

**Voces:** ORDEN PÚBLICO - RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO - DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL - LEY DE ORDEN PÚBLICO - VICIOS DE LA VOLUNTAD - CONVENIO DE PARTES - HOMOLOGACIÓN JUDICIAL - SOCIEDAD CONYUGAL - BIENES GANANCIALES - DIVORCIO VINCULAR - SEPARACIÓN DE HECHO

**Título:** Oportunidad procesal para presentar los convenios de liquidación de bienes gananciales y su validez

**Autor:** Merlo, Leandro M.

**Fecha:** 30-jul-2010

**Cita:** MJ-DOC-4818-AR | MJD4818

**Producto:** MJ

**Sumario:** *I. La cuestión objeto de análisis. II. Convenios celebrados por los cónyuges. III. Convenios celebrados por ex cónyuges. IV. Conclusiones.*

---

Por Leandro M. Merlo (\*)

## I. LA CUESTION OBJETO DE ANÁLISIS

La cuestión de la adjudicación de los bienes gananciales obtenidos por los cónyuges durante el matrimonio entre los mismos es una cuestión con complejas cuestiones de fondo y de forma.

Dice nuestro Código Civil, en su art. 1315, que

«Los gananciales de la sociedad conyugal 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 algunos».

Escapa al objeto del presente efectuar un análisis profundo de fondo sobre los conceptos de ganancialidad y el modo en que los cónyuges pueden efectuar una alteración de la pauta del artículo citado. En cambio, nos abocaremos a analizar distintos supuestos en los cuales los cónyuges o ex cónyuges, quieren presentar ante el juez, convenios de "adjudicación de bienes gananciales", "partición de bienes gananciales", "liquidación de la sociedad conyugal" o cualquier denominación similar, y si el modo de plantearlo ante el juez y la oportunidad procesal para hacerlo son, a nuestro juicio, las correctas.

Analizaremos entonces, las variantes que creemos pueden plantearse.

## II. CONVENIOS CELEBRADOS POR LOS CÓNYUGES

### 1. Durante la vigencia del matrimonio, convivientes y subsistente el régimen patrimonial

Puede ocurrir que los cónyuges que conviven, estando subsistente el régimen patrimonial del matrimonio, deseen preveer de qué modo se partirán o liquidarán entre ellos los bienes gananciales que hubieran adquirido. De tal modo, podrían celebrar un convenio que contemplara que, en caso de separación personal o divorcio, los bienes gananciales se dividieran entre ellos, del modo que lo pactaran. También podrían pretender, vigente el matrimonio, la homologación de dicho convenio, a efectos de contar a futuro con un convenio "homologado" y ejecutable.

#### A. Pedido de homologación: invalidez del convenio

No cabe duda de que cualquier convenio de este tipo sería nulo, de nulidad absoluta, y que ante un pedido de homologación o de ejecución del mismo dentro del marco de un divorcio, dicha petición sería rechazada. Es que vigente el régimen patrimonial, es decir, desde la celebración del matrimonio y hasta la disolución del régimen por las causales legales, se encuentra vedada por el orden público familiar la celebración de este tipo de convenios. Ello es así, dado que salvo las convenciones matrimoniales vigentes que ellos pueden pactar previo a la celebración del matrimonio (1), todo otro pacto o convención respecto de los bienes, vigente el régimen patrimonial, es nulo (2), rigiendo además la prohibición de contratar entre cónyuges, en lo relativo a cualquier modo de pactar la transferencia del dominio de bienes de uno a otro (3). En tal sentido, se dijo que

«en lo que respecta a convenios particionarios, cabe destacar que el régimen de bienes de la sociedad conyugal está imperativamente impuesto por la ley, sin posibilidad de alteración por la voluntad de los esposos, por lo que, como regla, correspondería declarar la invalidez de los convenios de distribución de bienes gananciales celebrados con anterioridad a la fecha de disolución de la sociedad conyugal (art. 1218 CCiv)» (4).

También en el mismo sentido, se afirma que

«frente a un régimen legal que fija causas taxativas de disolución de la sociedad conyugal entre las cuales no se encuentra el mutuo consentimiento de los esposos, tales convenios carecen de efecto disolutorio de la comunidad» (5).

#### B. El convenio nulo podría tener algún efecto

Importante doctrina ha sostenido, sin embargo, que pese a la nulidad del convenio, por haber sido celebrado con anterioridad a la disolución del régimen patrimonial, si bien el mismo no tendría valor como acuerdo de partición de bienes, sería válido en cuanto al «reconocimiento del carácter de determinados bienes o la existencia de créditos o deudas entre los cónyuges o la sociedad conyugal» (6).

