo e inmutable. En este contexto, la autonomía de la voluntad no tiene ingreso permitido. Esta es la realidad en el derecho argentino, como también en Bolivia, Rumania y Cuba.

5.1.2) Sistema convencional no pleno:

Cuando la ley faculta a los cónyuges a optar entre los regímenes previstos, y ante la falta de elección regirá el régimen que la ley fije como supletorio. Generalmente, se establece como supletorio el régimen de comunidad por ser el que mejor protege a los dos cónyuges con independencia de los aportes que cada uno hubiera realizado durante la vigencia del régimen. De esta forma, apelando al fundamento de la solidaridad familiar, se sigue un criterio justo que sea capaz de garantizar un trato igualitario entre los dos miembros de la pareja, cuando éstos no eligieron otra forma de regular sus relaciones patrimoniales. En este sentido, el Código Civil español, después de su última reforma por medio de la ley 13/2005, fija como régimen supletorio la “sociedad de gananciales”, que responde a los caracteres del régimen de comunidad. También siguen el mismo criterio, entre otros: Alemania, Francia, Rusia, Brasil, Paraguay, Chile, Uruguay, Perú, México.

5.1.3) Sistema convencional pleno:

Cuando se abre totalmente el paso a la autonomía de la voluntad. Los cónyuges están facultados para elegir el régimen al que sujetarán sus relaciones patrimoniales y

¹¹⁴ Disponible en:

<http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/RDP%2017/AdrianaKrasnow.pdf>.

¹¹⁵ Méndez Costa, María Josefa (dir.). Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, 409 y ss., citando a Fanzolato. “Régimen de bienes con especial referencia a la sociedad conyugal. Panorama general en el derecho comparado”.



están habilitados para diseñar ciertas normas reguladoras del régimen elegido. En estos casos, también la ley debe fijar un régimen supletorio ante la falta de ejercer la libertad de opción. Ubicamos en este sector a El Salvador, República Dominicana, Nicaragua, entre otros.

En este punto debemos destacar que los países que adhieren a un sistema convencional también se ocupan de regular la posibilidad de cambiar el régimen de bienes durante la vigencia del matrimonio, encontrando países que fijan la inmutabilidad y países que admiten mutar entre los regímenes permitidos. En el primer grupo, mencionamos entre otros a Colombia, Venezuela, Puerto Rico, Portugal; mientras que en el segundo grupo se encuentran Francia, Italia, Alemania, Holanda, Hungría, Brasil, Chile, Uruguay, Paraguay, México, El Salvador, Ecuador, Quebec, entre otros.

De los datos aportados, claramente se advierte la tendencia en el derecho comparado a consagrar la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, ubicándose en una situación de soledad los países sujetos al imperio de la ley.

5.2 Caracterización del régimen vigente en el Derecho Argentino: Puntos de contacto con el régimen vigente en el derecho Colombiano

5.2.1) Caracteres del régimen económico matrimonial Argentino

Con el análisis previo que nos permitió ubicar dentro de los regímenes vigentes en el derecho comparado al régimen dispuesto en el derecho argentino, estamos en condiciones de abordar en este punto sus caracteres.

5.2.1.1) Comunidad diferida restringida a los bienes gananciales

Durante la vigencia de la comunidad y hasta la disolución, cada cónyuge tiene un derecho en expectativa sobre la totalidad de la masa ganancial. Cuando cesa la ganancialidad el derecho en expectativa se convierte en un derecho cierto y efectivo.

Particularmente, en Colombia se fija como regla general el régimen de comunidad de bienes –denominado en el Código Civil “sociedad conyugal”–, con excepción de los casos en que por disposición legal se aplica el régimen de separación de bienes.



5.2.1.2) Legal e imperativo

La pareja unida en matrimonio queda sujeta desde su celebración al régimen de bienes dispuesto en la norma. En consecuencia, prima el orden público por sobre la autonomía de la voluntad.

5.2.1.3) Inmutable como regla

En principio, el sistema de comunidad regirá hasta la finalización del régimen por cualquiera de las causales de disolución previstas en la norma.

El mismo sistema establece como excepción a la regla los supuestos taxativos de separación judicial de bienes enunciados en los artículos 1290 y 1294 del Código Civil.

5.2.2) Partición por mitades como regla, mientras dure la comunidad

Conforme a este principio, el conjunto de bienes gananciales existentes al momento de la finalización de la comunidad se dividirá por partes iguales entre los cónyuges sin consideración del aporte de cada uno. Sin embargo, en los casos donde sea posible recurrir a una partición privada o mixta puede prescindirse del principio de partición por mitades, puesto que el mismo se considera de orden público familiar durante la vigencia de la comunidad de ganancias. En consecuencia, con la disolución la autonomía de la voluntad puede funcionar.

Los cónyuges, si son capaces y están de acuerdo, pueden partir privadamente, por sí o por medio de mandatario con poder especial, prescindiendo de la regla fijada por el artículo 1315, del Código Civil. Quedan también incluidos los emancipados y el inhabilitado civil, si la curatela la ejerce un tercero.

También cuando los cónyuges son capaces y están de acuerdo pueden recurrir a la partición mixta, celebrando un convenio de liquidación y partición por instrumento privado que será presentado al juez para su homologación. Esta posibilidad se admitió inicialmente para el divorcio por la causal de presentación conjunta, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 bis del Código Civil, según texto de ley 17.711. Esta facultad se confirmó en un fallo plenario del 24 de diciembre de 1982 que estableció como doctrina legal: *“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*



validos”¹¹⁶. La Ley de Matrimonio Civil n.º 23.515 del año 1987 mantiene esta posibilidad prevista en el artículo 236 del Código Civil.

Este convenio tiene que ser suscripto en una época contemporánea a la presentación de la demanda de separación personal o divorcio vincular por presentación conjunta, pero sólo producirá efectos después de disuelta la sociedad conyugal¹¹⁷. Esta posibilidad de convenir se extendió en algunas jurisdicciones a los procesos de separación personal o divorcio vincular por la causal objetiva de separación de hecho, aun cuando el legislador guardó silencio al respecto.

5.2.3) Situación en el Derecho Argentino

Entre los proyectos de reforma del Código Civil argentino más cercanos en el tiempo encontramos los que se presentaron en el año 1992 y 1998. Ambos se caracterizan por permitir el ingreso de la autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, sin olvidar el recurso a la solidaridad familiar cuando la situación económica de cada cónyuge lo exige. Asimismo coinciden al disponer que frente a la falta de elección regirá como régimen supletorio la comunidad de ganancias. Brevemente, analicemos cada proyecto en particular:

a). *Proyecto del año 1992*: Permite la elección entre los regímenes de comunidad, de separación de bienes y de participación en las ganancias tanto en la convención prenupcial como, bajo ciertas condiciones, durante la vida del matrimonio¹¹⁸.

b). *Proyecto del año 1998*: Permite la elección entre los regímenes de comunidad o separación de bienes, actuando el primero como supletorio ante la falta de opción. Se admite la celebración de una convención matrimonial donde conste el tipo de régimen que regulará los efectos patrimoniales con posterioridad a la celebración del matrimonio. Asimismo se faculta a cambiar el régimen por sentencia judicial en el caso de separación de bienes, y por convención de los cónyuges. La convención puede ser otorgada si han transcurrido dos años de aplicación del régimen matrimonial.

¹¹⁶ CNC, en pleno, 24/12/82, en *ED*, 102-515.

¹¹⁷ Conforme a lo dispuesto en el artículo 1306, C. C. s/texto ley 23.515: “La sentencia de separación personal o divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los conyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe [...]”.

¹¹⁸ Kemelmajer de Carlucci. “Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil (Decreto n.º 468/92)”, en *JA*, 1993-IV-842.



Consideramos interesante destinar un espacio a estos proyectos, porque a partir de ellos creció la corriente de opinión que sostiene la necesidad de modificar nuestro sistema legal por otro, que permita el ingreso de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, conforme a la tendencia impuesta en el derecho comparado.

5.2.4) Cambios de paradigmas en el derecho de familia que exigen cambios en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges

Tras el análisis de los caracteres del régimen de bienes en el derecho argentino, se desprende que la finalidad del legislador, al consagrar la comunidad de ganancias como único régimen, ha sido preservar la solidaridad familiar en el aspecto patrimonial, estableciendo un sistema protector sustentado en el orden público familiar.

En este sentido, una pareja es libre cuando decide casarse, pero después de contraer matrimonio la libertad de decisión queda condicionada por el conjunto de deberes y derechos de contenido personal y patrimonial fijados por la ley. A diferencia de otras legislaciones enunciadas en los puntos anteriores, no contamos con una norma que faculte a los cónyuges a optar el tipo de régimen que regulará sus relaciones de contenido económico.

Ahora bien: este sistema guardaba armonía con el modelo de familia existente en la época de entrada en vigencia de nuestro Código Civil, cuando la actuación de la mujer quedaba limitada al ámbito doméstico. En la actualidad posmoderna, con una ubicación familiar y económica social idéntica entre la mujer y el marido, se impone la necesidad de adaptar la normativa vigente a las nuevas realidades sociales. Un ejemplo encontramos en lo dispuesto en los proyectos de reforma del Código Civil de los años 1992 y 1998, al reconocer la autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, sin olvidar el recurso a la solidaridad familiar cuando la situación económica de cada cónyuge lo exige.

En igual sentido, en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), el despacho de *lege ferenda* aprobado por la mayoría estableció:

I- Debe posibilitarse a los futuros cónyuges la adopción, mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos que regulen sus relaciones y las relaciones de los cónyuges con terceros. A falta de capitulaciones se aplicará un régimen supletorio. En cambio, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999) se elaboraron dos despachos opuestos: 2. Sobre la conveniencia de la



modificación del régimen. Despacho A) Debe mantenerse el régimen único, legal, forzoso e inmodificable, actualmente vigente. Despacho B) Los cónyuges deben tener la facultad de optar por un régimen distinto al legal supletorio, que debe continuar siendo el de comunidad de ganancias.

Siguiendo lo propuesto en los códigos proyectados y en sintonía con el derecho comparado, corresponde seguir trabajando en una reforma en el derecho interno capaz de instalar la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones patrimoniales, estableciendo, al mismo tiempo, un marco normativo protector de la familia aplicable para cualquiera de los regímenes permitidos. Esto último se alcanza mediante un conjunto de normas imperativas que se integren al denominado régimen primario.

Como señala Fanzolato, “Sin perjuicio del régimen de bienes elegido, o con vigencia forzosa o supletoria, los ordenamientos matrimoniales actualizados contienen una normativa que rige en toda situación. Se trata de cuestiones que, por razones de equidad y de amparo a la familia y a los terceros, la ley no debe dejar libradas a los preceptos comunes ni al arbitrio de los esposos sino que impone soluciones que, en conjunto, integran una plataforma jurídica mínima, que gobierna a todos los matrimonios, cualquiera sea el particular régimen de bienes aplicable”¹¹⁹.

Si bien recibe este nombre, no se trata de un régimen paralelo a los previstos para regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges, sino que comprende el conjunto de deberes que nacen a partir del nacimiento del vínculo conyugal: manutención de la familia; educación de los hijos; colaboración en el pago de contribuciones y demás gastos esenciales en el hogar, protección y destino de la vivienda familiar y de los muebles incorporados a ella; responsabilidad por las deudas derivadas de los supuestos enunciados, entre otros. En algunas legislaciones, dentro del mismo también se incluyen normas sobre igualdad jurídica entre cónyuges y los contratos permitidos entre ambos. Entre los países que consagran un régimen primario encontramos a Francia, Holanda, Finlandia, Grecia, España, Suiza, Portugal, Bélgica, Costa Rica, Venezuela, Panamá, Brasil, Paraguay y también la provincia de Québec.

Este conjunto de normas persigue establecer un marco de protección del interés familiar y de los terceros en aquellas cuestiones que no pueden quedar abiertas a la libertad de decisión de los esposos. De esta forma, estas disposiciones legales deberán cumplirse con independencia del régimen elegido. Si, por ejemplo, optaren por un

¹¹⁹ Méndez Costa. Código Civil comentado. Derecho de familia patrimonial, cit., 415, citando a Fanzolato. “Régimen de bienes. Derecho comparado”.



régimen de separación de bienes, la libertad e independencia en el actuar quedará limitada en los supuestos comprendidos en este sistema de base. En este sentido, en Colombia, cuando en el matrimonio rige el régimen de separación, ambos esposos responden por ciertas deudas, como sería el caso de obligaciones vinculadas al socorro y ayuda mutua que se deben entre sí.

En suma, admitir el ingreso de la autonomía de la voluntad no produce como consecuencia el desplazamiento del principio de solidaridad familiar. Este valor siempre está presente en los diversos institutos que conforman el derecho de familia, por tratarse de un valor básico de la familia en sus diversos tipos o formas.



CAPITULO 6

CONSIDERACIONES FINALES



Conclusión:

En casi todos los casos de ruptura matrimonial, los esposos buscan un acuerdo sobre los distintos aspectos constitutivos de la vida en común. Es así que, en forma documentada o verbal, resuelven quién tendrá de ellos la guarda de sus hijos, cuál será el régimen de visitas para el otro progenitor, monto de los alimentos, para finalmente decidir sobre la distribución de los bienes gananciales.

Esta actuación constituye una práctica social de innegable vigencia, práctica que responde a la necesidad que tiene la pareja de adoptar decisiones sobre las cuestiones nacidas de la nueva situación.

Nadie discute el derecho de los esposos para reglar materias como tenencia de hijos, régimen de visitas, alimentos, siempre que los pactos no violen principios que la sociedad obliga a respetar, en función del interés superior del niño. Pero, en cuanto los cónyuges conviven dentro del marco patrimonial, estableciendo una forma de división de bienes, los criterios difieren.

El régimen de los bienes en el matrimonio se ha definido como un sistema legal y forzoso, donde no tiene cabida la voluntad de los contrayentes.

La sociedad conyugal principia desde la celebración del matrimonio, y no puede estipularse que comience antes o después. No puede ser reemplazada por otro régimen patrimonial contractual. El único sistema legal es el de comunidad de ganancias, y los futuros contrayentes no podrán adoptar ningún otro que le dé distinta composición al capital de la comunidad.

En la época en que Vélez Sarsfield legisló sobre la materia, lo habitual era que los esposos convinieran en forma previa el modo en que habrían de gobernarse los bienes. “El contrato formaba la regla, lo excepcional era que la ley supliera la voluntad de los interesados en caso de silencio”¹²⁰.

El codificador se apartó de esta concepción: instituyó la sociedad conyugal, la cual se establece simultáneamente con el matrimonio y está regida por preceptos que no admiten derogación voluntaria. Estamos, por tanto, en presencia de una estructura rígida, que excluye toda idea de convención.

¹²⁰ Lafaille, Héctor, “Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia, Biblioteca Jurídica Argentina, Bs.As., 1957, 2da. Edición, Pág. 69.



Las únicas convenciones admitidas en nuestro ordenamiento son las llamadas convenciones matrimoniales, las cuales son definidas en el artículo 1217 del Código Civil, el cual reza:

“Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1) La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 2) Las donaciones que un futuro cónyuge hiciere al otro.”

El carácter estrictamente legal del régimen de bienes en el matrimonio es definido enfáticamente en el artículo 1218 del Código Civil, cuando preceptúa que:

“Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro. O del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor.”

Esta disposición se halla ligada al artículo anterior, y su interpretación requiere un examen en conjunto. El primero fija cuales son las estipulaciones que los esposos pueden celebrar antes del matrimonio, y el siguiente decide la ineficacia de todo otro pacto que no tenga los objetos señalados.

El artículo 1218 tiene su fuente en el artículo 1242 del Proyecto de Código Civil del Brasil, de Freitas, y se refiere exclusivamente a las convenciones que celebran los futuros contrayentes en materia de bienes, convenciones que no pueden ser otras que las indicadas en el artículo 1217.

El artículo 1219 consagra la imposibilidad de formalizar contratos de matrimonio después de celebrado este, agregando que los que se hubieran hecho antes no podrán ser revocados, alterados o modificados.

Los tres artículos mencionados, constituyen la valla normativa a la libertad de contratación entre cónyuges en cuanto al régimen patrimonial.

El Dr. Eduardo A. Zannoni¹²¹, afirma que, “cuando se trata de convenios celebrados con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, se está en presencia de un reconocimiento de derechos que en nada afecta la norma del artículo 1218 del Código Civil”. “No se trata aquí, sostiene, de modificar o alterar el derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, ya que tales reconocimientos estarán siempre subordinados al título primordial que emana de la ley y que prohíbe toda renuncia, alteración o modificación de las normas que gobiernan la naturaleza y los alcances de los derechos”. “El valor del reconocimiento, agrega, residirá en la preconstitución de un

¹²¹ Zannoni, Eduardo A., “Los convenios de liquidación y partición de la sociedad conyugal previos a la disolución,” LL 136-1.



medio probatorio plenamente hábil para exigir, una vez disuelta la sociedad conyugal, una forma especial de liquidación”. “Se estaría en presencia, dice, de dos actos unilaterales por los cuales cada uno de los esposos reconoce al otro, en la determinación material de la liquidación y partición, los derechos de restitución y partición que al momento de la disolución le corresponden”.

Ahora bien, ¿Pueden considerarse los convenios de liquidación de la sociedad conyugal celebrados antes de la disolución, una especie de las que en nuestra legislación se denominan “convenciones matrimoniales”?