La cuestión nos parece, sin embargo, discutible. Ello es así, porque la calificación de los bienes -propios o gananciales- es un tema que podrá ser debatido recién al momento de la liquidación, siendo válido en dicha oportunidad cualquier medio de prueba para desvirtuar una calificación anteriormente establecida, aun, acordada por los mismos cónyuges.

Se dirá en contra de este argumento que ello atenta contra la teoría de los actos propios, pero aquí, entendemos que la manifestación de los cónyuges respecto la calificación de los bienes es irrelevante, ya que ellos no podrían cambiar una calificación legal, imperativa y forzosa dada por la ley, en fraude al otro cónyuge o terceros acreedores, aun cuando anteriormente al incidente de calificación del bien

hubieran manifestado o acordado lo contrario. Así lo entiende prestigiosa doctrina, al afirmar que durante la vigencia de la sociedad conyugal un bien de carácter ganancial no puede ser calificado como propio con la conformidad y ratificación del otro esposo, ya que de así hacerlo, al momento de la liquidación de los bienes, los esposos se pueden valer de todos los medios de prueba a los efectos de demostrar la verdadera naturaleza del bien (7).

Tampoco se admite la renuncia a los gananciales que se produciría tácitamente si los esposos pudieran modificar la calificación de los bienes hecha por la ley. No obstante, los reconocimientos efectuados en la etapa de liquidación sí tendrían fuerza ejecutoria y vinculante para las partes (8).

## 2. Durante la vigencia del matrimonio, separados de hecho y subsistente el régimen patrimonial

Suele ocurrir que ante la inminente separación de hecho de los esposos o durante esta, los cónyuges decidan formular acuerdos privados, a fin de pactar -entre otros aspectos- lo relativo a los bienes de uno u otro titular. Podrían pensar en pactar de qué modo dividir o liquidar los bienes adquiridos desde la celebración del matrimonio hasta la separación de hecho, y de allí en más, cómo distribuir -o no- las ganancias o adquisiciones futuras. Y una vez más, podrían pretender la homologación judicial de dicho convenio, a efectos de contar a futuro con un convenio con fecha cierta, firmas reconocidas y ejecutable. También podrían celebrarlo en un instrumento público o privado con firmas certificadas por notario.

### A. Pedido de homologación: invalidez del convenio

La separación de hecho de los esposos viene teniendo, en doctrina y jurisprudencia, un intenso tratamiento respecto de los efectos jurídicos de la misma, sobre los deberes y derechos derivados del matrimonio, como así también sobre el régimen patrimonial. Ello a pesar de que el marco legal es claro y preciso. La ley asigna claramente solo algún efecto a la separación de hecho, respecto el modo de participar sobre los bienes gananciales adquiridos durante ella (9) y respecto el cese de la vocación hereditaria entre cónyuges (10) siendo relevante en ambos supuestos, la inocencia o la culpa en la separación, a efectos de asignar mejores derechos al inocente de la misma.

Si bien lo relativo a ciertos efectos derivados del matrimonio respecto la persona de los cónyuges (fidelidad, asistencia, alimentos) es un tema debatible y objeto de análisis en el caso concreto -no obstante la claridad de la ley al respecto-, entendemos que en lo relativo a los bienes y el régimen patrimonial del matrimonio, no cabe lugar a dudas: dichos convenios, son inválidos, nulos de nulidad absoluta. Los fundamentos son los mismos que los vertidos anteriormente: el régimen patrimonial del matrimonio no se encuentra disuelto, es indisponible y en modo alguno los cónyuges podrían pactar una alteración al mismo, o pretender una liquidación anticipada de los bienes (11).

### B. Durante la vigencia del matrimonio, pero disuelto el régimen patrimonial, con o sin convivencia y sin juicio de separación personal o divorcio

La vigencia del matrimonio y la vigencia del régimen patrimonial del matrimonio (mal llamado "sociedad conyugal") (12) no necesariamente deben coincidir. Puede suceder que, vigente el matrimonio, ocurran circunstancias que habiliten a un cónyuge a demandar al otro por "separación judicial de bienes" (13). Las causales que lo legitiman son la mala administración de los bienes gananciales por parte de uno de los esposos, su concurso o el abandono que este hiciera de la convivencia (14).