La respuesta a nuestro entender resultaría negativa, ya que las únicas convenciones permisibles son las que reza el artículo 1217 del Código Civil, las que deben celebrarse antes del matrimonio. Por lo tanto, el convenio de partición de bienes gananciales que los esposos pudieran formalizar antes de la disolución, no violaría lo dispuesto por el artículo 1218 del Código Civil. Esta disposición solo reafirma la imposibilidad de suscribir convenciones matrimoniales, es decir, previas o concomitantes al enlace, con contenidos diferentes de los previstos por la ley.

Cuando la doctrina o jurisprudencia niegan validez a los acuerdos de liquidación previos a la disolución, fundadas en la prohibición del artículo 1218 del Código Civil, no interpretan adecuadamente a nuestro entender la naturaleza de tales acuerdos, que no tienen el carácter de las denominadas convenciones nupciales, ya que solo estas son las que se instrumentan antes del matrimonio.

Por otro lado, durante el desarrollo del Capítulo 5 del presente trabajo, pudimos comprobar que la tendencia en el derecho comparado es a favor del ingreso de la autonomía de la voluntad, ubicando a la Argentina entre los pocos países que conservan un régimen legal e imperativo. Por lo que corresponde seguir trabajando en una reforma en el derecho interno, capaz de instalar la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones patrimoniales, estableciendo, al mismo tiempo, un marco normativo protector de la familia aplicable para cualquiera de los regímenes permitidos. Esto último se podrá alcanzar mediante un conjunto de normas imperativas que se integren al denominado régimen primario.

Como señalamos, admitir el ingreso de la autonomía de la voluntad en este ámbito no traerá como consecuencia el desplazamiento de valores propios de la estructura familiar, sino que coadyuvará a la realización de éstos en armonía con las particularidades propias de cada familia.



Asimismo, es destacable que no hace al interés social ni a la defensa del orden público, agravar las relaciones patrimoniales entre los cónyuges formulando reparos a los convenios relativos a los bienes comunes. Es indudable que la admisión de los acuerdos sobre estos aspectos ayudará a disminuir la tensión entre los litigantes e, incluso, mejorará el clima para hallar otras soluciones concertadas en efectos benéficos para el núcleo familiar en crisis.

La validez propuesta servirá entonces para coartar los impulsos destructivos que la patología de los cónyuges hace desplegar en los procesos contradictorios, ya que tanto en el divorcio por presentación conjunta como en el contencioso, al momento de la liquidación y partición de los bienes de una sociedad, en ambos casos estaremos frente a una sentencia con idéntico contenido.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia deberán ser capaces de considerar a los convenios de liquidación como acuerdos de voluntades entre esposos, cuyo fin no sea alterar el funcionamiento del régimen de la sociedad conyugal, sino establecer pautas para su liquidación.

Por lo que permitir el ingreso de la autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales, autorizando el uso de convenios de liquidación previos a la disolución de la sociedad conyugal, traerá mayores beneficios para los cónyuges. Estos beneficios consistirán en la disminución de la litigiosidad, reduciendo las tensiones, haciendo ahorrar tiempo y dinero a las partes, y por último, al ser decididos por mutuo acuerdo, estos no le serán impuestos y resultaran menos difícil su cumplimiento.

Por lo tanto, creemos estar en condiciones de propugnar la validez de los convenios de liquidación, previos a la disolución de la sociedad conyugal, como así también afirmar la conveniencia de su utilización.



BIBLIOGRAFIA



Obras de autores consultados:

1. Belluscio, Augusto C., “Nociones de Derecho de Familia”, bibliográfica Omeba, t. V.
2. Betti, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1935, Segunda Edición.
3. Bibiloni, Juan A., “Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, Abeledo Valerio, t. II.
4. Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil-Familia v. 1, La Ley, 10ª ed., BsAs., 2008.
5. Di Lella, Pedro, “El convenio de adjudicación del hogar conyugal en proceso de divorcio por causales ajenas a los artículos 205 y 215”, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, núm. 15, Bs.As., 1999.
6. Escribano, Carlos, “Las hijuelas conyugales desaparejas”, cit., LA LEY, 1989-B,887,VI.
7. Gowland, Alberto Jorge “Los acuerdos de liquidación de sociedad conyugal y el art.236 de la ley 23515”, L.L.1988-C-693.
8. Grosman, Cecilia P., Minyersky Nelly, “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, Ed. Depalma, BsAs., 1976.
9. Guaglianone, Aquiles, *Teoría de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal en el derecho argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1965, nros. 416 y ss..
10. Gustavino, “El sistema de indemnizaciones o recompensas de la sociedad conyugal”, Revista Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, núms. 98-99.
11. Kemelmajer de Carlucci. “Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil (Decreto n.º 468/92)”, en JA, 1993-IV-842.
12. Lafaille, Héctor, “Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia, Biblioteca Jurídica Argentina, Bs.As., 1957, 2da. Edición.
13. Lagomarsino, Carlos A. R., “Compraventa entre cónyuges”, LL, 136-1396 y siguientes.



14. Lambois, Susana, “Una vez más sobre los convenios de liquidación de la sociedad conyugal previos a su disolución” en comentario aprobatorio a fallo de la Cámara de San Isidro, en L.L. Bs. As.2002-268.
15. Llambias, Jorge J., “Estudio de la Reforma del Código Civil. Ley 17.711, Revista de Jurisprudencia Argentina, Bs. As., 1969, nota 286.“Tratado de Derecho Civil”, Parte General, Perrot, Bs.As., t. II.
16. Machado, J. O., “Exposición y comentarios del Código Civil Argentino”, Félix Lajouane, 1903, t. III.
17. Maffía, Jorge O., “El divorcio por presentación conjunta y los convenios de disolución de la sociedad conyugal”, con nota de crítica negativa a CNCiv., en pleno, 21-12-82, L.L. 1983-A-483.
18. Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, cit., t. II, nro. 439.
19. Méndez Costa, María Josefa, Ferrer, Francisco A. M., D’Antonio Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2008.
20. Méndez Costa María Josefa, Código Civil Comentado, Derecho de Familia Patrimonial, Rubinzal-Culzoni, 2004.
21. Minyersky, Nelly, Convenios de liquidación de la sociedad conyugal, en Enciclopedia de Derecho de Familia cit., t. I-685, N° 8.
22. Mizrahi, Mauricio L., “El divorcio por separación de hecho y la cuestión de los bienes”, La Ley, 1996-A, 1385 y 1386, VII y VIII.
23. Moreno Rodríguez, Rogelio. “Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales”. Editorial Depalma. Bs. As., 1974.
24. Orgaz, Alfredo, Hechos y actos o negocios jurídicos, Víctor P. de Zavalia, BsAs., 1963.
25. Pothier, Robert, *Oeuvres*, Beauce, París, 1819, T. XI.
26. Sambrizzi, Eduardo, A., “Régimen de bienes en el matrimonio”, La Ley, 1° edición, 2007.



27. Segovia, Lisandro, “El Código Civil en la Republica Argentina. Explicación y crítica”. BsAs. 1881 Imprenta de Pablo E. Conti; tomo I.
28. Spota, Alberto G., Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. I, vol. 3. “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal por convenio entre cónyuges”, JA, 1956-I.
29. Vidal Taquini, Carlos. “Matrimonio Civil. Ley 23.515”, comentario al art. 236, Revista Jurídica.
30. Zannoni, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. I, nro. 543.

Normativa Consultada:

- CÓDIGO CIVIL. Editorial Zavalía, 2008.

Consultas de páginas Web:

- <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/RDP%2017/AdrianaKrasnow.pdf>, fecha de consulta 01/10/10.
- <http://compact.abeledoperrot.com>.
- <http://www.villaverde.com.ar/es/sentencias/m-de-r-a-m-y-r-j-a-s-divorcio-art-215-cciv-tribunal-de-familia-n-3-de-lomas-de-zamora-15-3-2005/> , fecha de consulta 23/09/10.

Jurisprudencia consultada:

- Autos: "G. R. L. M. y M., E. L." Fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 24/12/82. Disponible en: http://compact.abeledoperrot.com/pprof_nxt/onl.dll?f=templates&fn=default.htm&Tit=&2.0&vid=ar2:vblue1&ini=true&atoc=30&global=g_&usuario=128804&g_vista=ar2:v . Disponible en Anexo del presente trabajo.
- Fallo Plenario: “*Bollini de Battilana, Matilde v. Schóo Lastra, Oscar y otro*”; Tribunal: C. Nac. Civ., en pleno; 17/10/1924; Publicado: JA18-111. Disponible



en:http://compact.abeledoperrot.com/pprof_nxt/onl.dll?f=templates&fn=default.htm&Tit=&2.0&vid=ar2:vblue1&ini=true&atoc=30&global=g_&usuario=128804&g_vi. Disponible en Anexo del presente trabajo.

- Autos: “C., M. E. S/HOMOLOGACIÓN DE CONVENIO-MEDIDA CAUTELAR” (CAUSA 52.703) –Dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala 2 – Sentencia dictada con fecha 4/12/2008. Disponible en http://compact.abeledoperrot.com/index.php?pub_id=99&sid=620&aid=40659&eid=46&NombreSeccion=Jurisprudencia%20provincial&Accion=VerArticulo. Disponible en Anexo del presente trabajo.-
- Autos: “M. de R., A. M. y R., J. A. S/ DIVORCIO (ART. 215 CCiv.)”. Dictado por el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia n. 3 de Lomas de Zamora, el 15/3/2005. Disponible en: <http://www.villaverde.com.ar/es/sentencias/m-de-r-a-m-y-r-j-a-s-divorcio-art-215-cciv-tribunal-de-familia-n-3-de-lomas-de-zamora-15-3-2005/>. Disponible en Anexo del presente trabajo.



ANEXO



Tribunal: C. Nac. Civ., en pleno

Fecha: 24/12/1982

Partes: G.R.L.M. y M. E. L.

Publicado: JA 1983-I-652.

DIVORCIO VINCULAR Y SEPARACIÓN PERSONAL - Por presentación conjunta - Convenios de separación de bienes - Formulación con anterioridad de la sentencia de divorcio y de disolución de la sociedad conyugal - Validez

Buenos Aires, diciembre 24 de 1982.

Reunidos en Acuerdo Plenario los jueces de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con el objeto de establecer la doctrina legal aplicable respecto de la siguiente cuestión:

"Si 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 del divorcio y de disolución de la sociedad conyugal son válidos".

La mayoría, en forma impersonal dijo:

1º Antes de la reforma introducida al Código Civil por la ley 17711 y cuando sólo existía el juicio de divorcio de trámite contradictorio, tanto la doctrina como la jurisprudencia negaban validez a los acuerdos de partición de bienes efectuados por los esposos con anterioridad al dictado de la sentencia de divorcio y disolución de la sociedad conyugal, por considerarlos una disolución anticipada violatoria de la prohibición de orden público establecido, entre otros, por los arts. 1218, 1219, 1231, 1291, 1299 y 1306 CCiv. (conf. C. Civ., 2ª Cap., 12/05/1926, JA 20-310, con nota de Díaz de Guijarro; C. Nac. Civ., sala A, 10/04/1969, LL 137-760; íd., sala B, 25/11/1954, LL 78-91 (4); íd. íd. 27/12/1957, LL 91-536; íd., íd., 18/9 62, LL 110-930; íd., sala C, 06/02/1970, Digesto Jurídico LL t. I-2, p. 769, n. 574 y sus citas; íd., sala D, 13/03/1968, LL 133-978, 19.345-S (5); íd., sala F, 31/03/1960, LL 100-785; íd. íd., 15/06/1961, LL 106-979. Borda, "Tratado de derecho civil argentino-Familia", ed. 1973, t. 1, p. 330 y su cita de Rébora, "Instituciones de familia", t. 3, p. 382; Bossert, "Convenios de liquidación entre cónyuges", LL 149-970; Colombo, L. A., "Efectos jurídicos de la separación conyugal de hecho", LL 39-969; Zannoni, "Los convenios de liquidación y partición de la sociedad conyugal previos a su disolución", LL 136-4, entre otros).

No obstante existía cierta elasticidad de criterio, en tanto se admitía la validez de esos acuerdos sobre algunos aspectos que, aunque secundarios, no dejaban de tener real importancia en la distribución de los bienes, ya sea respecto de su calificación o valor o con relación a la entrega de un cónyuge hacia el otro -anticipo de su parte en la comunidad-, claro está que todo ello supeditado a la sentencia firme que declarara disuelta la sociedad conyugal y, también sin perjuicios del derecho de terceros (conf. C. Nac. Civ., sala A, 10/04/1969, LL 137-759, 22.836-S; íd., sala C, 21/09/1953, JA 1954-II-287; íd. sala D, 13/03/1968, LL 133-978, 19.345-S; S. C. Bs. As., 29/02/1972, LL 147-376; Borda, op. cit., t. 1, p. 331; en contra S. C. Bs. As., 29/12/1958. LL 97-9, preopinante Acuña Anzorena con adhesión de los demás integrantes, aunque reconociendo que se pueden tener en cuenta las entregas realizadas como anticipo de parte de gananciales).



Ante este panorama pacífico sobre la materia, en 1968 se produce la mentada reforma de la que se rescatan dos innovaciones fundamentales en el tratamiento del tema que origina este plenario. Por un lado se sustituyó el art. 1306 CCiv., introduciendo un nuevo texto que estableció que la sentencia de divorcio produce "ipso iure" la disolución de la sociedad conyugal, con efecto al día de la notificación de la demanda. En este sentido quedó en claro que para que se produzca tal disolución no se precisa ejercer facultad alguna; la culpabilidad tampoco incide en el régimen de extinción de la comunidad y, sobre todo, dispuso la retroactividad a la fecha de notificación de la demanda, zanjando así las polémicas que en este último aspecto requerían una definición legislativa (conf. reseña en Borda, op. cit. t. 1, p. 325 y en "La reforma de 1968 al Código Civil", p. 453 y citas de jurisprudencia y doctrina).

Por otro lado la reforma introdujo en la ley de matrimonio civil 2393 el art. 67 bis, que admite el divorcio por presentación conjunta, reglamentación nueva con régimen propio que no reconoce precedentes en los anteriores proyectos de reforma y que es única en la legislación comparada, como ya fuera señalado por este tribunal en uno de los varios plenarios que debió dictar con anterioridad (conf. C. Nac. Civ. en pleno, C.A. y M.M.J. del 31/03/1980, ED 87-367; LL 1980-B-251; JA 1980-II-185). La norma no hace expresa remisión al art. 1306 CCiv., para determinar el momento en que en esta clase de divorcio se produce la disolución de la sociedad conyugal, pero unánimemente se interpreta que es con efecto al día de la presentación conjunta, oportunidad en la cual coinciden la iniciación y notificación de la demanda (conf. Araujo, "Validez de los acuerdos patrimoniales entre cónyuges, anteriores a la sentencia de divorcio", "Juris", Rosario, Santa Fe, t. 42, p. 209; Belluscio, "Manual de derecho de familia", ed. 1974, t. 1, p. 379; León Feit, "El art. 67 bis, ley 2393. Doctrina y Jurisprudencia", Cuadernos de los Institutos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, n. 119, p. 5; Gowland, "Validez de los convenios de liquidación y partición de la sociedad conyugal en el régimen del art. 67 bis de la ley 2393", "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", año 1977, t. XXXVII, n. 1, p. 75; Zannoni, "Derecho de familia", ed., 1978, t. 2, p. 244 entre otros).

El texto del art. 67 bis agregado a la ley de matrimonio civil ha hecho necesarios el fallo plenario ya mencionado y otros fallos interpretativos anteriores (conf. C. Nac. Civ. en pleno, B. de D., M. y D., C. F., del 20/07/1972, ED 43-492; LL 147-392; JA 15-1972-280; íd. íd. F. Ch., JA y F. de F. Ch., O.B., del 18/05/1977, ED 73.263. LL 1977-B-433; JA 1977-II-609; íd. íd. C., E. J. y L., L. V., del 15/07/1977, ED 74-263; LL 1977-C-352; JA 1977-III-468). Se agrega éste que debe resolver si los acuerdos de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal pueden ser válidamente presentados con anterioridad al dictado de la sentencia, para que ésta se limite a homologarlos, o si por encontrarse afectada la prohibición de orden público que emana de los arts. 1218 y 1219 CCiv., deben ser posteriores o, siendo anteriores, necesitan ratificación posterior para darles eficacia.

La norma en cuestión es concisa y dio pie a la doble interpretación no sólo jurisprudencial, razón de este plenario, sino también doctrinal. Luego de señalar el trámite, los efectos de la sentencia, y contemplar tanto en el escrito inicial como en las audiencias posteriores la posibilidad de dejar a salvo el derecho de uno de los cónyuges a recibir alimentos, en párrafo aparte dispone que "si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta tramitará por vía sumaria", sin determinar expresamente la oportunidad de ese acuerdo, o sea, si debe ser posterior o se admite el anterior al dictado de la sentencia.

2º Tanto en el trámite del divorcio tradicional contradictorio, cada vez menos frecuentemente, como en el correspondiente al de presentación conjunta que autoriza el art. 67 bis ley 2393, luego del dictado de la sentencia los cónyuges convienen la forma en que habrá de liquidarse la sociedad conyugal. La naturaleza y adjudicación de bienes, su valor, créditos compensatorios y aporte en las deudas se instrumentan en acuerdo que se presenta al juez para su homologación, lo que obviamente no merece reparos porque al encontrarse disuelta la



sociedad conyugal, la prohibición impuesta por razones de orden público ha desaparecido. Y ésto aunque la distribución de los bienes no responda a una igualdad matemática o económica.