En tales supuestos, entonces, el matrimonio sigue vigente, los cónyuges siguen casados, y pueden estar o no conviviendo, pero el régimen patrimonial originario (15) no está más vigente (16), cambió por el "régimen de separación de bienes" y de tal modo

«Decretada la separación de bienes, queda extinguida la sociedad conyugal. La mujer y el marido recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad» (17).

Es entonces que los esposos pueden, o bien plantear judicialmente un incidente de "liquidación de la sociedad conyugal" (18) o podrían por caso, celebrar un acuerdo privado al respecto, tema que aquí nos ocupa.

#### A. Validez el convenio

Entendemos que dicho convenio sería válido únicamente una vez disuelto el régimen patrimonial, y ello es evidente: si lo hubieran celebrado antes de la disolución del régimen, el mismo sería nulo por las consideraciones antes expuestas.

El tema puede presentar alguna complejidad al analizar la fecha en que se celebró el convenio. De tal modo, hay que tener en cuenta que el código no establece, como sí lo hace respecto la sentencia de separación personal o divorcio (19), si la sentencia que decreta la "separación judicial de bienes" es retroactiva o no y a qué momento. Entendemos para mantener cierta coherencia interpretativa que el convenio, para ser válido, deberá haber sido suscripto con posterioridad a la notificación de la demanda de separación judicial de bienes, por aplicación analógica del art. 1306 CCiv y supeditado a la condición de que se dicte una sentencia favorable al actor en dicho proceso (20).

#### B. Forma

Las partes podrán optar por la forma que juzguen conveniente, instrumento privado, con o sin firma certificada por notario, o escritura pública, aun un escrito judicial presentado ante el expediente de "separación judicial de bienes".

#### C. Oponibilidad del mismo

Coincidimos con quienes sostienen que la oponibilidad a terceros del convenio se dará solamente a partir de la debida inscripción registral -mediante el procedimiento establecido en el Decr. 2080/80- ordenada por el magistrado interviniente, mediante la inscripción del debido testimonio o bien, mediante la inscripción notarial, previa referencia del expediente en el cual tramite la separación judicial de bienes (21).

4. Durante la vigencia del matrimonio, con la finalidad del inicio del juicio de separación personal o divorcio

Este es el supuesto más álgido de debate jurídico, pero frecuentemente soslayado por la mayoría de los abogados, ignorándose los posibles planteos de nulidad o revisión de los convenios que pueden darse en el marco del divorcio, con el consecuente perjuicio para los clientes en cuanto a la frustración del acuerdo e imposición de costas casuísticas.

Otro tema no menor es que los letrados intervinientes en la redacción de este tipo de convenios que devengan nulos, podrían ser demandados por sus clientes por mala praxis profesional, en caso que un convenio fuera así declarado, por error del letrado en el asesoramiento legal.

Debemos distinguir entonces, varios supuestos para su análisis.

#### A. Tipo de divorcio en el cual pueden celebrarse estos convenios

Se discute doctrinaria y jurisprudencialmente acerca de si los cónyuges pueden o no celebrar acuerdos de liquidación de bienes gananciales en cualquier tipo de juicio de divorcio.

El marco legal lo da el art. 236 CCiv, que en su parte pertinente, establece que

«En los casos de los arts. 205 y 215 [...] 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, ellos afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos».

Es decir, que dados los supuestos de los arts. 205 (22) y 215 (23) CCiv, que se refieren a las causales de presentación conjunta de separación personal y de divorcio vincular respectivamente, y que tramitan por el procedimiento especial previsto en el propio art. 236 (24), los cónyuges "podrán" -en dicho marco- realizar los convenios de adjudicación de bienes que estimen convenientes. La cuestión radica, como adelantáramos, en si la norma que habilita celebrar estos convenios solamente en los supuestos de presentación conjunta (separación personal o divorcio) impide o no su celebración en separaciones personales o divorcios basados en otras causales.

Para una postura doctrinaria, estos convenios pueden realizarse «solo para y respecto procesos de divorcio o separación personal por presentación conjunta (25), razón por la cual esta modalidad no cabría en la demanda y contestación conjunta fundada en la causal objetiva de interrupción de la vida en común» (26).

Por otra parte, hay autores que propician la admisión de estos convenios también en los supuestos de los arts. 204 y 214 CCiv, es decir, cuando la causal es la separación de hecho de los esposos (27).