Pero en los casos de presentación conjunta, la experiencia tribunalicia demuestra que escasos son aquellos acuerdos posteriores a la sentencia y, en cambio, corrientes los convenios realizados con anterioridad y que se presentan -por lo general- como parte integrante del escrito inicial o durante el trámite. Y es precisamente esa práctica, de la que el intérprete no puede desentenderse al margen de cualquier teorización ajena a ella, que ha llevado al desencuentro interpretativo, pues mientras jurisprudencialmente es opinión mayoritaria la que sostiene la validez de los convenios, en el criterio de autorizados autores se tiene una opinión inversa.

En efecto, en este tribunal se expidieron por la validez (las salas A R. 277.760, N. de D., V. M. y D., V. J. H., del 06/04/1982, B con composición parcialmente distinta, R. 217.900, F., I. y V. de F., E., del 13/05/1977, C, R. 260.341, T. de C. y C., O., del 17/04/1980, D, R. 202.327, M. de M., S. E. y M., J. G., del 23/06/1982 y E, con composición parcialmente distinta, R. 229.145, P. de D., M. E. y D., C., del 09/08/1978, criterio que también fue sostenido por otros tribunales en precedentes que sobre el tema incluyen las publicaciones especializadas a partir del año 1969, C. 1ª Apel. de Mar del Plata, Z. de A., S. y A., R., del 05/02/1970, ED 36-726 y C. 1ª CC. B Blanca, P., R. R. y A., M., del 06/03/1980, DJJB.A., La Plata, t. 118 p. 403). Por la nulidad en cambio, se inclinaron las resoluciones de las salas F (R. 261.577 W., y G. de W., S. O., del 05/02/1981) y G (L. 279.827, S., F. J. y F. de S., M., del 20/05/1982).

En doctrina sostienen la nulidad Ayarragaray "El acuerdo para la liquidación de la sociedad conyugal, art. 67 bis", LL 140-1123); Belluscio ("El régimen de la sociedad conyugal en el período de su liquidación", "Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires", n. 848, año 1980, p. 21), Bossert ("Convenios de liquidación entre cónyuges", LL 149-968); Fassi ("Código Procesal. . .", t. 3, p. 517); Fassi-Bossert ("Sociedad conyugal", t. 1, p. 112); Gowland (op. cit., 75 y "Los convenios de liquidación y partición de sociedad conyugal celebrados en el divorcio por presentación conjunta: ¿Nos encaminamos hacia un plenario?", ED 94-231); Goyena Copello, ("Nulidad de los convenios anticipados de liquidación de la sociedad conyugal", LL 1977-C-285) y, finalmente, fue la conclusión mayoritaria de las VII Jornadas de Derecho Civil de Buenos Aires, 26-29/09/1979 (JA 1979-IV-798). Apoyan la validez Araujo (op. cit., p. 209); Crespi ("Ley de matrimonio civil - ley 2393, modificada por la ley 2681", en "Examen y crítica de la Reforma del Código Civil", 4 Vol. I, Familia, p. 125); Escribano ("Reforma a la ley de matrimonio civil", ED 25-843, y "La negociación de la culpa en el divorcio consensual", LL 151-817); León Feit (op. cit., p. 5); Lambois ("Los convenios sobre disolución de la sociedad conyugal en el Código Civil antes y después de la reforma de la ley 17711", "Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires", n. 816, año 1974, p. 1249) y Mancuso ("El art. 67 bis de la ley de matrimonio civil", en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil" 4 Vol. I, Familia, p. 191).

Esta disparidad de criterios interpretativos de la norma no es más que la que se produce a veces en el derecho vivo frente a las teorizaciones. Autores prestigiosos siguen un esquema legal anterior que no es el propio del nuevo sistema introducido por el art. 67 bis. Según ellos la admisión de los acuerdos resquebraja todo el sistema de la comunidad conyugal, y plantea la posibilidad de negociados inadmisibles y peligrosos para la inigualdad patrimonial de los cónyuges.

Los jueces, en cambio, que sientan sus doctrinas frente a los casos concretos con el único afán de no resolver en la injusticia, demuestran que aquel sistema efectivamente se desdobra. Pero no es que se resquebraja porque así lo interpretan, sino porque es la ley misma la que lo estatuye con una finalidad claramente definida.



Desde otro ángulo de la cuestión, al no estar los cónyuges en el planteamiento combativo de sus afectos e intereses, en donde puede producirse la desigualdad y la supremacía del uno sobre el otro, la amenaza, la lucha y la acusación que se debe programar y acreditar, sino en igualdad de posiciones y en conciliación de soluciones sobre todo el panorama matrimonial, se aleja el riesgo de transacciones impuestas, de la conminación o del ultimatum frente a imputaciones y revelaciones de asuntos íntimos que por alguno de ellos se prefiriere ocultar.

La norma, inclusive, y por ello mismo, permite que los esposos se aparten de la directiva general de orden público que otrora impusiera el régimen derogado de Vélez Sarsfield -arts. 204 y 207 CCiv.-- y que luego siguiera en la ley 2393 -arts. 67 y 70 --, facultándolos a que no invoquen por escrito ni prueben causales taxativas de divorcio; a que, con la sola mención de que existen ". . .causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común", expuestas en secreto al juez, puedan pedir la separación personal y, nada menos, confesar la propia culpa declinando la inocencia a pesar de las trascendentes consecuencias que ello conlleva.

3º De lo expuesto surge indudable que el art. 67 bis abre una brecha en el régimen conyugal, a punto tal que al decir de Borda "en adelante, hay dos procedimientos perfectamente diferenciados para obtener el divorcio: uno es el del art. 67, regido por los mismos principios y reglas imperantes hasta la sanción de la ley 17711; y el otro, el del art. 67 bis" (conf. op. cit., t. I, p. 413). Frente a este sistema tan especial no parece razonable aplicar las disposiciones del Código Civil relativas a la oportunidad de acordar la liquidación de la sociedad conyugal (arts. 1218 y 1219), cuyo carácter imperativo no se desconoce si se trata del divorcio contradictorio, pues con relación a esta clase de juicio fueron sancionados. Se logra, así, la conciliación entre ambos sistemas aparentemente antagónicos, puesto que, tratándose de procedimientos distintos y que se corresponden con diferente situación de fondo en el rompimiento de la unión matrimonial, cada uno tiene su propia génesis y se desenvuelve en su respectivo marco.

Los esposos que recurren al trámite de presentación conjunta no participan de una discrepancia pasajera -si ocurriera, bienvenida sería una reconciliación--, sino que tienen la firme voluntad de convalidar una separación de hecho que generalmente se produjo mucho antes, circunstancia ésta que también ya ha destruido de hecho el fundamento de la sociedad conyugal. A esos fines eligen la vía pacífica, que la ley autoriza a complementarla con acuerdos comprensivos de todas las cuestiones accesorias.

En el divorcio contencioso las cosas son distintas. Antes de su trámite ya se ha producido la desunión que ha significado la imputación, la inculpación, la lucha de uno contra el otro. En los hechos están desunidos, existen discrepancias sobre la tenencia y visitas de los hijos y sobre los alimentos -generalmente también se controvierte la obligación alimentaria de los menores--, y trasladan la contienda al tribunal, donde siguen la lucha y las imputaciones, debe producirse la prueba para atacar o blandir la inocencia.

En el trámite por el art. 67 bis, en cambio, producida la desunión ya no hay tal lucha. Consienten la solución arreglada de los conflictos y es la misma ley la que no obstante las razones de orden público sobre lo que involucre nada menos que el interés de los hijos menores de edad, indiscutiblemente superior a cualquier aspecto, patrimonial, les permite acordar el régimen de tenencia y de visitas. El cónyuge que se considera inocente puede declinar esa inocencia, aunque no lo fuera en su fuero íntimo pero sí frente a los demás y en sus efectos, admitiendo así una culpa que puede no tener (según interpretación de la mayoría en el plenario ya citado del 18/05/1977). Cabe entonces preguntarse si ante este esquema legal propio, que afecta principios inconcusos del derecho de familia, que de otro modo no podrían ser renunciados, convenidos ni disminuidos; sería útil destruir las ventajas del sistema haciendo caer los acuerdos patrimoniales, lo que lejos de mantener esa especie de unión dentro de la desunión, obligaría al dispendio de un trámite sumario, en el que indudablemente se reiterará el



acuerdo ya formulado, o caso contrario se llevará a los cónyuges al proceso contencioso en general. No es esa la función conciliadora de los jueces. Muy por el contrario, cabe recordar que es de práctica que al celebrarse la audiencia que obligatoriamente impone el art. 34, inc. 1, parte 2ª CPCC. (11) (t.o.), para el juicio de divorcio contencioso, lejos de limitar el acto a tratar de "reconciliar a las partes y de avenirlas sobre las cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal", se las invita también a solucionar el diferendo por la vía conjunta, con alto porcentaje de aceptación. Y esta experiencia viva -de la que, como ya se indicó y lejos de cualquier teorización, no puede desentenderse al intérprete-- permite recordar asimismo que al producirse la transformación del trámite en presencia del órgano jurisdiccional, se incluye también el acuerdo de bienes, lo que demuestra que todo forma un acto conjunto. Por lo tanto, cuando la ley reglamenta este tipo de divorcio, está aceptando que por esa vía se hagan distintos arreglos conciliatorios que integran ese acto complejo que no puede escindirse separando, frente a la voluntad de divorciarse, las voluntades de tener los hijos, de visitados o de liquidar la sociedad conyugal. Si el juez no accede al divorcio por considerar que según su "ciencia y conciencia" los motivos que "hacen moralmente imposible la vida en común", no son lo "suficientemente graves", entonces quedarán sin efecto todos esos acuerdos. Pero, si lo admite, tendrán validez. No hay "conductio juris" alguna -como se ha sostenido--, y en la sentencia el juez se limita a homologar los convenios, decisión que tiene por única finalidad verificar la verdad y corrección del acto, pudiendo, eso sí, negarle efectos si importara una abdicación de derechos irrenunciables, o porque se ha concluido con vicios del consentimiento.

4º Nadie discute que una vez dictada la sentencia de divorcio sea en el juicio contradictorio o en el de presentación conjunta, los esposos puedan convenir la partición de los bienes gananciales. Y es en este sentido que el tercer párrafo del art. 67 bis no puede estar referido a esa situación porque sería superfluo. No cabe duda de que se está en presencia de una norma especial de carácter procesal -en nuestro régimen no es la única-- contenida en la ley de fondo, y es precisamente por estas razones que debe interpretarse que admite los convenios previos a la sentencia, pues de estar dirigida a los posteriores sería una norma vacua, carente de sentido y de finalidad.

Lo que los esposos confeccionan es un proyecto de acuerdo que presentan al juez para su homologación junto con el decreto que declara disuelta la sociedad conyugal. Adviértase que la norma, en la última parte del párrafo anterior trata el contenido y efectos de la sentencia, sigue en el tercer párrafo con el cuestionado régimen de bienes y, a renglón seguido (cuarto párrafo), retoma el contenido de la decisión en lo relativo a los hijos. Al decir que "si no hubiere acuerdo sobre la liquidación. . .", corresponde la vía sumaria, no puede estar exigiendo que dicho acuerdo se haga en presencia del juez, cuando va a dictar la sentencia. Podría tratarse de una sociedad compleja de bienes y no sería ese el momento de discutir cuáles son los gananciales, cuáles los propios y cómo se van a distribuir aquéllos. Por el contrario, todo debe estar programado con anterioridad, cuando elegida consensualmente la vía, serenamente se acuerdan todas las cuestiones con sus pormenores que se van a presentar al juez. La tenencia de los hijos, el régimen de visitas, la prestación alimentaria y también la forma de liquidar la sociedad conyugal. Cree finalmente esta mayoría que ante esa armonía que exige el régimen dentro de la desunión que nadie quisiera, no es a conciencia lícito poner escollos infundados que sólo producirían como resultado un posible recrudecimiento de aspectos ya superados, con evidente perjuicio para el matrimonio, para los hijos que en definitiva son el receptáculo de todas las disputas, es decir en desmedro de lo fundamental que es la familia.

En consecuencia, respondiendo a la propuesta del tema del presente plenario, como doctrina legal obligatoria (art. 303 CPCC.), se resuelve: "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".- Alfredo Di Pietro.- Jorge E. Pizarro.- Félix R. de Igarzábal.- Antonio Collazo.- Santos Cifuentes.- Jorge H Alterini.- Agustín Durañona y Vedia.- Patricio R. Benegas.- Carlos



E. Ambrosioni.- Marcelo Padilla.- Pedro R. Speroni (con aclaración).- Jorge E. Beltrán (con aclaración).- Ricardo L. Burnichon (con aclaración).

FUNDAMENTOS DEL DR. ALBERTO J. BUERES.

1º En el consid. 4º del voto mayoritario se afirma que el acuerdo presentado ante el juez -para su ulterior homologación-- es un "proyecto". Entiendo que este encasillamiento no es feliz por su imprecisión desde una perspectiva ontológica-jurídica. En efecto, tal proyecto ¿es el acuerdo válido, sin más, de que informa la parte resolutive del citado voto? ¿Es una convención de efectos menores? ¿Es un acuerdo que, como tal, no tiene vida hasta tanto se la confiera la sentencia judicial -en cuyo caso las entregas de bienes serían meros actos materiales--? ¿Acaso es algo diverso a lo enunciado?

En mi criterio se está frente a un negocio válido, para lo cual parto de la premisa identificatoria entre invalidez y nulidad. Y de ahí lo de mi adhesión a la tesis de la mayoría.

Empero, advierto que dentro del género de la "ineficacia", que tan fructífero desarrollo ha tenido en los últimos años en las doctrinas italiana, alemana y española, cabría encasillar el acto en cuestión en la categoría de la "ineficacia en sentido restringido".

La ineficacia -siguiendo un "iter" sistemático-- comprende la nulidad, la inexistencia -para quienes aceptan la especie-- y la "ineficacia en sentido estricto" (cfr. Cariota Ferrara, Luigi, "El negocio jurídico", ed. Aguilar, trad. Manuel Albaladejo, Madrid, 1956, ps. 81 y ss.). Inclusive, algunos opinantes penetran en ese amplio espectro la resolubilidad.

Pues bien; en los supuestos de "ineficacia en sentido restringido", el negocio queda concluido con la presencia de sus elementos esenciales ("quod constitutuonem"), circunstancia de la que deviene su validez.

Pero su plena eficacia -asida en el sentido restricto al que me referí-- depende de una "conditio iuris" o "requisito de eficacia legal". Estimo que ambas expresiones -complejas-- son equivalentes, aunque al respecto la doctrina no es unívoca (véanse, por casos, los criterios de Emilio Betti, Karl Larenz, Manuel Albaladejo, Ludovico Barassi, Arturo Dalmartello, Donato Donati, Luigi C. Ferrara, etc., en mi obra "La entrega de la cosa en los contratos reales", Abaco, Bs. As., 1977, ps. 81 y ss., y en mi exposición desarrollada en el plenario de las "VII Jornadas de Derecho Civil", cfr. "VII Jornadas de Derecho Civil", ed. LL, Bs. As. -impresa en Madrid--, 1981, ps. 281 a 283).

2º En la hipótesis en estudio, insisto en que existe un negocio válido sujeto a un requisito de eficacia (o "conditio iuris"): el dictado de la sentencia que disuelve la sociedad conyugal (art. 1306 CCiv.). Vale decir que la decisión del tribunal, cuando es positiva, pone término a la situación de pendencia o situación "interina" -como a veces se dijo-- en ciernes. Poco importa, entonces, que la homologación formal del convenio sea, respecto del fallo, posterior -como acontece en ocasiones por razones formales-- o simultánea, dado que el juez no puede negarse a homologar el acuerdo salvo que se negocien derechos indisponibles -y sin perjuicio de que las partes soliciten las medidas tendientes a detener la ejecución del acto si hay vicios de la voluntad--.

Como se aprecia tampoco estoy de acuerdo con la afirmación simplemente expositiva, que se hace en el voto mayoritario, en punto a que la "ratificación posterior al fallo" sería necesaria para la eficacia del acuerdo (consider. 1º, párr. 5º "in fine") A propósito de esto y con otro alcance, desde luego, Eduardo Zannoni refiriéndose a los convenios de liquidación de la sociedad conyugal en general, destacó que el art. 1218 CCiv. no es determinante de la nulidad de esos actos, sino que ellos están sujetos a ratificación posterior a modo de requisito de



eficacia. Con ello este distinguido jurista pone el acento en que no estaría en el tapete la "invalidez", dado que si así fuera la nulidad sería absoluta y, por ende, insusceptible de subsanación (la expresión "ratificación" está empleada en una acepción "extensa" diversa de la específica que se utiliza en otras oportunidades -Borda, G. A., "Tratado de Derecho Civil argentino. Porte general", Perrot, Bs. As., 1970, t. II, n. 1290, p. 425; ver Zannoni, E. A., su exposición ante las "VII Jornadas de Derecho Civil", ob. cit., ps. 398 a 400--). Claro está, que la cuestión "subexamine" al vincularse con el régimen del art. 67 bis Ver Texto ley 2393, escapa a la esfera del CCiv. arts. 1218 y 1219.

FUNDAMENTOS DEL DR. RÓMULO E. M. VERNENGO PRACK.

1º Naturaleza del "convenio". - El art. 1313 CCiv. establece que disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, se procederá al "inventario y división de los bienes como se dispone en el libro 4º de este código para la división de las herencias".