Algunos autores incluso se preguntan respecto de los convenios de liquidación:

«si son válidos en la separación personal o el divorcio vincular consensuales, ¿por qué no habrían de serlo en los contenciosos?» (28).

Entendemos que si bien la expresión "podrán" que establece el art. 236 CCiv hace referencia a la posibilidad de celebrarlos en los divorcios cuyas causales son las de los arts. 205 y 215 CCiv, el artículo no veda en modo alguno la posibilidad de realizarlos en todo tipo de juicio de divorcio ni establece que dicha opción es exclusiva para dichas causales y excluyente para otras. En tal sentido, puesto que en derecho lo que no está prohibido está permitido, y al no existir a nuestro juicio ninguna prohibición legal expresa, ni de fondo ni procesal al respecto, entendemos que en el marco de la autonomía de la voluntad de los cónyuges y siendo un aspecto meramente patrimonial, estos podrían pactar cómo liquidar los bienes como juzgen más conveniente, en cualquier tipo de juicio de divorcio.

Nos preguntamos, ¿qué sentido tiene someter a las partes a un proceso contradictorio de división de bienes, cuando estas están de acuerdo en cómo resolverlo privadamente? Puede ocurrir que los cónyuges quieran resguardar patrimonialmente a sus hijos, acordando de un modo adulto, rápido y eficaz, cómo dividir los bienes, y dejar en litigio aspectos que hagan a sus relaciones personales. O que deseen recomponerse patrimonialmente de un modo más rápido frente a la ruptura conyugal, evitando gastos casuísticos, honorarios, por cuestiones patrimoniales que nada tienen que ver con si medió separación de hecho, abandono o injurias entre los cónyuges.

Se dirá que la culpa que quiere obtenerse en el divorcio contradictorio tendrá efecto sobre los bienes. Pero ello no es así, al menos directamente. Es que la culpa en el divorcio dará lugar a una prestación alimentaria amplia para el inocente (29) a cargo del culpable, y eventualmente una indemnización por

los daños y perjuicios que el obrar antijurídico del culpable le hubiera causado al inocente.

Los bienes se dividirán conforme las pautas del art. 1315 CCiv:

«Los gananciales de la sociedad conyugal 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 algunos».

Es cierto que conforme el art. 1306 in fine (30), la culpa será relevante para la participación o no sobre los gananciales adquiridos luego del abandono de la convivencia efectuado por uno de los cónyuges. Pero piénsese en supuestos donde ninguno de los cónyuges adquirió bienes con posterioridad al abandono. En tal caso, la aplicación del artículo sería irrelevante.

Además, si la causal fuera la objetiva por separación de hecho -sin alegarse abandono o sin hacerse reserva de inocencia- (arts.204 y 214 CCiv), todo argumento contrario, basado en la culpa, se desvanece.

Por los argumentos expuestos consideramos viable la posibilidad de celebrar los convenios en cualquier tipo de divorcio, sea por causales objetivas o subjetivas, máxime teniendo en cuenta que si todo divorcio contradictorio puede "convertirse" -aunque no sea técnico el vocablo- en una separación personal o divorcio objetivos, mediante escrito conjunto de los esposos y basado en las causales de los arts. 205 o 215 CCiv, comenzar por un acuerdo en la parte patrimonial adjudicando bienes, es salvar un primer escollo hacia, quizá, una disminución del conflicto judicial y familiar.

#### B. Validez el convenio

Ya sea que se sostenga que los convenios son válidos solo en los procesos iniciados con fundamento en las causales de los arts. 205 y 215 CCiv, o que lo son en todas las causales objetivas, o aun en todos los tipos de procesos, el análisis que debe hacerse, común a todas las posturas, es en qué momento, dentro de cada proceso, es oportuna la celebración de los convenios.

a. Convenio firmado antes de la presentación de la demanda de divorcio, sujeto a la condición de la interposición de la demanda

Parte de la doctrina admite la celebración anticipada de convenios de liquidación de los bienes gananciales, quedando supeditada su validez sub condicione a la ulterior constitución en el estado de divorciados, y únicamente en los supuestos de separación personal o divorcio por las causales de los arts.205 y 215 CCiv (31).

En el mismo sentido, se afirma que

«Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal celebrados con anterioridad a su disolución no se encuentran viciados de nulidad sino que pesa sobre ellos una ineficacia pendiente hasta tanto se declare la separación personal o el divorcio»

y que los mismos

«pueden realizarse en cualquier momento, aun 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» (32).

La forma de dichos convenios podrá ser mediante instrumento privado o público, pero siempre con la

finalidad de ser presentado a futuro conjuntamente con la demanda de separación personal o divorcio vincular.

La jurisprudencia ha entendido mayoritariamente que los convenios válidos son los celebrados conjuntamente con el escrito de inicio del juicio de separación personal, durante la tramitación del proceso o luego de dictada la sentencia, y otorgando en algún precedente valor como prueba del carácter y la calificación de los bienes a los convenios realizados antes de la presentación de la demanda de separación personal o divorcio (33).

Nos permitimos disentir con la postura que afirma que la validez de los convenios se encuentra supeditada a la condición del dictado de la sentencia. Es que de sostener dicha postura, no vemos diferencia jurídica entre un convenio celebrado días antes de presentar la demanda de divorcio de uno celebrado al día siguiente de contraer matrimonio los cónyuges, más allá de la obvia y distinta finalidad entre uno y otro supuesto. En ambos casos, las partes estarían previendo cómo adjudicarse los bienes en caso del dictado de una sentencia de separación personal o divorcio vincular. Y en ambos, se encuentra vigente aún el régimen patrimonial imperativo; es por ello que consideramos nulos dichos acuerdos, aun si contienen la condición expresa del dictado de la sentencia como condición de validez.

Discrepamos también con los efectos definitivos que respecto la calificación de los bienes consignados en los acuerdos, le otorgan algunos precedentes judiciales, por los motivos anteriormente expuestos.

b. Convenio celebrado conjuntamente con el escrito de demanda de separación personal o divorcio vincular por presentación conjunta o demanda y allanamiento efectuados conjuntamente

Este es el supuesto más usual, donde los cónyuges convienen, al momento de presentar la demanda de separación personal o divorcio vincular, el modo de liquidar los bienes. Suelen adjuntar el convenio formando el mismo cuerpo de la demanda, es decir, integrando uno de sus acápite, o bien, solicitando en la demanda, que el juez homologue lo convenido por las partes respecto de los bienes en el acuerdo que adjunto a la misma acompañan. Entendemos que dichos convenios son válidos en tanto se dicte la sentencia de divorcio.

Pero el tema no es tan simple como pareciera, dado que uno de los cónyuges podría plantear, durante el curso del divorcio y antes del dictado de la sentencia que eventualmente lo homologue, la nulidad de dicho convenio por haber sido celebrado antes de la disolución del régimen patrimonial. También luego del dictado de la sentencia, podría haber objeciones al respecto.

Es que el art.1306 CCiv establece que

«la sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges»

y ateniéndose a su letra, algún litigante arrepentido del acuerdo que ha firmado, podría plantear que, dado que "el día de la presentación conjunta" va a estar dado y acreditado por el cargo que en mesa de entradas se coloque a la demanda en cuestión, el convenio pactado o adjuntado a la misma, es nulo.

Ello, alegando -y probando- que suscribió dicho convenio de adjudicación de bienes el día anterior en el despacho de su letrado -lo más usual-, o que luego de firmarlo viajó a otro país -supuesto perfectamente posible y comprobable- o aun podría probar que se encontraba viviendo en otra provincia, temporaria o permanentemente y le ha remitido el convenio firmado días atrás a su letrado para que intermediara con la contraparte a efectos de su firma y el posterior inicio de la demanda.

También podría ocurrir que la sentencia omitiera involuntariamente la homologación del convenio, y una de las partes, pretendiera -aún con sentencia dictada- sostener la nulidad de dicho convenio, o se retractara del mismo, con sustento en los más diversos fundamentos (34). O aun en caso de homologarse el convenio mediante la sentencia, una de las partes podría alegar algún vicio de lesión, error o trastornos psíquicos al momento de haberlo firmado, para pretender obtener su nulidad (35). Estas cuestiones, que vemos en los tribunales, en estricto rigor jurídico tienen asidero legal. Es que si el convenio se firmó antes de la presentación en los tribunales, fecha en que se tendrá por disuelto el régimen patrimonial, dicho convenio sería nulo. Dicho planteo, aun reconociendo que es abusivo, podría llegar a tener acogida favorable en la Justicia, con la consecuente imposición de costas a quien sostuviera su validez.