En el cap. VII: "De la disolución de la sociedad" se ocupa del caso de la nulidad de matrimonio (art. 1312) que remite también a la partición por sucesión.

También habla de ese sistema el art. 1306, en cuanto predica que la sentencia de divorcio produce "la disolución de la sociedad conyugal".

El "sí no hubiese acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal" a que se refiere el art. 67 bis no alude necesariamente a un "convenio escrito sobre la adjudicación de bienes" sino que también se está refiriendo al acuerdo del art. 731 CPCC., en el que presentada una cuenta particionaria al juez no media oposición dentro de los 10 días. Es indiferente que esta cuenta la haya confeccionado un partidador (art. 727 CPCC.) a través de instrucciones de las partes (729) o que haya sido suscrita por las partes y puesto a consideración del juez con impugnaciones de las mismas partes, en cuyo caso el juez citará a la audiencia del art. 732 CPCC. y en su caso -también con apertura a prueba-- podrá resolver dentro de los 10 días como establece la última parte del CPCC. art. 732.

Esto estaría de acuerdo con el art. 516, que permite liquidar la sociedad conyugal también por vía de incidente, al que se le aplica, por corresponder, el trámite de partición.

Se trata de una "partición" o de la aprobación de una "cuenta particionaria" como la llama el art. 731 CPCC. De allí que mientras no fuera aprobada por el juez, no tendría sentido solicitar su nulidad cuando por vía de impugnación puede corregirse del desbalance o la injusticia de la adjudicación.

Y esto tiene fundamental importancia, porque la desvincula de los vicios del consentimiento.

No se trata de probar un improbable vicio del consentimiento de los cónyuges cuando ya se encuentran en plena etapa de asesoramiento de sus letrados, sino de impugnar la cuenta por "violar reglas o normas sobre la división de la herencia" -como dice textualmente el art. 731 párr. 2º CPCC.--, es decir, que las adjudicaciones sean balanceadas (valor de los bienes equivalentes).

2º El "momento" del convenio particionario. - Por "momento" del convenio particionario, entendemos el instante en que dicho acto jurídico adquiere fuerza de inamovilidad.

¿Por qué?



Porque si la cuenta particionaria es "objetable" o "impugnable" y puede modificarse, no se ve -como se ha dicho mas arriba-- para qué se quiere plantear la nulidad. Por el contrario, será necesario plantear su nulidad, cuando ésta se hubiera transformado en inmodificable por otras vías.

De allí la necesidad de estudiar el "momento" en que la cuenta particionaria se vuelve con fuerza de cosa juzgada.

Según el art. 3462 CCiv. actual, la partición "puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes".

En el caso del art. 1299: ". . . una vez decretada la separación de bienes queda extinguida la sociedad conyugal. . . y ambos contrayentes recibirán los bienes gananciales que le corresponda . . . liquidada la sociedad".

Parecería que por haber sólo dos comuneros, el acto quedaría concluido si se otorgara una convención o acto jurídico que tuviera el consentimiento de ambos.

Pero no es así.

El art. 3465 inc. 3 establece obligatoriamente la partición judicial cuando los comuneros no se acuerden en hacer la partición privadamente. Este no sería el caso.

Pero en jurisdicción de la Capital Federal, que es la mía, me encuentro con el art. 726 CPCC., que en todos los casos de partición privada manda presentarla al juez para su aprobación.

Es éste un requisito de publicidad absolutamente necesario para que las adjudicaciones sean oponibles a terceros. Similar a la que contiene el art. 838 CCiv. que manda agregar a los autos la escritura de transacción bajo apercibimiento de tenerla por no concluida "y los interesados podrán desistir de ella" (sic. 838)

¿Quiere decir que es invocable entre partes?

No se alcanza a comprender para que querrían ambos cónyuges separadamente un derecho real sobre cosa propia, si no lo pudieran oponer nada más que a su cónyuge. Sustancialmente no sería un derecho real por definición.

Concluyendo: Se puede afirmar sin lugar a dudas que mientras el juez no apruebe la cuenta particionaria (art. 731CPCC.), ella puede impugnarse. No solamente por vicios del consentimiento, lo que es obvio, para todos los actos jurídicos, sino por "contravenir a la esencia misma de la partición" (antiguo 3462, actual 731 CPr. párr. 2º in fine) que además de realizar verdaderas adjudicaciones (transformar el dominio lo que era comunidad hereditaria), tiende a observar la igualdad de las hijuelas, como se deduce de la colación (ver nota al art. 3478), y de la evicción acordada a los comuneros (art. 3505 CCiv.) en alternativa con la filosofía del art. 3506 que también tiende a la igualdad de las adjudicaciones.

En una ocasión anterior recordaba que lo que actualmente se denomina "convenio" en la terminología del art. 67 bis, se trata de un proyecto de cuenta particionaria, de los cuales los camaristas más antiguos recordamos que el art. 672 del antiguo CPCC. Cap. mandaba presentar "en papel común" (a diferencia de los demás escritos que debían presentarse en papel sellado), para subrayar su esencia de "escrito provisorio" o "acto provisorio", ya que esa cuenta particionaria podía sufrir las modificaciones que las partes o el juez creyera conveniente



introducir, siendo éste en definitiva la que se aprobaba, y recién entonces había que "reponer" con el sellado respectivo.

De ahí que también por razones de "tiempo" sea inoperante el planteo de nulidad efectuado antes de la aprobación de la misma, ya que mientras no medie ésta, aquélla puede impugnarse u observarse y ante dicha objeción el tribunal debe resolver en definitiva.

3° El efecto retroactivo no es ficción. - Con relación a los más radicales defensores de la tesis opuesta, y sus citas coincidentes con los señores participantes de las VII Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, setiembre de 1979), me permito recordar que en oportunidad de aquélla hice presente el efecto retroactivo del art. 1306 y que, para tener una interpretación acorde con la tesis de la nulidad con posterioridad a los actos que abren la competencia del juez de divorcio (interposición de la demanda; separación de hecho), hubiera sido necesario derogar el mencionado art. 1306 CCiv., en cuanto establecía el efecto retroactivo de la sentencia a los mismos.

No tendría sentido alguno que se incluyera en la partición de bienes gananciales un inmueble -por ejemplo-- adquirido durante el trámite del juicio de divorcio, cuando se hace lugar al mismo por culpa de ambos, porque entonces el enunciado "disuelve la sociedad conyugal con efecto retroactivo" sería una frase inerte sin ningún significado.

Precisamente lo que se quiere decir es que una vez que los cónyuges se han separado, o se han notificado la demanda lo que se adquiere con posterioridad a esos actos fácilmente probables (de prueba) pertenecen al adquirente sin participación del otro.

No solamente lo dice la ley, sino que además es lógico y justo que así sea. No existe "affectio maritalis", u otra razón social o sociológica para hacer participar en la mitad de lo adquirido por el otro solitariamente (para decirlo gráficamente), es decir, sin el apoyo moral, la actividad colaboradora -aunque accesoria del otro--.

Este salto hacia el pasado, este efecto retroactivo es absolutamente necesario, porque es evidente que la sentencia, no puede ser simultánea a los hechos que la sustentan (El procedimiento se demora, es necesario recibir la prueba, etc.).

Existe una diferencia muy importante que los tratadistas no visualizan, entre un proyecto de partición (convenio de adjudicación de bienes) cuando el matrimonio está vigente, es decir, ambos cónyuges cumpliendo las obligaciones de los arts. 50, 51 y 53 ley 2393, que, cuando se han separado en base a algunas causales del art. 67, que son también las que se tienen en cuenta para el procedimiento conciliador del art. 67 bis.

Es en el primer caso, en que se afecta el orden público argentino, cuyo principal interés, a los efectos de la grandeza de la Nación, es que haya el menor número de separaciones o de divorcios posibles.

Dar vigencia a un convenio de adjudicación de bienes cuando el matrimonio se encuentra vigente afectaría ese principio porque podría tentar a uno de los cónyuges a separarse por causas fútiles para quedar dueño absoluto y sin ingerencia del otro, de determinados bienes.

Y aquí si se aplicaría de lleno el art. 1218 CCiv., porque dicho artículo se refiere a un matrimonio vigente, e inclusive que se rija por el sistema de la comunidad de bienes.

Pero es totalmente distinto que cuando la convivencia se hace imposible (del suscripto: "Naturaleza y fundamento de la acción de divorcio", "Jus", año 1962, n. 2, p. 77), el mismo estado, que sigue persiguiendo el mismo objetivo de la paz pública tiene especial interés en



evitar el acontecimiento patológico social pleito (Lo peor del pleito es que de uno nacen mil - Summun in lite maloum, quod ab un lille creantur-- por los recursos e incidencias. Al principio no se acepta la transacción y el arbitraje y después, al sufrir vejámenes del pleito, se desea cualquier arreglo: Ab initio nemo cogitur arbitrium suscipere; sed post susceptum cogitur explicare; Litium paucitatem procuret legislator: Legislador debe prevenir y evitar los pleitos)

Repito, cuando ya ha sucedido la causal grave, es no contrario al orden público, sino conveniente al Estado que los cónyuges no agraven la situación de sus relaciones patrimoniales enfermas con discusiones litigiosas sobre cada uno de los bienes. Una convención sobre éstos disminuye la tensión y mejora el clima hacia una reconciliación. Por ello, el convenio es nulo o válido según esté o no abierta la competencia del juez del divorcio por los hechos acaecidos que legaliza o repudian la separación y no por la existencia formal del litigio. Que es lo único en que consiste el divorcio, según el art. 64 al pie de la letra, en el derecho civil argentino.

A ello, se agrega una directiva muy importante: El art. 3475 bis CCiv. establece: "Existiendo la posibilidad de dividir y adjudicar bienes en especie, no se podrá exigir por los comuneros la venta de ellos".

En conclusión: Adhiero al voto de la mayoría que rechaza la nulidad de los convenios de adjudicación de bienes en la liquidación de la sociedad conyugal, después de ocurrir hechos que abran la competencia del juez del divorcio, sin perjuicio de las impugnaciones que se pueden formular a la misma antes de su aprobación por haberse violado la igualdad o desbalance importante en las adjudicaciones.

ACLARACIÓN DE LOS DRES. SPERONI Y BELTRÁN.

Que si bien con anterioridad sostuvimos un criterio distinto al que ahora adoptamos (conf. C. Nac. Civ., sala F. R. 261.577, W., I. y G. de W., S. O., s/divorcio, incidente de homologación, del 05/02/1981), un nuevo estudio de la cuestión con motivo del plenario nos ha llevado a la solución contraria.

ACLARACIÓN DEL DR. BURNICHON.

Aun cuando adherí al voto de mi colega el doctor Montes de Oca en la sentencia del 20/05/1982, un nuevo análisis de la cuestión me mueve a cambiar de criterio, en el convencimiento de que no mediando un acuerdo previo sobre la forma en que serán adjudicados los bienes, especialmente el que fuera el domicilio conyugal, se tornaría prácticamente inaplicable el procedimiento del art. 67 bis ley 2393, en razón de las consecuencias que provoca la aceptación de un divorcio que resulta equiparado a uno por culpa de ambos cónyuges. Por ello voto en sentido afirmativo. DISIDENCIA.

1º A los efectos de sentar la doctrina acerca del tema que plantea la convocatoria, cabe en primer término atender a la norma misma. Desde esta óptica, ya la interpretación literal del art. 67 bis ley 2393 impone una respuesta negativa, pues en tanto admite expresamente convenios previos a la sentencia relativos al régimen de los hijos y de los alimentos, guarda silencio, en cambio, acerca de posibles acuerdos relativos a los bienes.

En este orden de ideas no cabe duda de que los arts. 1218 y 1219 CCiv. establecen la nulidad de los actos obrados en contravención, invalidez que se fundamenta en la incapacidad de derecho de los esposos, obviamente respecto del objeto prohibido (arts. 1043, 1044 ap. 2º del mismo Código). Es, entonces, la misma ley la que rígidamente señala el acto nulo, en función del carácter ostensible de la razón de invalidez y sin dependencia de valoración judicial (art. 1038 "in fine").



Ante esta situación y la evidencia de que la sanción de nulidad tutela un interés público -tal como resulta del fundado primer párrafo del voto de la mayoría, unánimemente se admitía esta conclusión con anterioridad a la reforma de 1968--, cabe preguntarse dónde se encuentra la norma de autorización que ahora trasforma en válidos tales convenios.

Desde luego que tal interrogante debe merecer una respuesta concreta. Es vano el esfuerzo de teorizar en torno del art. 67 bis porque en sus disposiciones no hay ninguna que contenga virtualidad jurídica para convertir en legítimo lo que antes era contrario al orden público. Debe requerirse una disposición expresa, de alcance legítimamente inequívoco, como el caso del art. 1276 párr. 3º, respecto del mandato. Mientras no la haya no puede encontrársela en el párr. 3º del citado art. 67 bis, puesto que ni siquiera es norma sino una disposición aislada carente de sanción ("imperfecta"); consiste sólo en una recomendación sobre la conducta humana insusceptible de invalidar un régimen tutelar del interés público. Es, en suma, un elemento jurídicamente indiferente, al que no se le reconoce significación objetiva, como no sea para que el litigio tramite por la vía del juicio sumario. En conclusión, no parece adaptarse a un correcto criterio hermenéutico, considerar que un supuesto de nulidad absoluta puede ser saneado por vía de interpretación de una reforma legislativa que de ninguna manera lo menciona.

Ante tan menguados efectos surge, a su vez, el interrogante acerca de si este párrafo puede dero gar o suprimir la normativa que en el ordenamiento civil regula lo relativo a la sociedad conyugal. Es evidente que debe reproducirse la respuesta negativa, incluso si se analiza toda la construcción del art. 67 bis. La ubicación de sus disposiciones establece un orden cronológico de la actividad de las partes y del órgano jurisdiccional, elemento de interpretación que se complementa con el aspecto lógico que surge del precepto, todo lo cual revela una perfecta armonía con las restantes normas del ordenamiento jurídico, especialmente en cuanto concierne a la invalidez de los acuerdos que nos ocupan.

Luego de establecer el procedimiento que permite, en definitiva, apreciar la imposibilidad del avenimiento, el artículo menciona los pasos siguientes:

1º) el dictado de la sentencia que "se limitará a expresar. . ."

2º) ordenadamente legisla a continuación los efectos de la sentencia, admitiendo la validez de los acuerdos de reserva del derecho a recibir alimentos". . . sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores". Ninguna duda cabe que si la ley hubiera querido preservar la validez de los convenios de liquidación efectuados con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal debió haberlo mencionado en este momento. Pero no lo hizo, por el contrario, cortó abruptamente esta tónica.

3º) en un paso posterior, presuponiendo ya la sentencia, el párr. 3º -cuidadosamente separado del anterior-- establece que "si no hubiere acuerdo. . .".

Es digna de tener en cuenta la metodología legal que separa lo que puede ser objeto de un derecho disponible: los alimentos reservados, el régimen de tenencia de los hijos, de aquellos otros aspectos que se excluyen de la voluntad autónoma de los esposos. Cabe añadir que la "ratio legis" de la disposición que impone el juicio sumario fue inequívocamente apartarse del régimen que para el divorcio contradictorio impusiera el art. 516 párr. 2º CPCC., según la reforma introducida con anterioridad por la ley 17454, con vigencia a partir del 01/02/1968 (art. 812).

2º El régimen especial del art. 67 bis permite la presentación conjunta de los cónyuges. Es esta una presentación voluntaria, pero en lo que a la admisión del divorcio concierne, allí termina la voluntad de los esposos. Se diferencia así del sistema del CC. italiano de 1942, en el



que el divorcio se produce por el solo acuerdo de los cónyuges -mutuo consentimiento--, y el órgano jurisdiccional se limita a la homologación previa verificación de que no se ha violado el orden público, todo ello puesto en movimiento a través de las disposiciones contenidas en la ley procesal. Cf. Messinco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", ed. 1954, t. 3, p. 97). En el nuestro, en cambio, se deben exponer en secreto las causales de la separación y luego el juez debe resolver. Si a su ciencia y conciencia existen motivos suficientemente graves, admitirá el divorcio pero de no ser así, lo desestimaré y a tal punto carecen los cónyuges de una voluntad autónoma que en este último caso esa sentencia es inapelable (Conf. C. Nac. Civ. en pleno, B. de O., M. y O., C. F., del 20/07/1972, ED 43-492; LL 147-392; JA 15-1972-280).

Ello es lo que quita todo sustento a la tesis que sostiene la validez de los acuerdos, supeditados a la "condictio iuris" de que se dicte la sentencia. En primer lugar, cabe recordar que la condición es un elemento accidental que tiene que estar expresamente establecido por la ley o por la voluntad de las partes ya que modifica toda la eficacia del acto jurídico. Siempre la ley lo establece expresamente (vgr. arts. 70 y 1342 CCiv.) y desde este ángulo el art. 67 bis carece de previsión alguna, de manera que si se la estableciera por vía de interpretación no sería "condictio iuris", sino condición judicial, modalidad que la ley no prevé, ni favorece. En lo que hace a la voluntad de los cónyuges, ya se ha visto que ésta se limita a la presentación conjunta. Además si la condición fuera la de divorciarse y obtener del órgano jurisdiccional la sentencia, se caería dentro de la prohibición del art. 531 párr. 4º "in fine" CCiv. Igualmente, si se aprecia que se trata de una condición puramente potestativa (art. 542), pues se puede desistir del juicio o no comparecer a las audiencias sin responsabilidad ninguna.

En otro sentido, a partir del pacífico criterio que sostiene que en la presentación conjunta que prevé el art. 67 bis, la disolución de la sociedad conyugal se opera con efecto a la fecha de esa presentación, pretender que esta retroactividad convalida el acuerdo de liquidación celebrado antes de la sentencia, equivale a sostener idéntica pretensión a los realizados en un divorcio contencioso, pues el criterio sería tan aplicable en uno como en otro caso.

3º El divorcio declarado permite tener por operada la disolución de la sociedad conyugal. En este aspecto bueno es recordar, como ya se adelantara, que rigen preceptos de orden público, que exceden el poder dispositivo de los esposos. Sus intereses patrimoniales se encuentran subordinados a esos principios superiores y mientras tanto carecen de capacidad para convenir la oportunidad y forma en que se liquidará la sociedad conyugal.

En otro orden de ideas es sabido que, como lo ilustran los serios trabajos doctrinarios citados por la mayoría que se expiden por la nulidad de estos acuerdos, el divorcio por presentación conjunta es proclive a la negociación. Es común que se hagan concesiones económicas o se ejerzan presiones ya sea para obtener la sentencia o para conseguir un régimen más favorable respecto de los hijos menores de edad, llegándose a disfrazadas transacciones. Y es esta realidad la que también impone, lejos de una interpretación equitativa por razones de justicia, un criterio rígido inspirado en el contenido de la norma jurídica.

El bien entendido interés familiar advierte sobre la conveniencia de que la negociación patrimonial no influya en las cuestiones entre los cónyuges respecto de los hijos, alimentos, etc. Máxime si se trata de evitar que la habilidad para la negociación económica, desdibuje en mayor medida que lo que la ley permite, la culpabilidad en la frustración matrimonial. No es razón digna de ser tenida en cuenta que con el convenio caiga cierto grado de certeza y seguridad jurídica. Lo que realmente importa es que ellas se obtengan "en la justicia" (Recasens Siches, L., "Nueva filosofía de la interpretación del derecho", 1956, p. 276) y no como resultado de una permisividad contraria a la ley.

4º Por otra parte, si se entendiera que el acuerdo celebrado por los cónyuges se limita a un "proyecto", aparte de que dentro de nuestro sistema tal posibilidad no tiene nomenclatura o



categoría jurídica, tal tesitura vendría a resultar coincidente con el criterio sustentado por esta minoría, pues si se tratara de un simple "proyecto", en algún momento se deberá manifestar una voluntad que lo transforme en un acto jurídico. En consecuencia, esa voluntad sólo podrá ser expresada después del dictado de la sentencia y no antes, puesto que la actividad de los esposos, luego de la presentación conjunta en la que manifiestan que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, se limita a exponer esas causas en las audiencias, y sólo la sentencia que admita el divorcio y declare operada la disolución de la sociedad conyugal permitirá que lo que antes era provisorio pueda transformarse en definitivo, con todos sus efectos y consecuencias jurídicas, pero ahora por virtud del nacimiento de una genuina voluntad negocial.

5° Cabe añadir que si la interpretación marcha distanciada de los criterios prevaletentes en la doctrina, si existen razones de equidad que han inducido una interpretación libérrima de la ley en los casos particulares sometidos a la decisión de los jueces, tal temperamento no debería prevalecer en la formulación de una doctrina legal obligatoria que resultará dissociada del contenido normativo. Por otra parte, las valiosas razones apuntadas por la doctrina mayoritaria en pro de la nulidad de los convenios, que se expusieron con amplitud y brillantez durante las VII Jornadas de Derecho Civil (Bs. As., setiembre de 1979) revelan la razonabilidad de esta posición, a la vez que tornan inconcebible un masivo y repentino mal que aparte de la consideración científica una reforma en muchos aspectos sustancial -no en éste que ahora nos ocupa--, como la de 1968.

Por estas consideraciones y respondiendo a la propuesta del plenario, debe sentarse la siguiente doctrina legal obligatoria (art. 303 CPCC.): "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 del divorcio y de disolución de la sociedad conyugal, no son válidos".- Osvaldo D. Mirás.- Néstor L. Lloveras.- César D. Yáñez.- Armando J. Fernández del Casal.- Leopoldo L. V. Montes de Oca.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, y como doctrina legal aplicable (art. 303, CPCC.) se resuelve:

"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.- Alfredo Di Pietro.- Jorge E. Pizarro.- Félix R. de Igarzábal.- Antonio Collazo.- Santos Cifuentes.- Jorge H. Alterini.- Agustín Durañona y Vedia.- Patricio R. Benegas.- Carlos E. Ambrosioni.- Marcelo Padilla.- Pedro R. Speroni (con aclaración).- Jorge E. Beltrán (con aclaración).- Ricardo L. Burnichon (con aclaración).- Por sus fundamentos: Alberto J. Bueres.- Rómulo E. M. Vernengo Prack.- Disidencia: Osvaldo D. Mirás.- Néstor L. Lloveras.- César D. Yáñez.- Armando J. Fernández del Casal.- Leopoldo L. V. Montes de Oca.- El Dr. Palmieri no firma por hallarse en uso de licencia. (Sec.: José M. Alcorta).



Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 3 de Lomas de Zamora-
Autos Caratulados: M. DE R., A. M. y R., J. A. S/ Divorcio (art. 215 Código Civil)
Expte. N°: 24190
Fecha: 15/3/2005

FALLO COMPLETO
REG.N° 160 REG.N° 95

En la ciudad de Lomas de Zamora, a los 15 días de marzo de 2005, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces del Tribunal de Familia N° 3 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Doctores Gabriel C. Díaz Dopazo, Enrique Quiroga y María Silvia Villaverde, con la presencia de la Secretaria del Tribunal, a fin de proceder a la homologación en los autos caratulados: M. DE R., A. M. y R., J. A. S/ Divorcio (art. 215 Código Civil) Expte. N° 24190, se procedió a practicar el sorteo de ley resultando del mismo el siguiente orden de votación: María Silvia Villaverde, Gabriel Díaz Dopazo y Enrique Quiroga.-

El Tribunal resolvió plantear y votar la siguiente cuestión: ¿Corresponde homologar el acuerdo al que se ha arribado a fs. 42/44?

A LA CUESTION PLANTEADA LA DRA. MARIA SILVIA VILLAVERDE
DIJO:

I) La actual legislación permite a los cónyuges, en su presentación conjunta, acordar lo vinculado con la forma en que habrá de liquidarse la sociedad conyugal, supeditado al dictado de la sentencia y a la aprobación del juez (art. 236, 205, código Civil según ley 23.515), por lo que tales acuerdos no pueden ya considerarse alcanzados por la nulidad que se desprende de los art. 1217 y 1219 del Código Civil (SC, Buenos Aires, octubre 27 – 987) La Ley, 1988-A, 333 – JA 1989-III-757.

Se trata de una norma especial de carácter procesal contenida en la ley de fondo que autoriza a programar con anterioridad las cuestiones patrimoniales que se van a presentar al juez. (SC Buenos Aires, febrero 17-987, LL 7987-C, 349)

Más, el caso que nos ocupa, reúne caracteres distintivos y peculiares a tener en cuenta. Es así como, de la lectura del convenio que se halla agregado a fs. 42/44, surge que el mismo fue suscripto por las partes con fecha 21 de octubre de 2002, siendo que la presentación conjunta fue iniciada al día siguiente, es decir, el 22 de octubre del mismo año.

Con una interpretación ceñida estrictamente al texto, podríamos concluir rápidamente que, por tratar el convenio en cuestión la liquidación de bienes gananciales de los cónyuges, y habiendo sido éste celebrado con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, resultaría nulo por hallarse encuadrado en las prohibiciones del artículo 1218 del Código Civil, que impide realizar entre esposos cualquier convención relativa al derecho a los gananciales de la sociedad conyugal. Al respecto, no existen dudas que cualquier convenio de liquidación de los bienes conyugales celebrado como acto previo e independiente a la disolución de la sociedad conyugal es absolutamente nulo.

Sin embargo, “la situación cambia cuando ese acto es parte de un todo constituido por la presentación de la demanda de divorcio, en el mismo acto, o cuando un convenio anterior (por escasos días) es ratificado luego durante la tramitación del proceso, cumpliéndose lo pactado” (SC, Mendoza, Sala 1°, octubre 21-996, JA, 1997-II-619)

Al respecto, las Dras. Grosman y Minyersky han dicho que “los acuerdos sobre liquidación de bienes gananciales son negocios jurídicos condicionados a la separación judicial de los bienes, plenamente eficaces aún cuando se instrumentaran con anterioridad, pero sujetos a la mentada disolución que actúa como elemento operante” (Grosman, Cecilia P. y Minyersky, Nelly, “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, Bs. As., 1976 pág. 38/39).



“Cualquiera sea el sistema de interpretación que se ensaye, ya sea que se indague cuál ha sido la voluntad del legislador al momento de creación de la norma, o se la analice sobre la base del sentir social existente al momento de su aplicación, en ambas hipótesis se llegará a la conclusión de que los convenios de división de bienes, condicionados en cuanto a su funcionamiento, ejecución y efectos, a la disolución de la sociedad conyugal, no configuran aquellos contratos prohibidos por el art. 1219 del Código Civil” (Grosman, Cecilia P. y Minyersky, Nelly, “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”, Bs. As., 1976 pág. 106/107).

Siguiendo la misma postura, la jurisprudencia ha dicho que “son válidos los convenios de liquidación de sociedad conyugal suscriptos por los cónyuges antes de la presentación del escrito judicial que peticiona el divorcio por presentación conjunta pero en el marco de éste y agregados al expediente con posterioridad a la sentencia que acoge la pretensión” (SC, Mendoza, Sala 1º, octubre 21-996, JA, 1997-II-619).

En el caso que nos ocupa, encontramos constancias suficientes que acreditan que éste convenio fue suscripto “en el marco del divorcio por presentación conjunta”. Téngase en cuenta que el mismo fue celebrado por las partes a tan sólo un día de diferencia de la presentación del divorcio.

De esta manera, no puede decirse que se esté vulnerando el orden público debido a que se firmó un convenio el día 21 de octubre, presentándose la demanda el 22 del mismo mes. El consentimiento fue dado libremente, estando en ese momento los cónyuges separados de hecho.

Asimismo, nótese que inserto en el convenio atacado, hallamos referencia a los autos en cuestión, cuando en el mismo dice: “atento a la existencia de los autos “M., M. A. y R., J.A. s/ divorcio (art. 215 Código Civil) que tramitan por ante el fuero de familia ...”

Es evidente, pues, que el acuerdo que las partes voluntariamente firmaron ha sido suscripto para la presentación en el expediente de divorcio. La actividad desarrollada por los cónyuges, plasmada en el convenio, muestra claramente la finalidad de los participantes.

Conforme lo expuesto precedentemente, sólo abusando de la rigurosidad ritual e ignorando la realidad jurídica podría concluirse que el acuerdo no ha sido firmado en el marco del divorcio por presentación conjunta.

Al respecto, se ha dicho que “el magistrado, al avocarse al análisis de estos acuerdos entre cónyuges, debe realizar un balance exhaustivo teniendo en cuenta los intereses en juego y buscando establecer la verdadera finalidad que se persigue con los acuerdos, es decir, si con ellos se busca alterar el régimen patrimonial matrimonial durante su vigencia o por el contrario, si se pretende realizar una liquidación anticipada y condicional, sujeta al requisito legal de eficacia que es la sentencia que disuelva la sociedad conyugal por una de las causas legales” (Graciela Medina, “El divorcio por presentación conjunta y los convenios de disolución de la sociedad conyugal”, www.gracielamedina.com).

Entiendo que, en este caso, la finalidad del acuerdo presentado fue claramente realizar una liquidación anticipada y condicional.

Asimismo, se debe destacar que, tal como se acredita con la documentación acompañada a fs. 63/95 el acuerdo ha sido ejecutado parcialmente. De esta manera, resulta contradictorio el cuestionamiento hacia un convenio que fue suscripto voluntariamente y, aún, ejecutado en alguno de estos puntos, a favor de la oponente. De negarle eficacia, se produciría un abuso de derecho (art. 1071 del Código Civil)

“La manifestación de voluntad se expresa perfectamente ejecutando con posterioridad a la disolución lo convenido con anterioridad a ésta; el cumplimiento de lo acordado es la fórmula inequívoca de demostrar la común voluntad de aceptación” (conf. fallo del 14/9/87, LL 1989-B-67)

De esta manera, una vez que los esposos luego de la sentencia de divorcio, dan cumplimiento a lo convenido en el acuerdo suscripto, le han dado fijeza y validez.

II) Ahora bien, la oponente solicita en su presentación de fs. 51/56, más allá de su reclamo de nulidad al convenio suscripto, que se decrete un reajuste equitativo del mismo, asignando en forma proporcionada los bienes denunciados y reconocidos, alegando una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación por parte del Sr. R.



Al respecto, cabe decir que “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 derechos 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 fundamento serio, se otorgue a cualesquiera de las partes la oportunidad y la facultad de arrepentirse de lo convenido, privando al acuerdo de efecto, y aún más declarando inexistente o nulo un acto ajustado con libre y sana voluntad” (CN Civil Sala C, abril 17-980) ED 89/141 (Idem Sala B diciembre 12-988) ED, 135-441.

Siguiendo los mismos lineamientos, “producida la disolución de la sociedad conyugal, tanto el reconocimiento del carácter ganancial de los bienes, como la partición correspondiente, entre personas mayores y sin vicios de la voluntad, tienen pleno vigor y legitimidad jurídicos. Por ello, nada se opone a que una de las partes reciba una porción menor como consecuencia del acuerdo de voluntades” (CN Civ, Sala C, diciembre 7-983) ED 109-227 (Idem junio 14-983) ED, 106-495 – (Idem, Sala H, septiembre 27-995, 166-515).

Téngase en cuenta que si bien la regla básica sobre la forma de realizar la partición se encuentra en el artículo 1315 del Código Civil el cual dispone que “los gananciales se dividirán por partes iguales entre los cónyuges”, éste principio de igualdad no obsta a que los esposos resuelvan liquidar sus bienes conforme otras pautas ya que han dejado de regir entre ellos las normas de los art. 1218 y 1219 del Código Civil, que impiden todo acuerdo sobre los gananciales. “Tampoco rigen entre ellos las prohibiciones de comprar, vender o hacerse mutuamente cesiones y/o permutas, ya que tienen la plena capacidad de formar lotes iguales o desiguales en valor y composición” (Graciela Medina, “El divorcio por presentación conjunta y los convenios de disolución de la sociedad conyugal”, [http:// www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com)).

En conclusión, “tienen plena validez estos acuerdos pues ya no existiendo la sociedad conyugal no hay un interés superior expresados en normas de orden público que tutelar” (Graciela Medina, “El divorcio por presentación conjunta y los convenios de disolución de la sociedad conyugal”, [http:// www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com)).

La división por mitades no es de orden público cuando ya se ha producido la disolución de la sociedad conyugal, y los esposos pueden convenir otra solución. Acordando adjudicar los gananciales en su totalidad, o por mayor valor, a uno de ellos (CN Civ, Sala C, diciembre 7-983) ED, 109-222 – (Idem junio 14-983) ED 106-495 (Idem, septiembre 13-979) ED 85-539- (Idem Sala A, febrero 27-987) La Ley, 1987-C, 307.

De manera excepcional los magistrados tienen la facultad de oponerse a un acuerdo presentado, en la medida en que con el mismo se afectare seriamente el interés de alguno de los esposos o el interés familiar. No obstante ello, entiendo que no se ha acreditado en autos fehacientemente dicha situación

En el mismo sentido, “la homologación del acuerdo sobre disolución de la sociedad conyugal, excluye, en principio, el control del acierto o mérito del convenio en tanto lo acordado no se halle confrontado con el orden público que surja del estatuto legal específico” (CNCiv, Sala B, septiembre 5-988, ED 131-374 – Idem, Sala B, diciembre 12-988, ED 135-441 - Idem, Sala D, abril 28-993, La Ley 1994-C, 259)

Asimismo, la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca estableció que “el orden público protegido por el art. 1291 del Código Civil, solo está en juego cuando las partes pretenden disolver la sociedad conyugal por una causa o por una forma distinta a las taxativamente previstas en la ley, pero las estipulaciones sobre el orden en que se van a dividir los bienes, o sobre cómo se los van a atribuir una vez que el juez pronuncie la sentencia definitiva, constituyen pactos que no violan reglas, ni principios de orden público, ni normas precisas de la ley que acarreen su nulidad” (CC y C Bahía Blanca, agosto 20-1971, ED 38-308).

Por lo expuesto, no encuentro razón alguna para rechazar la homologación del convenio atacado. Propongo, por lo tanto, de ser compartido mi voto, la homologación del convenio obrante a fs. 42/44.

Por los mismos fundamentos los Dres. Gabriel Díaz Dopazo y Enrique Quiroga adhieren a su voto.