El Superior Tribunal de Mendoza, al tratar el tema en exámen, entendió que

«Son válidos los convenios de liquidación de sociedad conyugal suscriptos por los cónyuges antes de la presentación del escrito judicial que petitiona el divorcio por presentación conjunta pero en el marco de este, y agregados al expediente con posterioridad a la sentencia que acoge la pretensión. No es proponible la nulidad articulada contra un convenio de liquidación de sociedad conyugal que tuvo principio de ejecución si no se invocaron vicios del consentimiento ni se alegó explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia ni hechos posteriores a la firma que den lugar a revisión». (36)

En similar sentido, se dijo que

«es válido el convenio de liquidación de bienes celebrado con anterioridad a la interposición de la demanda de divorcio vincular por mutuo acuerdo, destinado a tener vigencia con posterioridad a la sentencia y que ha tenido principio de ejecución luego de la disolución del matrimonio. Atento la tendencia vigente en la actualidad hacia una apertura al 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» (37).

No debe perderse de vista que las posturas jurisprudenciales antes expuestas, elaboradas por prestigiosas juristas, versaron sobre un caso concreto y puntual, por lo que entendemos que no puede darse a priori una solución general abarcativa de todos los supuestos que puedan presentarse. Coincidimos con dichos votos, en que, ante el caso concreto, si bien desde el estricto rigor legal, los convenios celebrados antes de la disolución son nulos, podrían declararse válidos si son efectuados "en el marco" (38) de las negociaciones previas al divorcio y con la finalidad de ser presentados ante dicho expediente y bajo condición del dictado de la sentencia. Es indudable que la ley no da una clara solución a estas cuestiones y un convenio de tal características podría llegar a ser objetado.

### C. Oponibilidad del convenio

Respecto a la oponibilidad de los convenios, remitimos a lo ya expresado anteriormente en cuanto a las formalidades y recaudos a cumplir.

### 5. Durante la vigencia del matrimonio, con juicio de separación personal o divorcio iniciados

En este supuesto, ya no cabe duda de que si el convenio se celebró con posterioridad a la fecha de la presentación conjunta, el mismo es perfectamente válido por haber sido suscripto con posterioridad a la disolución del régimen patrimonial. Ello siempre y cuando se dicte la pertinente sentencia de separación personal o divorcio vincular que lo homologue, como condición de eficacia de aquel. Es sin hesitaciones un supuesto donde ya no podrá atacarse la validez del convenio salvo, claro está, que



existiera algún vicio de la voluntad o de lesión al momento que hubiera sido suscripto, tema cuyo tratamiento excede al presente.

### III. CONVENIOS CELEBRADOS POR EX CÓNYUGES

#### 1. Disuelto el matrimonio por sentencia de divorcio o separación personal

En este supuesto, tanto el matrimonio como el régimen patrimonial se encuentran disueltos y en el caso que los cónyuges no hubieran acordado la liquidación de los bienes gananciales, podrán válidamente hacerlo en cualquier momento, a fin de poner fin a la indivisión que opera sobre los bienes gananciales.

### IV. CONCLUSIONES

Como puede observarse, el tema relativo a la validez de los convenios de liquidación de bienes contiene aspectos procesales y de fondo que deben ser manejados con extrema precaución al momento de celebrar los mismos (39).

Las tratativas extrajudiciales previas al divorcio suelen ser, para las partes y para los letrados, sumamente agotadoras en cuanto entran a jugar aspectos no solo legales sino de gran carga emotiva. Y sabido es que el tema patrimonial suele ser un elemento de gran poder de negociación a fin de obtener de ambas partes la anuencia a tramitar su divorcio por la vía consensual.

En dicho contexto, son muchas veces las partes quienes supeditan la firma del divorcio a un acuerdo sobre el modo de dividir los bienes.

Resulta aconsejable entonces, que los profesionales, concientes de los distintos problemas de interpretación respecto a la validez de dichos convenios, en caso de celebrarlos antes de la interposición de la demanda, o conjuntamente con ella, aclaremos a los clientes las distintas vicisitudes legales que aquí tratamos de esbozar, siendo altamente recomendable la suscripción de un consentimiento informado por parte del cliente, detallando aquellas sucintamente, de modo que por un lado no se incurra en mala praxis profesional y por otro, los litigantes tengan un claro panorama del posible destino de su pretensión.

-----

(1) «Art. 1217 - Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1º La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; [...] y 3º Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa».

(2) «Art. 1218 - 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. Art.1219 - Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado».

(3) Sea por compraventa, permuta, dación en pago, cesión y otros modos cuyo análisis escapa al presente.