Lomas de Zamora, 15 de marzo de 2005.-

AUTOS Y VISTOS: Conforme el acuerdo que antecede, el estado de autos y lo dispuesto por el artículo 236 del C.C. y 308 CPCC, el TRIBUNAL RESUELVE: a) HOMOLOGAR el acuerdo sobre liquidación de la sociedad conyugal al que arribaron las partes a fs. 42/44. b) Las costas las debe soportar el vencido (art.68 del CPC.), a cuyo efecto se regulan los honorarios de la Dra. Graciela Cristina IGNACIO en la suma de pesos novecientos y de la Dra. María Amelia FULGI, por la suma de pesos trescientos, sumas a las que deben efectuársele los aportes de ley (art. 1, 9, 16, 31 cds de la ley 8904)

REGISTRESE conjuntamente con el acuerdo de fs. 42/44. NOTIFIQUESE.-



Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sala I
Autos Caratulados: “C.E.G. c. E.E.”
Fecha: 1/09/1998

2º Instancia.-----Ciudad de Buenos Aires, setiembre 1 de 1998

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

La doctora Borda dijo:

I.- El juez de 1º instancia rechazó la demanda promovida por E.G.C. contra E.E. tendiente a que se dé validez a un acuerdo que habría celebrado con la demandada relativo a la liquidación de la sociedad conyugal, en virtud del cual él le habría dado a la señora E. una suma de dinero equivalente a la mitad del valor del inmueble ubicado en... Capital federal, por lo que solicita que el mencionado inmueble le sea adjudicado en la referida liquidación.

La sentencia fue apelada por el actor quien expresó agravios a fs. 111/113 los que fueron contestados a fs. 115/117.

II.- El a quo admite la existencia de los hechos invocados en la demanda fundado en el reconocimiento de la carta enviada por la demandada a su abogado, doctor L., el 17 de julio de 1988 y la confesión ficta de aquella respecto de las posiciones de fs. 96.

Esto no fue apelado por la señora E. y por lo tanto, ha quedado firme.

Ahora bien el sentenciante 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 aun, no habiendo fecha precisa del acuerdo puede pensarse que tuvo lugar aun antes de la promoción del juicio de divorcio.

Agrega el sentenciante que no es aplicable al caso el fallo plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 24/12/1982 (La Ley, 1983,-A, 483) 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 el carácter de contencioso como ocurre en el caso, no pudiendo asimilarse a aquella situación el planteo de la causal objetiva a que aluden los arts. 204 y 214 del Cód. Civil.

Y bien, aun cuando se considera equiparables al divorcio por presentación conjunta al dictado por la causal objetiva de la separación de hecho no puede admitirse la validez del acuerdo que se tuvo acreditado.

En efecto, no obstante los argumentos dados por el actor en su expresión de agravios, tendientes a demostrar que el acuerdo se celebró con posterioridad al 29 de marzo de 1988, fecha de la notificación de la demanda y, por lo tanto, de la disolución de la sociedad conyugal, ellos se contradicen con lo afirmado en el escrito de demanda ya que en esa oportunidad el actor afirmó que como consecuencia del acuerdo, la señora E. le otorgó, el 16 de marzo de 1988 el consentimiento previsto en el art. 1277 del Cód. Civil, para vender el inmueble (ver escritura de fs. ½).

En consecuencia y por aplicación de la teoría de los propios actos es inadmisibles la actual pretensión del actor de tener por celebrado el acuerdo con posterioridad al 29 de marzo de 1988.

En otras palabras el acuerdo fue celebrado estando vigente la sociedad conyugal.



Y si bien creo que este tipo de acuerdos deben ser admitidos como reconocimiento del carácter y valor de los bienes en el caso de que ello sea expresado (Borda, Guillermo, “Familia”, N°451; Mazinghi, Jorge N°367; Zannoni, “Derecho de Familia”, t.1, p.747) como acuerdos de partición son nulos toda vez que la sociedad conyugal no puede disolverse por voluntad de los cónyuges tal como resulta del art. 1291 del Cód. Civil.

De lo dicho resulta que el acuerdo invocado es nulo y la demanda ha sido desestimada.

En consecuencia voto porque se confirme la sentencia en recurso y se impongan al actor las costas de esta instancia (art. 68, Cód. Procesal).

Por razones análogas a las expuestas los doctores Fermé y Ojea Quintana adhirieron al voto que antecede.

Por lo que resulta de la votación sobre la que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: 1°) Confirmar la sentencia apelada; imponer al actor las costas de esta instancia.-Eduardo L. Fermé.-Julio M. Ojea Quintana.- Delfina M. Borda.-



Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala 2.-

Autos Caratulados: “C., M. E. S/HOMOLOGACIÓN DE CONVENIO-MEDIDA CAUTELAR”.-
Nº Expte: CAUSA 52.703.-

Fecha: 4/12/2008.-

FALLO COMPLETO

En la ciudad de Azul, a los 4 días del mes de Diciembre del año Dos Mil Ocho, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Ana M. De Benedictis y Jorge Mario Galdós, habiéndose retirado del Acuerdo el Dr. Víctor Mario Peralta Reyes para dictar sentencia en los autos caratulados: “C., M. E. S/HOMOLOGACIÓN DE CONVENIO-MEDIDA CAUTELAR.” (CAUSA 52.703)”, se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dr. GALDOS - Dr. PERALTA REYES - Dra.DE BENEDICTIS .

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ª.- ¿Es justa la sentencia de fs.80/82vta.?

2ª.- ¿Es justa la regulación de honorarios efectuada a fs. 82vta.?

3ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION,

El Doctor Galdós dijo:

I) Simultáneamente con el inicio del juicio de divorcio por la causal objetiva de separación de hecho, M. E. C. promovió contra su esposo E. D. A. G. el presente incidente de homologación del acuerdo de división de bienes de la sociedad conyugal.

La Jueza “a quo” desestimó esa pretensión y decretó el levantamiento de la prohibición de innovar sobre la situación jurídica del comercio de ambos, impuso las costas a la incidentista vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. Para denegar el pedido de homologación argumentó que la transacción acordada vulneraba el art.1218 del Código Civil, máxime que dicho convenio fue celebrado el 24 de Noviembre de 2000 y que la sentencia de divorcio dictada en los autos principales declaró disuelta la sociedad conyugal con efectos al día de la notificación de la demanda, lo que se produjo el 14 de Septiembre de 2004. De ese modo no se cumplimentan los recaudos legales que tornan viable la homologación del precitado acuerdo, conforme lo prevén los arts.832 y 833 del Código Civil y 308 C.P.C. y concs. C.P.C.

Contra ese pronunciamiento la incidentista dedujo a fs. 98 recurso de apelación, el que fue concedido a fs.99; a fs. 100/105 se presentó el memorial de agravios, que se contestó a fs. 107.

A fs.85 la Dra. C.N.C. recurrió la regulación de honorarios practicada a su favor.

Las quejas de la apelante se centran en que si bien una rígida aplicación de lo dispuesto por el art.1218 Código Civil importaría la nulidad del convenio de disolución de la sociedad conyugal, lo cierto es que al haberse decretado el divorcio operó la manifestación de voluntad libremente concertada por los esposos, sin vicios del consentimiento, ni abusos o ventajas para ninguno. La validez de dicho convenio, en el que se determinó no sólo la distribución de bienes sino que también se acordó la separación de hecho de los esposos C. y A. G., fue confirmada con posterioridad a su suscripción precisamente por la sentencia de divorcio. Cita jurisprudencia y doctrina que se pronuncia por la admisibilidad de los acuerdos, según lo establece el art.236 Código Civil y señala que no es válida la revocación del convenio efectuada por el marido y cursada por carta documento toda vez que hace referencia a una fecha de celebración que no corresponde. Más adelante alude a las causales de la separación de hecho y a su recepción legislativa, menciona el art.1306 Código Civil y recalca que, en el caso, la disolución de la



sociedad conyugal operó (pese a que la sentencia de divorcio la fijó a partir del 14/9//2004) en Mayo de 1999 que es la del efectivo cese de la convivencia. Insiste luego en que el juicio de divorcio y la consiguiente sentencia importan ratificación del mencionado convenio y solicita la revocatoria del fallo.

II. 1. El recurso, pese a la opinabilidad de la cuestión, es procedente.

Inicialmente, partiendo del criterio amplio de admisibilidad del agravio propiciado por este Tribunal (arts.246, 260 y 261 C.P.C.), cabe señalar que el art.236 Código Civil admite que en el marco del divorcio por presentación conjunta los esposos “podrán” realizar acuerdos acerca de los bienes de la sociedad conyugal y que el Juez podrá objetar una o más disposiciones si a su criterio se afectara “gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos”, disposición ésta que se considera en la doctrina y jurisprudencia prevaleciente, extensible y aplicable al divorcio por la causal objetiva de la separación de hecho (Méndez Costa, M. Josefa en “Código Civil Comentado-Derecho de Familia Patrimonial”, pág.351; Mizrahi, Mauricio Luis “Familia, matrimonio y divorcio”, pág. 435 y 557; Azpiri, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio”, pág.279, entre otros muchos). Así las cosas, si bien el art.1218 Código Civil establece que son nulos los convenios de los esposos sobre los gananciales de la sociedad conyugal, ello no obsta que, como se dijo, en el marco del divorcio objetivo se presenten con el escrito de demanda o posteriormente acuerdos o convenios de liquidación de la sociedad conyugal, los que de esa manera “quedan sujetos para su validez ulterior a la condición suspensiva del dictado de la sentencia de divorcio y de su homologación por el juez” (Medina Graciela-Hooft Irene en “Código Civil Comentado”, pág.432; arts.214 inc.2, 215, 216, 217, 236, 1306 y concs. Cód. Civil).

No es sobreabundante recordar que la Suprema Corte abandonó su doctrina, anterior a la vigencia de la ley 23515, que predicaba que “los cónyuges no pueden, antes de la sentencia que decreta la separación de bienes, celebrar acuerdos destinados a poner fin a la sociedad conyugal y a distribuirse el patrimonio, ya que siendo de orden público el régimen correspondiente en el matrimonio y como consecuencia, inderogable por la voluntad de los cónyuges, dichos acuerdos carecen de eficacia conforme a lo que disponen los arts.953, 1038, 1044, 1047, 1218, 1231 y concs. Código Civil (S.C.B.A. Ac.32771, 21/9/84 “J.A.R. s/Autorización Judicial”). En efecto, y como se recordó en un antecedente (esta Sala, 28/08/2001, “M. De S., A. V. S., G.”, JA 2002-III-811) “la Suprema Corte local modificó su doctrina anterior a las reformas introducidas al Código Civil por la ley 23515 que consideraba como ‘convenciones prohibidas a las concertadas sobre distribución de bienes gananciales con anterioridad a la sentencia que dispone la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de que, al procederse a la liquidación, se tomarán en cuenta las entregas realizadas como anticipo de gananciales a raíz del convenio” (conf. A.y S., Serie 20, t.X, pág.332, 1958-VI-251; 1971-I-92; 1976-II-314, íd. III-280; 1978-III-631 y 863; D.J.B.A., t.128, pág.147; Ac.36.164, sent.del 12-8-1986 y Ac.35.070, sent. del 17-2-87)” (cit.en Sup. Corte Bs. As., Ac.37.392, 27/10/87, “Salto, Nora Z. c/ Amorosi, Jorge A. Incidente rendición de cuentas y liquidación sociedad conyugal”, voto Dr. San Martín). En ese precedente el Superior Tribunal señaló que, en base a lo prescripto por los arts.205 y 236 Código Civil, cabe interpretar que ahora en el divorcio por presentación conjunta está permitido a los cónyuges acordar lo vinculado con la forma en que habrá de liquidarse la sociedad conyugal, supeditado al acogimiento de la pretensión de separación y a la aprobación del juez (párr. 4º). Por lo expuesto, ya no pueden considerarse tales acuerdos alcanzados por lo que prescriben los arts.1218 y 1219 del Código Civil” (S.C.B.A. , Ac.37.392, 27/10/87 cit.).

Empero, en materia de convenios de liquidación de la sociedad conyugal -y ceñido a lo que aquí interesa para decidir- se discute en doctrina dos aspectos relevantes: si esos acuerdos pueden realizarse antes de la presentación judicial de la demanda de divorcio y cuáles son las causales de su revocación (art.236 Cód. Civil).



Con relación al segundo aspecto, esto es a los requisitos para impugnarlos luego de su celebración -y aunque el tema no es pacífico- prevalece ampliamente la opinión autoral y jurisprudencial que propugna conferirle estabilidad y validez, aceptando su revocación sólo en supuestos más bien excepcionales, por caso si se alegan y prueban vicios de la voluntad. En efecto y sin desconocer posturas que lo conciben como un proyecto revocable o un preacuerdo-retractable (Gowland, Alberto Jorge “Los acuerdos de liquidación de sociedad conyugal y el art.236 de la ley 23515”, L.L.1988-C-693; Fanzolato, E. en Bueres Alberto-Highton Elena “Código Civil” “Derechos Personales en las relaciones de familia”, pág.304) se sostiene, en general, que “el convenio reviste la fuerza de un acuerdo obligatorio, asimilado a un contrato, por lo que las partes antes de la sentencia sólo podrían alegar un vicio del consentimiento o la lesión con los requisitos que exige el art.954 del Código Civil, por cuanto está en juego la buena fe de las partes y la responsabilidad que deriva de una acción libre y deliberada, y que además, ha formado parte del plexo de acuerdo conexo con la demanda de separación personal o de divorcio vincular” (Azpiri, Jorge O. “Régimen de bienes en el matrimonio” cit. pág.279; en ese sentido Mizrahi, Mauricio Luis “Familia, matrimonio y divorcio” cit., pág.435 y citas de notas 122 y 176; Méndez Costa, M. Josefa “Código Civil Comentado-Derecho de Familia Patrimonial” cit., pág.358/359; aut. cit., “Un caso más de convenio pactado antes de la extensión del régimen patrimonial” en anotación laudatoria a fallo de la Suprema Corte de Mendoza en JA 1997-II-633; Lambois, Susana, “Una vez más sobre los convenios de liquidación de la sociedad conyugal previos a su disolución” en comentario aprobatorio a fallo de la Cámara de San Isidro, en L.L.Bs. As.2002-268; Minyersky de Menassé, Nelly, “Convenios de liquidación de la sociedad conyugal” en “Enciclopedia de Derecho de Familia”, Tº I p.695).

En definitiva, y sin teorizar sobre el tema en análisis, la incausada revocación pretendida por el esposo, A. G., en la que revocó dicho convenio no tiene virtualidad jurídica porque aún los partidarios de su revisabilidad requieren que concurren circunstancias atendibles; y en el caso no medió ni “invocación de perjuicio en la división” (argumento que admite Gowland en ob.cit. LL 1988-C-695) ni alegación de “causa razonable” (motivo que acepta Fanzolato en Bueres – Highton, Ob.cit., T 1-B-p.304). Y ello, insisto, desde la óptica más favorable al esposo toda vez que en mi opinión, y acompañando a la postura mayoritaria, el convenio sólo puede ser impugnado en supuestos particulares, los que requieren –obviamente- de la invocación de causales o fundamentos (faltantes en este caso) ya que no se adujo ningún vicio de la voluntad (conf. Mizrahi, ob.cit., p.435 y notas 177 y 178; Minyersky, Nelly en ob.cit. T I, p.692, punto 11) ni esgrimió “la lesión resultante del aprovechamiento de la necesidad, de la inexperiencia o ligereza de uno de los esposos o la imprevisión prevista en el art.1198, párr.2º del Cód. Civil” (Azpiri, ob.cit., p.283). En autos el esposo antes de la sentencia de divorcio, y según resulta de ese expediente, revocó sin fundamento alguno ni expresión de causa (salvo la defensa del orden público patrimonial del matrimonio) dicho acuerdo por lo que esa retractación no tiene operatividad jurídica.

Empero, lo relevante para admitir la homologación del acuerdo son las circunstancias y situaciones de hecho en las que se celebró ese acto y sus ulterioridades, pese a la ausencia de temporaneidad entre su celebración (24/11/2000) y su presentación posterior (el 16/8/2004).

En consecuencia, admitida la validez de los convenios de liquidación en los divorcios por separación de hecho, y que la revocación aducida por A. G. carece de efectos, corresponde analizar el aspecto gravitante que es -como se anticipó- que el convenio se celebró con anterioridad a su presentación en el juicio de divorcio (art.236 Código Civil).

Sobre éste tópico no cabe más que compartir los sólidos argumentos vertidos en dos fallos (uno de la Suprema Corte de Mendoza, mencionado en un precedente de la Casación Bonaerense, y otro de la Cámara de San Isidro) que, siguiendo la doctrina predominante, admitieron la validez de los mentados convenios pese a ser anteriores a la presentación de la demanda de divorcio por presentación conjunta.



Se sostuvo en el primer antecedente que son válidos los convenios de liquidación de sociedad conyugal suscriptos por los cónyuges “antes de la presentación del escrito judicial que peticiona el divorcio por presentación pero en el marco de éste, y agregados al expediente con posterioridad a la sentencia que acoge la pretensión” (Suprema Corte de Mendoza Sala 1ª, 21/10/96 “P.,A. y S.,D.F.”, voto Dra. Kemelmajer de Carlucci y con nota aprobatoria a fallo de M. Josefa Méndez Costa “Un caso más de convenio pactado antes de la extinción del régimen patrimonial” cit., J.A.1997-II-628).

En este fallo se hizo hincapié –en consideración trasladable al caso en juzgamiento- que por vía de principio los convenios celebrados durante la vigencia de la comunidad conyugal son nulos porque en esta etapa “a los esposos no les es permitido derogar la estructura y funcionamiento de la comunidad por vía de decisiones convencionales” (arts.1218, 1219, 1315 y concs. Cód. Civil; causa cit. voto Dra. Kemelmajer, JA 1997-II-623). Y lo que se ponderó, luego de analizar con agudeza y detalle los distintos aspectos involucrados en la cuestión (normológicos, sociológicos, etc.) que el acuerdo fue suscripto “en el marco del divorcio por presentación conjunta” y que el convenio y agregación en el expediente “están separados temporalmente por escasos quince días, tiempo durante el cual se ejecutó el convenio y cesó la convivencia”. La comentarista al fallo acotó –entre muchas otras consideraciones- que el convenio era válido no sólo por el breve lapso transcurrido entre la firma y la presentación conjunta de los esposos, sino por la “suficiente evidencia de su integración conjunta” (Méndez Costas, Josefa, ob.cit., JA 1997-II-633).

En la misma tendencia de la corte mendocina, la Dra. Graciela Medina, desde la Sala 1ª de la Cámara de San Isidro, sostuvo que ante la tendencia actual de apertura del régimen de la autonomía de la voluntad en materia patrimonial conyugal resulta inadmisibles declarar la nulidad de un convenio de liquidación de bienes de una sociedad conyugal “celebrado días antes de presentar la demanda de divorcio por presentación conjunta y cumplido parcialmente con posterioridad a la sentencia de divorcio” (C. Civ. y Com. San Isidro Sala 1ª, 19/10/99 “B.,G. C/ M.,L.”, J.A. 2000-I-574 y LL BA 2000-259 con la anticipada nota aprobatoria de Lambois, Susana E., “Una vez más sobre los convenios de liquidación de la sociedad conyugal previos a su disolución” en LLBA 2000, p.257).

La sentencia argumentó que “el convenio de liquidación de la sociedad conyugal celebrado al tiempo de la demanda de divorcio entre los cónyuges es un negocio válido, sujeto a requisito de eficacia (o “*condictio iuris*”): el dictado de la sentencia que disuelve la sociedad conyugal (art.1306 Cód. Civil). ... Poco importa, entonces, que la homologación formal del convenio sea, respecto del fallo, posterior –como acontece en ocasiones por razones formales- o simultánea, dado que el juez no puede negarse a homologar el acuerdo salvo que se negocien derechos indisponibles y sin perjuicio de que las partes soliciten las medidas tendientes a detener la ejecución del acto si hay vicios de la voluntad” (receptando el voto del Dr. Bueres, en el plenario C.N.Civ., en pleno, 24/12/82, “G.R.L., M.”, en LA LEY, 1983-A, 483, en fallo cit. L.L.B.A.2000-257). Ese argumento que repara en la naturaleza jurídica del instituto es relevante y ha sido también puesto de manifiesto por Minyersky y Lambois. La primera afirma que “los acuerdos sobre liquidación de bienes gananciales son negocios jurídicos condicionados a la separación judicial de bienes, plenamente eficaces aun cuando se instrumentan con anterioridad, pero sujetos a la mentada disolución que actúa como elemento operante”; agregando que “el acuerdo de liquidación de los bienes gananciales depende, ineludiblemente, de la disolución de la sociedad conyugal, lo cual comporta que su ejecución y efectos son diferidos hasta ese momento” (ob.cit., Minyersky de Menassé, Nelly, “Convenios de liquidación de la sociedad conyugal” cit., p.685; Lambois, Susana, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, Tomo I,A cit.).

Lambois, por su parte, enfatiza que no cabe confundir nulidad de los convenios (lo que comporta la existencia de vicios o defectos estructurales) con su eficacia. Por ello “los acuerdos pueden realizarse en cualquier momento, aún con anterioridad a la petición de separación personal o divorcio, sin perjuicio de ser denunciados por vicios del consentimiento, lesión u



onerosidad sobreviniente, según el caso” (aut.y ob.cit. L.L.Bs.As. 2000-258). Lo que debe desecharse –acota- es que no se celebren acuerdos durante la vigencia de la sociedad conyugal para hacerlos valer ante un eventual divorcio, encubriendo acuerdos prohibidos de separación de bienes, lo que –en el caso que comentó- se descartaba porque las fechas en que se suscribieron y la de presentación del divorcio “guardan una razonable inmediatez”.

Resulta, entonces, que la nota relevante para admitir la presentación del acuerdo de fecha anterior a la de presentación de la demanda no queda estrictamente limitada a que se celebraron simultáneamente o con posterioridad al escrito de demanda, sino que –en opinión de Mizrahi- “incluso tendría que comprender a los suscriptos con fecha anterior en la medida en que, tras el análisis del juzgador, se los estime acordados en el marco del divorcio vincular o separación personal que después han peticionado las partes” (Mizrahi, Mauricio “Familia, matrimonio y divorcio” pág.559). Con palabras de Azpiri, ambos actos (celebración del acuerdo y presentación de la demanda de divorcio) puede efectuarse “dentro del trámite de negociación previo a la presentación judicial de la misma” (Azpiri, Jorge O. “Régimen de bienes en el matrimonio”, pág.278).

La interpretación en análisis es la que acogió la Suprema Corte de Buenos Aires en un precedente en el que por unanimidad hizo mérito de la postura del Superior Tribunal de Mendoza (S.C.B.A. Ac.84162, 24/9/2003 con primer voto de Dr.de Lázari, “C.,M.A.”). Se ponderó especialmente que si bien el convenio carecía de fecha, se hacía expresa referencia a la iniciación del trámite de la presentación conjunta del divorcio, el que fue decretado por la causal prevista por el art.214 inc.2 del Código Civil, “por lo que tal extremo no constituye motivo que permita soslayar la operatividad del art.236 cit.” (S.C.B.A., voto Dr. de Lázari, Ac.84162 cit.).

2. Los hechos objetivos que resultan de ponderar las constancias de estos autos (Expte. 25287), del proceso principal (causa 25288 “C. M. E. c/A. G. E. D.. Divorcio vincular. Separación de Bienes”) y de los incidentes (causa 29670 “A. G., E. D. c/C., M. E.. Incidente de liquidación de Sociedad Conyugal” y causa 32483 “A. G., E. D. c/C., M. E. s/Rendición de cuentas”) son los siguientes:

- Los esposos se separaron de hecho de común acuerdo en Mayo de 1999, según lo expresaron ambos en el “Convenio entre Esposos”, de fecha 24 de Noviembre de 2000 y cuyas firmas fueran certificadas notarialmente (fs.2/4; ver expte.25288 exposición policial de la esposa a fs.4 en la que, incluso, se hace referencia a una fecha anterior de cese de la convivencia; fs.26 exposición civil del cónyuge, de similar tenor, en la que sitúa la fecha de la separación de hecho en 1998; admisión procesal de A. G. al contestar la demanda a fs.29/30; sentencia de fs.51/53);

- Es elocuente transcribir, para clarificar la real situación vivencial, la cláusula Primera del precitado convenio: “Ante dificultades que tornaren imposible la vida en común, (ambos esposos) decidieron y establecieron sus domicilios por separado, concretando de esta forma la separación de hecho desde el mes de mayo de 1999. De esta forma la Sra. C. continuará domiciliada en Avenida Colón N° 4042, lugar del hogar conyugal, junto a la hija común de las partes: D.A. El Sr. A. se establecerá y fijará domicilio en el vecino país de Uruguay, excluyéndose del hogar conyugal y comprometiéndose a no turbar la posesión ni la vida privada de su ex consorte. Esta decisión tomada de común acuerdo y con pleno conocimiento de ambos, no podrá ser esgrimida por ninguno de ellos como causal de divorcio” (sic, fs.cit.).

- En 1999 A. G. regresó a Uruguay –su país de origen- (expte.25288, acta de exposición civil del esposo citada a fs.26; admisión procesal al deducir el incidente de rendición de cuentas fs.4 vta. causa 32483);

- En el precitado convenio los cónyuges no sólo asentaron su separación de común acuerdo y sin causal culpable, la radicación mencionada de A. G. en el país vecino, sino que



acordaron la siguiente división de bienes: 1) el inmueble sito en Avda. Colón 4042 de Olavarría sería vendido, a cuyos fines se determinó un precio mínimo, y cuyo producido se distribuiría en partes iguales; 2) también los muebles y enseres del hogar se repartirían por igual, y según inventario a realizarse; e) el fondo de comercio de Pizzería y anexo “Tico-Tico”, sito en Vicente López 3388 de Olavarría, que desde la fecha de la separación de bienes (mayo de 1999) a la de ese acuerdo (24/11/2000) fue explotado por la esposa, “quedará enteramente en propiedad” suya, previo pago del 50% de su valor el que se lo fijó en U\$S 3.000. Ella también deberá abonar U\$S 5.500 por el usufructo durante ese período (Mayo 1999 al 24/11/2000). El total del precio a pagar por C. (U\$S 8.500.-) se abonaría al concretarse la venta del inmueble principal.

- De este modo no hay dudas que la separación de hecho fue acordada en el mencionado convenio en noviembre de 2000, reconociendo que la misma se remontaba a una fecha anterior (1999), y que, en ese marco, se suscribió el modo de liquidar los bienes conyugales.

- Así las cosas, y no habiéndose deducido antes ningún proceso judicial, el 2 de Marzo de 2004 el esposo mediante documento (fs.16) “rescindió las estipulaciones contenidas en ese convenio” (aunque alude a otra fecha) por “resultar nula” por disposición de orden público en atención a la “calidad de esposos a esa fecha” (expte.25288 fs.24).

-Recién el 18 de Agosto de 2004 C. promovió el divorcio por separación de hecho (fs.11 expte.25288 y fs.10 de estos autos). A. G. se allanó al divorcio y reconoció la autenticidad del convenio referido, al que le resta eficacia. Luego de otras contingencias procesales se dictó la sentencia que acogió la pretensión y decretó el divorcio por esa causal objetiva, confiriendo validez al allanamiento del esposo y declaró disuelta la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda (el 14/9/2004).

En este marco fáctico y jurídico, no habiéndose invocado por el esposo ningún vicio de la voluntad ni causal objetivamente atendible que controvirtiera el contenido y alcance del acuerdo libremente pactado cuando se separaron, no existe mérito para –ahora- dejarlo de lado.

Desconocer efectos jurídicos a ese acuerdo significaría, en el caso, consagrar un evidente y notorio ejercicio abusivo del derecho de A. G. y soslayar el basamento fáctico y jurídico decisivo: los esposos se separaron de hecho y determinaron en el año 2000 la forma de dividirse los bienes, difiriendo la presentación judicial (recuérdese que el marido se fue del país), la que recién se concretó bastante tiempo después. Esas revelan de modo incontrastable que todo el trámite (tanto el acuerdo patrimonial como el reconocimiento de los hechos que motivaron la ulterior sentencia judicial de divorcio) guarda correspondencia entre sí porque se trata de un mismo e inescindible hecho, instrumentado en forma indubitable y libre, del que sólo se pospuso temporalmente su presentación judicial.

En definitiva: pese a la marcada diferencia temporal entre la fecha de suscripción del convenio (24/11/2000) y el de su presentación (16/8/2004) habiéndose decretado el divorcio por la causal objetiva reconocida bilateralmente por ambos esposos en dicho convenio (sentencia del 29/12/2005), operó la condición que le confirió eficacia. Y ello porque –insisto- en realidad existió un diferimiento temporal justificante de la presentación judicial posterior motivado por la ausencia del país del esposo, quién se radicó en Uruguay, aunque luego regresó al país (expte. 32.483, fs.4 vta.). Entonces, existe unicidad fáctica y vivencial entre la separación de hecho y la forma de acordar la división de la sociedad conyugal mediando sólo un diferimiento transitorio de la promoción de la acción judicial que obedeció a dicha y singular razón.

Y ello es contundente para recepcionar que, según el principio de normalidad, esto es lo que sucede de ordinario según el curso natural de las cosas (doc. art.901 Cód. Civil), al reconocer las causales y hechos del cese de la convivencia, también acordaron cómo dividir sus bienes en un acto que conforme las circunstancias del caso, fue celebrado “en el marco del divorcio luego peticionado” (Mizrahi, ob.cit., p.55), lo que descarta cualquier intento espúreo de procurar,



alguno de ambos, ventajas patrimoniales en infracción al régimen del orden público matrimonial (arts.1216, 1218, 1219 y concs. Cód. Civil).

Por lo expuesto soy de la opinión que corresponde homologar el convenio de marras en cuanto fija los criterios y parámetros de división de la sociedad conyugal, sin perjuicio de su necesaria readecuación y eventual integración (ello así, por la manifestación carente de prueba, de A. G. vertida a fs.29vta. expte.25288 , en el sentido de que habría otros bienes) toda vez que los valores estimados se consignaron en dólares estadounidenses en época anterior al dictado de las normas pesificadoras. Todo ello, obviamente, con intervención de ambas partes.

Las costas se impondrán en ambas instancias por su orden atento la naturaleza de la cuestión decidida (arts.68, 71 y 274 C.P.C.).

Así lo voto.

A la misma cuestión la señora Juez, doctora DE BENEDICTIS , votó en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN,

El Señor Juez DR. Galdós, dijo:

I) Atento la imposición de costas efectuada en la última parte de la primera cuestión y atento lo normado por el art.274 del C.P.C.C. corresponde dejar sin efecto la regulación efectuada a fs.82vta. y adecuar dichos honorarios. Por lo tanto el tratamiento del recurso interpuesto a fs.85 deviene abstracto.

II) En atención al valor y mérito de los trabajos realizados, y en orden a lo dispuesto por los arts.13, 14, 15, 16, 21, 22 y concs. dec/ley 8904/77, regúlense los honorarios de la Dra.M .G.M. , en su carácter de patrocinante del Sr.A. G., en la suma de pesos (\$-), los de la Dra.C .N.C., en igual carácter que la anterior, en la suma de pesos (\$-) y los del Dr.H.D.M., patrocinante de la actora , en la suma de pesos (\$-), todos con más el aporte legal correspondiente.

Por los trabajos realizados ante este Tribunal y atento a lo dispuesto por el art.31 del Decreto/Ley 8904/77, regúlense los honorarios de la Dra.M .G.M. , en su carácter de patrocinante del Sr.A. G., en la suma de pesos (\$-) y los del Dr.H.D.M., en su carácter de patrocinante de la actora , en la suma de pesos(\$-), con más el aporte legal.

Así lo voto.

A la misma cuestión la señora Juez, doctora DE BENEDICTIS , votó en idéntico sentido.

A LA TERCERA CUESTIÓN,

El Señor Juez DR. Galdós, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del C.P.C.C. corresponde revocar la sentencia recurrida y homologar el convenio de liquidación de la sociedad conyugal celebrado con fecha 24 de Noviembre de 2000 por los esposos M. E. C. y E. D. A. G., en cuanto fija los criterios o parámetros de adjudicación de los bienes, sin perjuicio de su necesaria adecuación e integración, en la que, con intervención de ambos, se determinaron los valores actuales pertinentes. Las costas se impondrán en ambas instancias por su orden



atento la naturaleza de la cuestión decidida (arts.68 y 71 C.P.C.). Dejando sin efecto la regulación efectuada a fs.82vta. y adecuando dichos honorarios. Por lo tanto el tratamiento del recurso interpuesto a fs.85 deviene abstracto.

Regúlense los honorarios de los letrados intervinientes según lo dispuesto en el considerando II de la Segunda Cuestión.

Así lo voto.

A la misma cuestión la señora Juez, doctora DE BENEDICTIS , votó en idéntico sentido.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Azul, 4 de Diciembre de 2008

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del C.P.C.C., **REVÓCASE** la sentencia recurrida y **HOMOLÓGASE** el convenio de liquidación de la sociedad conyugal celebrado con fecha 24 de Noviembre de 2000 por los esposos M. E. C. y E. D. A. G., en cuanto fija los criterios o parámetros de adjudicación de los bienes, sin perjuicio de su necesaria adecuación e integración, en la que, con intervención de ambos, se determinaron los valores actuales pertinentes. **IMPÓNENSE** las costas en ambas instancias por su orden atento la naturaleza de la cuestión decidida. **DÉJASE SIN EFECTO** la regulación efectuada a fs.82vta. y **ADECÚANSE** dichos honorarios. Por lo tanto el tratamiento del recurso interpuesto a fs.85 deviene abstracto.

En atención al valor y mérito de los trabajos realizados, y en orden a lo dispuesto por los arts.13, 14, 15, 16, 21, 22 y concs. dec/ley 8904/77, **REGÚLANSE** los honorarios de la Dra.M .G.M. , en su carácter de patrocinante del Sr.A. G., en la suma de pesos (\$-), los de la Dra.C .N.C., en igual carácter que la anterior, en la suma de pesos (\$-) y los del Dr.H.D.M., en su carácter de patrocinante de la actora , en la suma de pesos (\$-), todos con más el aporte legal correspondiente.

Por los trabajos realizados ante este Tribunal y atento a lo dispuesto por el art.31 del Decreto/Ley 8904/77, **REGÚLANSE** los honorarios de la Dra.M .G.M. , en su carácter de patrocinante del Sr.A. G., en la suma de pesos (\$-) y los del Dr.H.D.M., en su carácter de patrocinante de la actora , en la suma de pesos(\$-), con más el aporte legal.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y devuélvase. Fdo.: Dra.Ana María De Benedictis – Presidente – Cámara Civil y Comercial – Sala II – Dr.Jorge Mario Galdós Juez – Cámara Civil y Comercial – Sala II. Ante mí: Dra.María Fabiana Restivo – Secretaria – Cámara Civil y Comercial – Sala II.



Citar Lexis N° 70018543

Tribunal: C. Nac. Civ., en pleno

Fecha: 17/10/1924

Partes: Bollini de Battilana, Matilde v. Schóo Lastra, Oscar y otro¹²²

Publicado: JA 18-111.

SUCESIONES - Partición - Requisitos - Tasación e intervención de partidor - Omisión - Efectos

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, octubre 17 de 1924.

El Dr. Casabal dijo:

Dictada declaratoria en el juicio sucesorio de Manuel Daneri, todos los herederos presentaron de común acuerdo la cuenta de partición que corre de fs. 77 a fs. 119; y en razón de haber sido aprobada dicha cuenta por el juez de la sucesión, en 23/8/1913, la finca, objeto de esta litis, que adjudicada e inscripta en el registro de la propiedad a nombre de Juan T. Daneri, hasta que produjo la venta de la misma a favor de Pedro J. Battilana, según escritura de 31/8/1915, (conf. fs. 12 de estos autos). Muerto Pedro J. Battilana, dicha propiedad, adquirida por el último durante su matrimonio, fue a su vez adjudicada, por voluntad de todos los herederos, puesta de manifiesto en una cuenta de división que se practicó y que luego se aprobó judicialmente (conf. fs. 226 vta.; autos correspondientes), a la cónyuge superviviente o sea a la actora, y tal adjudicación se inscribió también en el registro de la propiedad, todo lo cual consta a fs. 99, 221, 221 vta., 226 vta., 227 y 227 vta., del otro juicio sucesorio agregado.

He aquí los antecedentes de hecho que son objeto de reparos por parte de los demandados. El juez ha considerado admisibles esos reparos y en su pronunciamiento se refiere al acuerdo de estas cámaras in re "Compiani de Piaggio" de fecha 28/3/1921. (1) Disponible en:http://compact.abeledoperrot.com/pprof_nxt/onl.dll?f=templates&fn=default.htm&Tit=&2.0&vid=ar2:vblue1&ini=true&atoc=30&global=g_&usuario=128804&g_vi.

Verdad que, a estar mecánicamente a lo sancionado en este fallo plenario, no correspondería llegar a otra solución que a la confirmación lisa y llana de la sentencia apelada. Pero la existencia de esa decisión, -pronunciada en un asunto de superintendencia y ajena, por consiguiente, a la controversia y al litigio que general la cosa juzgada,- no obsta ni puede obstar

¹²² Disponible

en:http://compact.abeledoperrot.com/pprof_nxt/onl.dll?f=templates&fn=default.htm&Tit=&2.0&vid=ar2:vblue1&ini=true&atoc=30&global=g_&usuario=128804&g_vi.



a que el tribunal, aun a riesgo de rectificar su acto, penetre nuevamente en la medula de la cuestión. Ello es tanto más necesario, cuando que, con fecha 21/5/1924, la cámara de que formo parte y por el órgano de tres de sus miembros, ha sostenido una tesis opuesta, al desestimar las observaciones de un comprador frente a un título que emanaba de una partición hecha en el expediente, sin el requisito de la escritura pública (conf. resolución in re "Erramouspe de Gómez"). (2)

Si esta última situación se mantuviera, el efecto ineludible sería la revocatoria de la sentencia, sin costas, atenta la naturaleza del punto debatido y en vista de las razones que han podido favorecer la actitud del demandado.

Declaro, desde luego, por mi parte, que mi convicción se ha hecho en este sentido, y doy por reproducidos, por de pronto, los fundamentos que informan la citada resolución.

Se arguye con la nulidad de las adjudicaciones en juego, por haber sido llevadas a cabo, según se afirma, con transgresión de disposiciones terminantes de las leyes civiles y procesales; y se citan para este efecto los arts. 1184 , 3462 , 3466 , 3468 del CCiv. y 668 a 679 del de procedimiento (conf. fs. 21). Sin embargo, a poco que éstos se examinan y se correlacionan con sus concordantes, se advierte la carencia de fundamento eficaz para sustentar tan grave solución. El art. 1184, inc. 2 , prescribe la escritura pública para las particiones extrajudiciales, cuyo importe llegue a \$ 1000 o en que haya bienes inmuebles, pero como es evidente que se está en presencia de actos concertados y consumados con la aprobación judicial dentro de juicios sucesorios, forzoso es concluir que aquella nulidad no puede alcanzarlos. ¿Por qué entonces debiera declarar esta última? ¿Acaso a mérito de que todos los herederos concurrentes mayores de edad prescindieron de los peritos, de las juntas o de los contadores de que hacen mención las otras disposiciones aludidas... Ha podido afirmarse que, aún en el supuesto de que esa prescindencia no estuviera autorizada, la declaración de nulidad no podría ser la consecuencia necesaria, desde que a los jueces no les es dado declarar otras nulidades que las expresamente establecidas, (conf. art. 1037); pero yo me limito a sostener, porque esto, a mi juicio, es lo fundamental, que no estando tales formas rigurosamente impuestas para todos los casos, los herederos Daneri y Battilana pudieron válidamente apartarse de las mismas y concertar la división de bienes de la manera que lo hicieron.

El art. 3462 , prescribe que si todos los herederos están presentes y son mayores de edad, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que los interesados o la mayoría de ellos, contados por personas, juzguen conveniente, siempre que el acuerdo no sea contrario a la esencia misma de la partición. Es decir, la ley de fondo señala un modo de partir los bienes que no es aquel a que se refieren imperativamente los arts. 3465 y ss. ni los correlativos del Código Procesal Civil y Comercial , modo que presupone, no sólo la concurrencia y capacidad de todos los herederos, sino también la concordancia estricta del acuerdo con las reglas y normas de orden público referentes al régimen de las sucesiones.

La parte demandada no objeta desde estos puntos de vista las particiones, porque ellas, según puede comprobarse en los autos respectivos, reúnen todos esos requisitos: la relación de antecedentes ajustables a las constancias pertinentes, la enumeración de los bienes practicada en consonancia con los inventarios aprobados en oportunidad, las tasaciones del caso llevadas a cabo, bien por expertos nombrados de antemano a ese efecto, bien en vista de las evaluaciones constatadas de la contribución directa y territorial, la distribución del caudal de conformidad con el carácter hereditario reconocido, la separación de bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas (conf. art. 3474), el acuerdo de los herederos, perfectamente capaces todos ellos y, por último, la aprobación por el juez de la sucesión, quien no la habría otorgado ni hubiera mandado inscribir las hijuelas, si hubiese mediado violación de las legítimas o desconocimiento de los derechos creditorios de los terceros.



Se ha dicho que el escrito judicial no es asimilable a las escrituras públicas, pero no cabe derivar de ahí que cuando en una determinada sucesión los herederos mayores de edad resuelven distribuirse entre sí el caudal, después de haber cumplido con todos los trámites necesarios para poderse considerar como tales, después de haberse individualizado y tasado los bienes, y después de haber hecho convocar a los posibles acreedores por medio de los edictos, sin que éstos se hayan presentado, no consuman por la común convención, unida a la aprobación judicial, un acto definitivo que lleva en su seno los caracteres de una autenticidad tan grande como las de las escrituras públicas. Por lo demás, el art. 979 del CCiv., declara instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos, las actas judiciales hechas en los expedientes por los respectivos escribanos y firmadas por las partes en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimiento; y agrega que las copias de esas actas revisten igual carácter cuando se sacan por orden del juez antes quien pasaron.

No hay duda, pues, que las adjudicaciones del bien de que se trata en los presentes autos, importan hechos ejecutados en ejercicio de facultades que las leyes reconocen; y no hay duda además de que tales actos tienen el sello auténtico de los instrumentos públicos. La escrituración de adjudicaciones realizadas en esa forma podrá ser un medio a que los particulares recurran para su mejor individualización en los protocolos, pero lo que es innegable es que la carencia de escritura pública no puede en modo alguno ser causa de invalidez de las mismas, y, por ende, de la transmisiones que al amparo de ellas se sucedieron.

La Corte Sup., en el fallo que se registra en el 17:325, refiriéndose a un debatido contrato de compraventa, decía: "el acto del remate es en sí mismo un contrato perfecto de compraventa que, tratándose de inmuebles no necesita para su legalidad y validez ser extendido en escritura pública, viniendo la escritura en este caso a importar tan sólo la autenticación ex post facto del acto del remate, pero no un contrato, porque no habría ni posibilidad jurídica de volver a vender lo que ya estaba vendido.

Por ello, y no habiéndose mejorado en esta instancia el recurso de nulidad, voto en el sentido expresado

Los Dres. Pera y Juárez Celman, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Casabal, votaron en igual sentido.

El Dr. Colmo dijo:

El caso es de toda sencillez: la actora ha prometido en venta a los demandados, según boleto de fs. 2, un inmueble que le fue adjudicado en la sucesión de su difunto esposo, que corre agregada, según partición de fs. 99 a 105, cumplidamente aprobada por el juez a fs. 226 vta., y debidamente inscripta en el registro de la propiedad; y el esposo de la misma lo hubo en compra efectuada a otro adjudicatario, según partición de fs. 77 y ss. del respectivo juicio sucesorio, que igualmente corre agregado, también aprobada e inscripta en el registro.

Los demandados se niegan a escriturar por la doble razón de que en ninguno de los dos supuestos ha mediado la partición que legalmente habría correspondido: no es privada, porque no consta en escritura pública; y no es judicial, porque se ha omitido en ambas los requisitos de los arts. 3462 y ss. del CCiv., que imponen la tasación previa de los bienes, la intervención de un partidor, etc..

Todo se reduce, entonces, a determinar si las referidas particiones son o no legales y válidas.

La afirmativa me parece indudable.



Desde luego, preciso la situación: aquí no juega partición privada, simplemente porque, tratándose inmuebles, no existe la escritura pública que requisito indispensable, (art. 1184, inc. 2, CCiv.), e insustituible, ya que no esta permitida, sino en casos expresos y excepcionales, como el del art. 1455 del mismo código, la substitución o reemplazo de forma por otra, (arts. 976 y 977 del código precitado), y por cuanto una diligencia judicial podrá ser instrumento público, (art. 979, inc. 4), pero nunca es escritura pública.

Así, corresponde dilucidar si las referidas particiones son o no legales particiones judiciales.

Una cosa es judicial cuando se hace en juicio y con intervención del respectivo juez. Pues bien, las referidas particiones han sido practicadas en juicio, sometidas a la aprobación judicial, cumplidamente aprobadas por el juez y luego inscriptas en el correspondiente registro.

Creo que no hay derecho para pedir más.

Sostenerse, como se hace, que la omisión de trámites e intervenciones como la tasación y el partidador, implica la desvirtuación de la partición, es confundir variar cosas: hacer formalidad, y requisito indispensable, de lo que es apenas procedimiento; desconocer que en una partición así hay tanta autenticidad como en la que se hubiera llenado todos aquellos requisitos, pues una y otra son presentadas en juicio formal, en que han intervenido los distintos representantes necesarios del consejo nacional de educación y del ministerio fiscal y donde ha mediado la cumplida aprobación del juez, y ya que al exigirse en el código o la escritura pública o lo judicial de la situación, no se quiere otra cosa que una garantía de autenticidad.

Más que eso, se llega a pronunciar una nulidad que no está en la ley. En ninguna parte está, sea Código Civil sea Código Procesal Civil y Comercial, he dicho, ni indirectamente, que la omisión de tales requisitos vicie de nulidad la partición. Todo lo que en ella se hace es suponerse lo normal de los trámites, en cuya virtud se recurre a la tasación para fijar el valor de inmuebles a dividirse y se quiere la intervención de un perito para que se practique la partición, y lo legisla reglamentándolo. De consiguiente, y ante lo estricto de cualquier nulidad, que sólo procede ante precepto expreso, (art. 1037 y conchs. del CCiv.), no se ve cómo ni por qué haya de admitirse una nulidad no preceptuada ni siquiera en forma genérica, pues no se tendría la violación de ningún texto prohibitivo, (art. 18 del mismo código).

Y se comprende: una y otra cosa, lo propio que el inventario, son de orden interno y privado; que sólo interesa a los herederos; determinar los bienes sucesorios, asignarles valor adecuado y hacer la partición por persona entendida. Todo ello puede ser plenamente omitido, cuando, como en el caso, lo que no se niega, los herederos son mayores, pues nada agrega ni quita con la relación a la autenticidad y a lo judicial del acto.

Ello, tanto más cuanto que: 1., ni se insinúa que en la sucesión se haya prescindido de trámites esenciales, pues hay cumplida citación, declaratoria, pago de impuestos, intervención de los expresados funcionarios, etc., y final presentación de la partición al juez y aprobación de éste; 2., en una de ellas la tasación habría existido; 3., tratándose de herederos mayores, la ley es bien explícita en el sentido de que el arbitrio de ellos es decisivo en todo cuando sea, como aquello, de orden privado y no ataque "la esencia misma de la partición" o no vulnere principios de interés público, como sería el de la forma, que aquí está llenada, pues se la ha practicado en juicio intachable y resulta así judicial; 4., y la garantía técnica que entraña la intervención de un partidador perito, sobre implicar apenas un asunto de orden interno y no formal, debe quedar descartada, porque aun cuando el técnico no aparezca en las particiones del caso, es evidente que ha debido intervenir, pues tienen ellas, particularmente la de la sucesión en que finca su derecho el vendedor de quien hubo la propiedad el marido de la actora, todos los elementos de la más formal de las particiones, con sus prenotados, su cuerpo de bienes, sus hijuelas y sus



adjudicaciones más cabales, y porque, además, el juez que la aprueba es tan perito como el mejor perito.

A lo sumo, si habría cabido observar algo en este último sentido con respecto a la partición efectuada en la sucesión de dicho marido, donde tales circunstancias constan en formas un tanto sumarias. Pero no se lo ha hecho. Es que tampoco habría cabido la impugnación; la partición fue judicialmente aprobada y luego inscripta en el correspondiente registro. Así, la garantía frente a terceros existiría en su plenitud. En vano se arguye con el art. 244 de la ley 1893, según el cual la inscripción en el registro no implica la validación de los actos legalmente nulos. Eso es desplazar el caso; aquí no jugaría la nulidad de la partición, que es ajena a cualquier inscripción, sino la garantía de que la partición tiene todos los requisitos internos que le son indispensables para poder ser inscripta y para servir de título nuevo. Sería singular que sancionada esa validez interna por la doble autoridad de funcionarios como un juez y el director del registro, pudiera alguien venir luego a pretender que la partición es defectuosa en los elementos internos de la misma.

Por donde se mire el asunto, a mi juicio, no cabe la impugnación de la parte demandada: una partición efectuada por herederos mayores y que ha logrado la ulterior aprobación judicial y su inscripción en el registro, es plenamente judicial y resulta simplemente inatacable en cuanto al lleno de la forma legal.

Cierto que se arguye con lo resuelto por ambas cámaras en la sucesión Compiani de Piaggio. Pero no se advierte que: 1., allí jugaba un caso de mera superintendencia, y no contencioso; 2., la decisión puede haber obedecido a lo circunstancial del supuesto. En cambio, nuestro tribunal ha resuelto ulteriormente, en un caso análogo al de autos ("Erramouspe de Gómez"), que una partición así era cabalmente judicial y plenamente inobjetable.

Encuentro, pues, que esta última resolución no tiene por qué variar en el caso, y adhiero, por consiguiente, a la conclusión del voto que precede, tanto en lo principal como en las costas, que no son concebibles en tribunal plenario.

El Dr. Salvat dijo:

Que por consideraciones análogas a las emitidas por los vocales preopinantes, votaba también en sentido negativo, es decir, por la revocación de la sentencia apelada, debiendo las costas abonarse en el orden causado por estimar que el vencido ha podido creerse con razón fundada para litigar.

Los Dres. Gigena, Helguera y Lagos, adhirieron al voto anterior.

El Dr. Senillosa dijo:

Por mi parte conforme también con los precedentes votos, sólo que considero que habría de dejarse expresa constancia de que el juez a quo se ha ajustado respetuosamente a lo que ambas cámaras en pleno tenían resuelto, en ejercicio de superintendencia, y ya fuera o no jurisprudencialmente; contra lo que las mismas ahora francamente reaccionan; y por lo que tampoco cabría nunca, me parece igualmente que a los vocales preopinantes, la imposición de costas.



Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que precede, se revoca la sentencia apelada de fs. 38, y en consecuencia, se condena a don Oscar Schóo Lastra y don Enrique J. Bonneu, a escriturar el contrato de compraventa, que contiene el boleto de fs. 2, dentro del plazo de veinte días y bajo apercibimiento de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses. Las costas de ambas instancias en el orden causado.- Adolfo Casabal.- Julian V. Pera.- Tomás Juárez Celman.- Alfredo Colmo.- Raimundo M. Salvat.- Aureliano Gigena.- Federico Helguera.- Juan C. Lagos.- Felipe Senillosa.

NOTAS:(1) Ver este caso en JA 6-242. - (2) Ver este caso en JA 12-139.SUCESIONES AR_JA004 JJTextoCompleto JUSTICIA NACIONAL EN LO CIVIL JUSTICIA NACIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL



Dpto. de Trabajos Finales de Graduación
Universidad Siglo 21

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Yamila Edith Lopez.
E-mail:	yamilob@hotmail.com yamilalopez-estudiojuridico@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	“Validez de los convenios de liquidación previos a la disolución de la sociedad conyugal”.
Título del TFG en inglés	“Validity of agreements in settlement prices previous to the dissolution of the conjugal partnership”.
Integrantes de la CAE	Dra. Adriana Warde/ Dra. Verónica Taboas.
Fecha de último coloquio con la CAE	16 de Diciembre de 2010.
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Curriculum Vitae (formato DOC documento de Microsoft Word) y T. F. G (formato PDF).

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Publicación electrónica:

Después de..... mes(es)

Firma del alumno