(4) KIELMANOVICH, Jorge: Derecho procesal de familia, Abeledo Perrot, 2008, p. 394.

(5) BELLUSCIO, Augusto: "Manual de derecho de familia, Depalma, 1995, t. II, p. 175.

(6) CNCiv, Sala B, 12/6/1979, en ED 85-347. Citado en KIELMANOVICH: op. cit. nota 4. En igual sentido GUAGLIANONE, Aquiles: Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, Buenos Aires, 1965.

(7) HOLLWECK, Mariana y MEDINA, Graciela: "El divorcio por presentación conjunta y los convenios de disolución de la sociedad conyugal", LLBA 2001, 1333 en comentario a fallo Tribunal de Familia N° 2 de San Isidro", "N. O. c/ G. M. M.", 6/4/2001.

(8) GROSMAN, Cecilia P. y MINYERSKY, Nelly: Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal, Ábaco de Depalma, Buenos Aires, 1976.

(9) Art. 1306 in fine: «Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable».

(10) «Art. 3575 - Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente. Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574».

(11) Así, se dijo que correspondía diferir «la resolución del pedido de homologar un convenio extrajudicial celebrado entre cónyuges separados de hecho, con relación al modo de dividir los bienes de la sociedad conyugal, hasta que recaiga sentencia de separación personal o divorcio vincular». Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, "S. M. L. c/ O. C. R. s/ homologación", 11/3/2008, en Microjuris, MJJ20483 .

(12) Adherimos a la teoría de VIDAL TAQUINI, Carlos: "Régimen de bienes en el matrimonio", Astrea, 2001.

(13) «Art. 1291 - La sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges».

(14) «Art. 1294 - Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge».

(15) Nos referimos a la mal llamada "sociedad conyugal". Dejamos de lado por exceder el marco del presente, la discusión y análisis sobre qué tipo de régimen establece nuestra legislación. Aclaramos que, adhiriendo a la teoría del Dr. Carlos VIDAL TAQUINI expuesta en su obra ya citada, entendemos que el mismo es el de "separación con participación en las ganancias o adquiridos" y no el de "comunidad de ganancias".

(16) Para quienes hablan de "sociedad conyugal" puede decirse que la misma está "disuelta".

(17) Art. 1299.

(18) Caratulado de tal modo en Tribunales, pero reiterando nuestra disconformidad con tal denominación.

(19) Art. 1306 CCiv.

(20) En tal sentido se expresan ZANNONI, Eduardo: Derecho civil. Derecho de familia, Astrea, 2006, t. I, p.706. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo: Régimen de bienes del matrimonio, La Ley, 2006, p. 153. Dicha postura fue sostenida en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde en la Comisión N° 5 "Disolución de la sociedad conyugal por las causas de mala administración y abandono" de lege lata se aprobó por mayoría que «la sentencia de separación de bienes extingue la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la notificación de la demanda (aplicación analógica del art. 1306 párr. 1°)». Congresos y jornadas nacionales de derecho civil, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 100.

(21) KIELMANOVICH: op. cit. nota 4, p. 396.

(22) «Art. 205 - Transcurridos 2 (dos) años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal conforme a lo dispuesto en el artículo 236».

(23) «Art. 215 - Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236».

(24) Art. 236 parte pertinente: «presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno. Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación. Si el resultado fuere negativo el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren».

(25) Citándose un fallo plenario de la CNCiv, 24/12/1982, LL 1983-A- y el texto expreso del art. 236 CCiv.

(26) KIELMANOVICH: op. cit. nota 4, p. 395.

(27) LAMBOIS, Susana: "Una vez más sobre los convenios de liquidación de la sociedad conyugal previos a su disolución", LLBA 2000-257.

(28) BELLUSCIO, Augusto: Manual de derecho de familia, Depalma, 1995, t. II, p. 177.

(29) Art. 207 CCiv.

(30) Art. 1306 in fine: «Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable». (31) GROSMAN, Cecilia y MINYERSKY, Nelly, fallos de la CCivCom Azul y plenario de 1982 antes citado. Citados en KIELMANOVICH: op. cit. nota 4, p. 394.

(32) LAMBOIS, Susana: "Una vez más sobre los convenios de liquidación de la sociedad conyugal previos a su disolución", LLBA 2000-257.

(33) KIELMANOVICH, Jorge: op. cit. nota 4, p. 395.

(34) ROVEDA, Eduardo: "Acuerdo de liquidación de sociedad conyugal en el marco del proceso de divorcio vincular por presentación conjunta. Patrocinio único y retractación", APBA 2010-4-436, Lexis N° 0003/800859. Comenta un fallo de la SCBA, del 10/6/2009, que confirmó los fallos de primera y segunda instancia que declararon procedente el pedido de retractación de una de las partes respecto el convenio firmado y no homologado por la sentencia. Dicho autor, que se manifiesta en contra a la decisión del Supremo Tribunal, concluye que «Fallos como este indican lo difícil que será transitar el camino hacia la admisión de esas convenciones, cuando en el único aspecto que en el derecho vigente se permite la posibilidad de acordar, los jueces permiten que uno de los cónyuges no cumpla con la palabra dada».

(35) Por caso, v.el fallo de la CCivCom San Isidro, Sala I, "B. G. c/ M. L. s/ liquidación de sociedad", 19/10/1999 que rechaza el pedido de nulidad intentado por uno de los cónyuges, luego de transcurrido algo más de tres meses de la sentencia que disolvió el vínculo conyugal alegando que el convenio era "contrario al orden público y por encontrarse en estado depresivo al momento de la firma". Comentado por CHECHILE, Ana M.: "Validez de los convenios de liquidación de bienes previos a la demanda de divorcio por presentación conjunta", RDF 2000-16-222, Lexis N° 0029/000176.

(36) SCJ Mendoza, Sala I, "P. A y S. D. F", 21/10/1996, JA 1997-II-621.

(37) CCivCom San Isidro, Sala I, "B. G. c/ M. L.", 19/10/1999, en LLBA, 2000-257.

(38) Así, se dijo que «El convenio respecto de los bienes de la sociedad conyugal debe ser admitido, aun cuando se hubiera celebrado con anterioridad a su presentación en el juicio de divorcio, si se lo estima acordado en el marco del divorcio vincular petitionado con posterioridad, y sólo existió un diferimiento temporal justificante de la presentación judicial». CApelCC Azul, Sala II, "C. M. E. s/ homologación de convenio - medida cautelar", 4/12/2008, en Microjuris, MJJ40859 .

(39) Resulta clarísimo y elocuente el relato del caótico panorama que en la práctica profesional enfrentamos los abogados al presentar este tipo de convenio. MÉNDEZ COSTA, MARÍA J.: "Un caso más de convenio pactado antes de la extinción del régimen patrimonial", JA 1997-II-628, en 0003/001063 o 0003/001095 al comentar un fallo de la Suprema Corte de Mendoza donde la misma se pronunció a favor de la validez del convenio, en contra de la decisión de primera instancia que declaró su nulidad ante el pedido de revisión de una de las partes. Nos permitimos citar un extracto:«Es común que el acuerdo patrimonial se logre y formalice privadamente antes de la iniciación del procedimiento por presentación conjunta y que se adjunte a la solicitud de los cónyuges. En la práctica judicial, suele quedar en teoría la consideración del mismo por el juez o el tribunal antes de la primera audiencia, la manifestación de las observaciones a los cónyuges entre esta y la segunda, la corrección del convenio de mutuo acuerdo hecho conocer a las autoridades antes de la segunda audiencia, la homologación en la sentencia de separación personal o divorcio, si es que no se ha desistido de efectuar por esa vía la liquidación y partición de la "sociedad conyugal". Todavía existe confusión, diríase generalizada, sobre el trato a dar a los convenios. Tribunales hay que omiten toda mención al respecto en el primer decreto y que, al declarar separados o divorciados a los peticionantes, homologan los otros convenios y para el patrimonial se limitan a dejar constancia de que ha sido recibido y se dispone: "téngase presente para su oportunidad". Esto determina que quede pendiente otra etapa procesal, posterior a la sentencia de separación personal o divorcio y a su inscripción ("proceso de liquidación de la sociedad conyugal"), que no se sabe con claridad si requiere o no trámite de incidente. El procedimiento así denominado se inicia con la solicitud de homologación del convenio patrimonial, en virtud de la iniciativa de ambos esposos o ex esposos o de uno de ellos, con la consecuencia de que debe ser trasladado al consorte o ex consorte no interviniente si la elevación del acuerdo fue unipersonal. Expresada la conformidad de los dos interesados, el tribunal homologa el convenio y ordena su inscripción. En caso contrario, como ha sucedido en la especie comentada, se hace

indispensable un juicio contradictorio».

(\*) Abogado. Docente de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA.