

## LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS DIVORCIOS POR PRESENTACIÓN CONJUNTA

*por Alejandra Analía Núñez\**

### **Marco legal**

Al régimen patrimonial argentino se lo denomina sociedad conyugal, igual que en Chile y Uruguay. El codificador civil caracterizó al régimen patrimonial como sociedad, y como tal, la ubicó como primer contrato nominado en el libro II, secc. III, "De las obligaciones que nacen de los Contratos". Estableció expresamente que a ella le son aplicable, en forma supletoria, lo establecido para la sociedad civil (art. 1262, CCiv.). Por lo precedentemente expuesto, entonces, sociedad conyugal es sinónimo de régimen patrimonial del matrimonio, y cuando decimos "disolución de la sociedad conyugal" decimos fin del régimen patrimonial matrimonial, que no siempre significa del matrimonio. Hay supuestos en que el matrimonio sigue vigente pero la sociedad conyugal se ha disuelto, por ejemplo la separación personal o en la separación de bienes.

Establece el art. 236 CCiv. que en los casos de los arts. 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre tenencia y régimen de visitas de los hijos; la atribución del hogar conyugal; el régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces incluyendo los modos de actualización; y los que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. Agrega el dispositivo que 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.

El art. 205 del CC establece.: *Transcurridos dos (2) 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.* Asimismo el art. 236 dispone: "En los casos de los artículos 205 y 215 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. 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, ellos afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. 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”. El art. 1.262 del C.C., dice: “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”.*

Por su parte el art. 1.219 del mismo código, sostiene: “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”.

Parece haber una contradicción entre la primer norma y la última, puesto que la primera permite hacer convenciones entre cónyuges, al menos para la disolución de la sociedad conyugal. La última norma prohíbe sin embargo las convenciones matrimoniales. En realidad debe hacerse una interpretación armónica de estos artículos, de manera que no podrán hacerse contratos mientras dure el matrimonio, pero si podrán hacerse convenciones para poner fin a la sociedad conyugal.

Así lo entiende autorizada doctrina: “si los cónyuges deciden, de mutuo acuerdo, peticionar su divorcio, tienen interés en acordar, también, lo relativo al modo en que liquidarán la sociedad conyugal por lo que no tendría sentido mantener la prohibición del art. 1219.”<sup>[1]</sup> “Lo que ha sido materia de acuerdos habrá de ser privilegiado y tomado como antecedente relevante para resolver la cuestión sometida al juez, pues, al igual que se advierte en la mediación (y opera como verdadera razón de ser de ésta), lo convenido por las partes, en tanto no resulte contrario al orden público o al interés superior del niño o la familia, se aprecia como más beneficioso a contraluz de una solución impuesta “desde afuera”, aun cuando el solo hecho del mayor grado de acatamiento espontáneo que ello suele despertar en sus protagonistas. Los acuerdos de alimentos, tenencia, visitas, etc., como principio, tendrán una validez provisoria condicionada básicamente a la regla del rebus sic stantibus, vale decir, supeditada al mantenimiento de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración.”<sup>[2]</sup>

Concretamente el régimen de los bienes de la sociedad conyugal está impuesto por la ley, sin posibilidad de alteración por la voluntad de los esposos; por lo que, la regla sería declarar la invalidez de los convenios sobre distribución de bienes gananciales celebrados con anterioridad a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal (art. 1218 CCiv), salvo su ulterior ratificación o confirmación por los interesados, teniendo en cuenta el efecto retroactivo que consagra el art. 1306 CCiv., en cuanto a la disolución de la sociedad conyugal, lo remite a la fecha de la presentación conjunta.

El art. 236 CCiv., permite la celebración anticipada de convenios de la liquidación de los bienes que integran la sociedad conyugal, válidos bajo condición de la ulterior constitución de ese nuevo estado y en tanto y en cuanto así lo autorice la ley (teniendo en cuenta la genérica prohibición que mantienen los arts. 1218 y 1219, CCiv.); posibilidad que ha sido extendida, con mayor razón, cuando el convenio se efectúa durante la sustanciación del juicio de divorcio por presentación conjunta.

**¿Cuál es el fundamento de los artículos 1218 y 1219 del Código Civil?**

Art. 1.218. 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. 1.219. 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.

Según estos artículos son inválidos y nulos la convención realizada entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, así como cualquier contrato hecho después de la celebración de éste. La finalidad de la ley fue la de proteger los derechos que corresponden a cada uno de los esposos en la sociedad y respecto a los bienes gananciales, evitndo que pueda alterarse el régimen legal, único y forzoso, cuyo interés trasciende el privado de sus integrantes y que está, por lo tanto, regido en su funcionamiento y finalización por normas que protegen el interés superior al de las partes y se hallan fuera del poder dispositivo de los cónyuges. Los mismos, mientras la sociedad conyugal exista, carecen de capacidad para convenir la oportunidad y la forma en que aquella se liquidará. La finalidad perseguida con estas prohibiciones es la de mantener el principio de inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio y evitar perjuicios a terceros empobreciendo o incrementando el patrimonio de cada cónyuge. También estos contratos son vedados para impedir que se empleen con la finalidad de disimular una donación o efectuarla directamente. [3] Las prohibiciones de contratar entre los esposos se han establecido, sobre todo, en protección de los intereses de terceros y para proteger al cónyuge tradicionalmente considerado más débil, con el fin de impedir que pueda ser burlado en sus derechos por el más fuerte.

### **Validez de los convenios de partición celebrados antes de la promoción de la demanda de divorcio o separación personal.**

La Corte Suprema de Justicia de Mendoza ha admitido la validez del convenio de liquidación de bienes que fue celebrado antes de la promoción de la demanda de divorcio o separación personal como parte de un todo constituido por la presentación, pero realizado unos pocos días antes. [4] La Dra. Kemelmajer de Carlucci en el fallo

citado, en ocasión de resolver cuál es el valor de los convenios de liquidación de la sociedad conyugal suscriptos por los cónyuges antes de la iniciación de la demanda de divorcio vincular por presentación conjunta no acompañando con ella y presentado después de que se ha dictado la correspondiente sentencia de divorcio, manifiesta que la cuestión gira en la interpretación del art. 1218, CCiv., y que el elemento gramatical no es la única pauta a considerar en la tarea de de interpretación de la norma. Es necesaria también una investigación lógica y sistemática que no cierre los ojos a la realidad jurídica objetiva.

En síntesis, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia han considerado que los acuerdos particionarios son válidos cuando se han celebrado: 1) con posterioridad al dictado de la sentencia de divorcio o separación personal; 2) durante el trámite del proceso; 3) junto con la demanda; 4) unos pocos días antes de promover la demanda si se puede probar que el acuerdo es parte de un todo constituido con la presentación.<sup>[5]</sup>

### **Convenios Particionarios**

Estos convenios pueden celebrarse en el escrito inicial del proceso de divorcio por presentación conjunta durante la sustanciación de éste, o con posterioridad a la sentencia y sólo aquellos celebrados después de disuelta la sociedad conyugal no se encuentran sometidos al orden público. *“No obstante, también se ha resuelto que los convenios celebrados con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal fuera de las hipótesis expresamente autorizadas por la ley, si bien no tendrían valor como acuerdos particionarios propiamente dichos, gozarían de validez en punto al reconocimiento del carácter de determinados bienes o la existencia de créditos o deudas entre los cónyuges o la sociedad conyugal.”*<sup>[6]</sup>

Las particiones pueden ser revocables por vicios de la voluntad o por lesión subjetiva, teniendo como efecto la anulabilidad y nulidad relativa y debiendo tramitándose la validez o nulidad de un convenio por ante el mismo juez que intervino en el proceso de divorcio o separación personal, pues ante dicho magistrado deben tramitar los juicios de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal (art.

6°, inc. 2°, CPCCN) y los conexos a todo evento, por aplicación del principio de la perpetuatiojurisdictionis.

Respecto al incumplimiento de las obligaciones asumidas en el convenio de liquidación de la sociedad conyugal habilita a reclamar su cumplimiento forzado, si fue homologado por el juez, conforme el art. 309 y 499 del CPCC, o en caso de imposibilidad de ello, el resarcimiento de los daños y perjuicios.

## **II. ¿Qué nos dice la doctrina sobre el orden público y la autonomía de la voluntad?**

La autonomía de la voluntad, en el Derecho de Familia se encuentra limitada por el llamado “orden público”. No obstante, se ha ampliado el campo de la aceptación social de la operatividad de los convenios basados en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad.

*“Para Spota, según recuerda Mendez Costa, en tomo pertinente a su tratado fechado en 1965, los poderes y deberes de Derecho de Familia tienen un fundamento de orden público, siendo, por lo tanto, inderogables por la voluntad de los particulares. Su expresión conduciría a afirmar que no hace excepciones a esta inderogabilidad, pero, en verdad, dedica varias reflexiones a convenios entre cónyuges de contenido patrimonial o extrapatrimonial que, mientras no violenten el fundamento del orden público, entran bajo la protección del ordenamiento, proporcionando los ejemplos de convenios sobre vida separada de los esposos, alimentos entre sí o para los hijos, y consecuencias patrimoniales de relaciones de familia susceptibles de transacción.*

Coincido también con Solari cuando, en comentario ya referenciado, recuerda que: *“las tendencias legislativas indican que la actual normativa del derecho de familia es respetuosa de la autonomía de sus miembros, de su mundo de relaciones, de sus afectos y de responsabilidades. Esto vale también para la relación entre cónyuges, en la que desde su nacimiento se tiene en consideración la esfera interior y la verdadera libertad de los sentimientos, que encuentran ulterior e importante tutela de las normas que regulan la separación (y, consecuentemente el divorcio) por causas objetivas, fuera de toda consideración de culpa. Viéndolo bien, la norma que regula la dirección de la vida familiar, basada en el principio del acuerdo y de la igual dignidad, señala el tránsito de la tutela de los fines superiores al reconocimiento de un espacio librado a la*

*voluntad de los cónyuges, y cita de por medio, continúa diciendo: “En las normas del matrimonio, el ámbito de libertad y de privacidad de las partes debe ser observado por el legislador y sólo cuando se justifique la imposición del orden público la misma deberá restringirse. Lo contrario, significaría una intromisión indebida del Estado en cuestiones que deben quedar comprendidas en el proyecto de vida que los cónyuges hayan elegido.”* [\[7\]](#).

### **III. ¿Qué nos dice la jurisprudencia?**

La jurisprudencia en forma casi unánime admite los convenios de disolución de la sociedad conyugal presentados en los procesos de divorcio por presentación conjunta. Y los admite aun cuando éstos alteren la porción que la ley asigna en forma igual para cada socio, siempre que ambos cónyuges estén conformes con dicho acuerdo, y su consentimiento sea discernido. También los jueces controlan que no haya lesión o evidente desproporción o desventaja para una de las partes. Salvados dichos obstáculos, si ambos cónyuges son mayores, capaces y expresan su consentimiento libremente, la judicatura homologa dichos convenios en el entendimiento que son el fruto de consensos necesarios y de entendimientos familiares que deben ser respetados para la armonización de las relaciones de los socios.

*“Son válidos los convenidos 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 éste, 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, no se alegó explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia ni hechos posteriores a la firma que den lugar a la revisión”. (Corte Suprema de Justicia Mendoza, SALA 1ª, 21/10/96; NOTA A FALLO: UN CASO MAS DE CONVENIO PACTADO ANTES DE LA EXTINCION DEL REGIMEN PATRIMONIAL. MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA. JA 1997-II-619).*

*“Tienen plena validez los convenios de separación de bienes en los juicios de divorcio por presentación conjunta, formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio, más con la condición tácita de que la sociedad conyugal se disolviera y sin perjuicio de terceros.*

*I. A los cónyuges le es dable liquidar la sociedad conyugal no sólo judicialmente, sino en forma privada- siempre y cuando ambos estén presentes, sean capaces y no medie oposición de terceros fundado en un interés jurídico-, o mediante una forma intermedio mixta cuál es la presentación de la cuenta particionaria presentada por ellos, para la respectiva homologación por el órgano jurisdiccional.*

*II. La misma norma del art. 236 Cód. Civil que autoriza a los cónyuges a incluir en la demanda conjunta de divorcio vincular los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad, faculta al juez a objetar una o más de las 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. Luego señala que ante la falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria.*

*III. La función que el art. 236 Cód. Civil otorga al juez, en cuanto al poder de objeción, debe ejercerse en cualquier momento anterior a la homologación de los acuerdos, y la forma en que lo ejerza puede asumir cualquier modalidad, que teniendo en cuenta los fines para los cuales le fue conferido, ya sea aconsejando modificaciones, complementando o como en el caso examinado revisando u ordenando incluso el pago de compensaciones, hasta incluso redistribuyendo bienes”. TCJOF N° 3 ROS. ROS., 9/12/94. J, 95-559*

Las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal, debiendo en su defecto tramitar su liquidación por la vía sumaria. Con lo cual se da por supuesto que cuando los cónyuges han decidido de mutuo acuerdo petitionar su divorcio, tienen también interés en acordar lo relativo al modo de partir los bienes de la sociedad conyugal, por lo que carecería de sentido mantener en ese caso la prohibición del art. 1219 del Cód. Civil.

Si el divorcio se promovió por presentación conjunta en los términos del art. 215 del Cód. Civil prosiguiéndose su trámite sobre la base del mutuo acuerdo de los esposos, ello otorgaba plena eficacia al acuerdo privado, excluyendo por tanto la

prohibición de aquellas normas imperativas de los arts. 1218 y 1219 del Cód. Civil aplicables al ámbito de los procesos contradictorios de conocimiento. CNCIV., SALA A, 2/4/93. NOTA A FALLO: PARTICIÓN PROVISIONAL Y PARTICION PARCIAL DE SOCIEDAD CONYUGALES DISUELTAS POR DIVORCIO. GUASTAVINO, ELIAS P.LL, 1994- C-255

### **Los convenios de Partición de la Sociedad Conyugal**

Estudiando la jurisprudencia, hallamos un fallo interesante - Sup. Corte Bs. As., 10/6/2009 – GSN y VAD- que transcribimos-en sus partes pertinentes- pues el mismo es interesante en cuanto a la contraposición que existe entre los hechos y el derecho. ¿Cuáles fueron los hechos? Los cónyuges, con patrocinio único, peticionaron el divorcio conforme lo autoriza el art. 215, CCiv., y pidieron la homologación de lo acordado sobre alimentos, tenencia y liquidación de la sociedad conyugal. Se dicta sentencia, decretando el divorcio, pero no se homologa el acuerdo sobre bienes.

**La mujer pide la nulidad de éste, con fundamento en la idéntica asistencia letrada de ambos litigantes, y el marido peticiona homologación, omitida en la sentencia, del convenio sobre los bienes.** El juez de primera instancia rechaza el pedido de nulidad por extemporánea, y también rechaza el pedido de homologación, en atención a la disconformidad de la esposa.

La Cámara confirma el rechazo de la nulidad y la negativa a homologar el convenio. Las partes deducen sendos recursos extraordinarios, de nulidad la esposa y de inaplicabilidad de ley el marido. La SCBA (Suprema Corte de Buenos Aires) confirma las sentencias de Primera y Segunda Instancia, pero con disidencias. Del análisis del voto de la mayoría se desprende que es factible el arrepentimiento unilateral de un acuerdo suscripto entre las partes que concurrieron a las dos audiencias previstas para el trámite de la presentación conjunta, cuando el Juez considere que ello afecta el interés de una de las partes, y por lo tanto el orden público familiar. En rigor de verdad, no lo dicen expresamente en esos términos. Pero del resultado del fallo, se extrae esa conclusión.

La minoría, representada por el Dr. Genoud, opina que no es posible arrepentirse del convenio si se asiste a las dos audiencias del art. 236 del Código Civil, dado que la forma de desistir del convenio es, justamente, no concurrir a la segunda audiencia. Entiende que una vez que ambas partes concurren a ambas audiencias, el juez debe homologar lo convenido, puesto que hace a la autonomía de la voluntad por ellas expresado.

1- *Si bien los consortes están facultados para celebrar acuerdos previstos en el art. 236 C.Civ., no es posible postular que la requerida homologación judicial de estos convenios de liquidación y partición de la sociedad conyugal, celebrados con anterioridad a la disolución del vínculo, aún cuando lo hayan sido para surtir efectos una vez ocurrido ésta, deba ser considerada un mero mecanismo automático de convalidación o intangibilidad del exclusivo ejercicio de la autonomía de la voluntad de los otorgantes.*

2- *El magistrado debe apartarse de la solución que los esposos pretendan dar frente a los convenios de liquidación de la sociedad conyugal cuando observare, en forma manifiesta (o ello hubiere sido previa y efectivamente postulado y acreditado), que alguno de los otorgantes, en verdad, no quiere la solución particionaria anticipada de tal convenio, merced a las propias declaraciones que pudiere haber plasmado en las audiencias conciliatorias o cuando lo acordado afectare gravemente los intereses de uno de ellos, o frente a la existencia palmaria de algún vicio de la voluntad o por situaciones que pudieren configurar lesión, imprevisión, abuso del derecho o algún vicio del acto jurídico, o lo pactado fuere contrario a la moral, buenas costumbres o perjudicare derecho de los hijos.*

3- *Aun cuando pueda ser objeto de dudosa procedencia que los esposos que en forma conteste perciban la existencia de causas efectivas y graves que importen tornar moralmente imposible la vida en común, puedan hacerse asistir por un único letrado en el trámite previsto por el art. 215, CCiv., la posibilidad de que, en los términos de lo normado por el art. 236 del mismo cuerpo legal, los todavía cónyuges acuerden la liquidación y partición de los bienes que componen la sociedad conyugal asesorados por una única representación letrada merece ser objeto de un análisis más*

*estricto, en tanto implica repartir un patrimonio común, menester en que sus intereses resultan sin dudas contrapuestos.*

4- *La presencia de un único letrado en el asesoramiento respecto de la determinación del carácter ganancial de los bienes objeto de partición en el convenio de liquidación de la sociedad conyugal, sus compensaciones y lo atinente a la confección de las respectivas hijuelas particionarias, importa un perjuicio grave a los intereses de una de las partes, y no resulta atentatorio de la imposibilidad de retractación de lo previamente convenido, ni de la doctrina de los actos propios ejecutados por la mujer, pues responde más bien al ejercicio de una prerrogativa propia de la judicatura en la dotación de efectos jurídicos a este especial tipo de convenios que los esposos suscriben aun hallándose vigente el vínculo matrimonial.*

5- *El cuestionamiento dirigido a reafirmar la validez del acuerdo celebrado entre las partes que significó la liquidación privada de los bienes que componían la sociedad conyugal, es un tema privativo de las instancias ordinarias y ajeno a la vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley.*

6- *Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal no solo pueden realizarse sino que es beneficioso que los esposos, al decidir su divorcio, sean también capaces de resolver sus consecuencias; estos convenios están condicionados a que se dicte la sentencia de divorcio (o separación personal) y a la homologación judicial, pudiendo ser atacada su validez probando vicios de la voluntad (error, dolo, violencia, lesión) o de los actos jurídicos (simulación, fraude) –del voto en disidencia de Dr. Genoud.*

7- *La posibilidad de impugnar un convenio de liquidación de la sociedad conyugal se limita a alegar y probar la existencia de vicios del consentimiento o lesión, e incluso el desistimiento anterior a la celebración de la segunda audiencia que se configuraría sencillamente no asistiendo a ésta, más no es viable la retractación unilateral posterior a la sentencia que decretó el divorcio vincular- del voto en disidencia del Dr. Genoud*

8- *El art. 236, CCiv., confiere al Juez la facultad de 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; pero tal*

*facultad del juez no implica que pueda decidir no homologarlo solo porque una de las partes se ha arrepentido –del voto en disidencia del DR. Genoud.-*

9- *El acuerdo por el cual se liquida la sociedad conyugal, como todo acto jurídico, es pasible de ser atacado por vicios de la voluntad, que son aquellos que afectan la intención y la libertad: el error, el dolo y la violencia o intimidación, exigiéndose- en caso de lesión- la situación de inferioridad de la víctima (ligereza) y que no puede encontrarse comprendida en un estado psicológico sino que se traduce en una debilidad compatible compatible con aquella en la que se encuentran los supuestos del art. 152 bis, CCiv.-del voto en disidencia del Dr. Genoud.*

10- *Al no haber vicios de la voluntad en un convenio de liquidación de la sociedad conyugal, el medio para dejar sin efecto el convenio es no asistir a la segunda audiencia, lo que hubiera provocado que no se dictara el divorcio y, en consecuencia, no se disolviera ni liquidara la sociedad conyugal; así como no es posible el desistimiento unilateral del proceso de divorcio por presentación conjunta luego de la segunda audiencia tampoco lo es frente al convenio –del voto en disidencia del Dr. Genoud.-*

11- *El único patrocinio letrado en la audiencia que regula el art. 236, CCiv., no alcanza para teñir de invalidez a un acuerdo celebrado por dos personas maduras con un alto nivel de educación donde no se han invocado vicios de la voluntad sino que se carecía de asesoramiento adecuado, pues a determinada edad y con un título profesional en su historial no puede válidamente sostenerse la falta de conocimiento, autonomía y madurez suficientes por parte de la esposa como para negarse al patrocinio impuesto por su marido y elegir un abogado de su confianza; de aceptarse tal tesis bastaría que en cualquier juicio de cualquier índole se adujera este argumento para dejar sin efecto todo lo actuado, alegando la propia torpeza, y si hubo abogado y se le confirió además un poder, hubo entonces asesoramiento –del voto en disidencia del Dr. Genoud.-*

En el comentario al fallo, realizado por la Dra. María Elvira Aranda<sup>[8]</sup>, como conclusión sostiene “Se van enumerando una serie de situaciones por las que, según el ministro preopinante, el juez puede apartarse de lo acordado por los cónyuges...que alguno de los otorgantes en verdad no quiere la solución particionaria anticipada en

*tal convenio –merced a las propias declaraciones que pudiere haber plasmado en las audiencias conciliatorias previstas en el art. 236, CCiv. En el caso en examen esto no ha ocurrido. Ni se postuló ni se acreditó nada en ninguna de las audiencias. Por lo tanto, el juez no tenía, al menos esta razón para apartarse de la voluntad de las partes y, por consiguiente, debía respetar el convenio... [...]...El ministro acertadamente enumera todas las razones por las cuales el juez de primera instancia podía apartarse de lo acordado por las partes, y surge de la causa, que no acaecieron ninguna de las circunstancias señaladas”*<sup>[9]</sup> Concluye la misma profesional que se ha avasallado el principio de la Buena Fe y el de igualdad jurídica de los cónyuges.

#### **La cuestión del único letrado.**

No obstante, resalto el punto 4 del fallo en análisis, respecto a la presencia de letrado único porque entiendo que si bien es cierto de que se trata de un divorcio por presentación conjunta, del que no habría intereses contrapuestos, pero no obstante, con posterioridad a la presentación o durante la tramitación del mismo se pueden producir discrepancias entre los cónyuges y controversias entre los mismos. Así dice el autor Jorge AZPIRI que muchas veces sucede que uno de los esposos no solo requiere su propio asesoramiento letrado sino que también proporciona el profesional que aconseja al otro. Esta práctica que algunas veces se realiza con buena fe para abaratar los costos, tiene el grave inconveniente de no permitir que uno de los cónyuges cuente con un profesional que defienda sus derechos. En estos casos se corre el riesgo de que el esposo afectado pueda revocar ese supuesto patrocinio durante la tramitación del pleito o bien después de la sentencia alegar la connivencia entre los abogados a fin de demostrar que sus derechos han sido vulnerados. Por este motivo es necesario que cada parte cuente con un profesional que lo patrocine a fin de resguardar adecuadamente su derecho de defensa en juicio y evitar posibles cuestiones ulteriores”<sup>[10]</sup> (Conf. autor citado en “Juicios de Divorcio Vincular y Separación Personal”, pág. 178, Editorial Hamurabi, Bs. As. año 2005).

Es de destacar el Art. 10 del Dto. Ley 119 de Corrientes, que dice: “*Queda expresamente prohibido a los abogados: representar, patrocinar o asesorar*

*simultáneamente en una misma causa, intereses opuestos*". La jurisprudencia y la doctrina son contestes, en no admitir el mismo patrocinio letrado para ambos cónyuges, requiriendo que cada uno cuente con su propio patrocinio letrado. Ese ha sido el criterio sustentado en el "VI Congreso Nacional de Derecho Procesal".[\[11\]](#)

*"Que la actuación de un solo abogado en el proceso de separación o divorcio por presentación conjunta es inadecuada, ya que resultará difícil colocarse en un punto equidistante de ambos cónyuges, actitud que es propia del juez, debiendo concluirse que el asesoramiento y patrocinio de dos letrados garantiza mejor el derecho de defensa de las partes.*[\[12\]](#)

*"La posibilidad de que los cónyuges concurren ante el juez con la asistencia de un único abogado ha merecido posiciones encontradas, prevaleciendo la tesis (al menos en la Capital Federal) de que las partes deben acudir al tribunal cada una con su patrocinante. Esta doctrina considera que un patrocinio letrado individual es lo mejor para la adecuada protección de los derechos de cada esposo, y ello a mérito de que la presentación conjunta no significa que no existan disputas en otros aspectos. Además la decisión misma de acogerse a este tipo de divorcio o articular el contencioso, trae como corolario la necesidad de un asesoramiento legal independiente para cada cónyuge"*[\[13\]](#).

## **Conclusión.**

El orden público en el derecho de familia, no se contrapone con la autonomía de la voluntad sino que, por el contrario, en muchos casos la afirma y constituye un límite preciso y útil para su realización plena. Ambas figuras pueden convivir y justificarse entre sí en cuanto a su existencia, no resultando excluyentes una de otra. Por ello la discusión entre autonomía versus intervención del poder público está mal planteada cuando existe una negación a congeniar ambos conceptos. La intervención de juez o de otro funcionario público no impide el ejercicio de la autonomía, sino que pretende evitar la arbitrariedad y la desigualdad que se pueda producir en un caso particular.

La Constitución tutela valores como la igualdad entre los cónyuges y la protección de menores desamparados, para cuya realización se exigen intervenciones

públicas perfectamente legitimadas. Junto a estos valores se encuentran otros igualmente protegidos, que exigen que los poderes públicos se abstengan de interferir en la dinámica interna de las relaciones familiares, correspondiendo tales hipótesis a espacios de autonomía familiar, igualmente legitimados en el plano constitucional.

\* Abogada. Escribiente Juzgado de Familia N° 1.

#### Notas

[1]ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil, Derecho de Familia, t. I, 4ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2002m Pág. 734

[2]Kielmanovich, Jorge L., Derecho Procesal de Familia, Pág. 306, editorial AbeledoPerrot, año 2009

[3]MENDEZ COSTA, María Josefa –D’ANTONIO, Daniel H., Derecho de Familia, t. II, RubinzalCulzon, santa Fe, 2001, p. 78

[4]Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 21/10/1996, JA 1997-II-619

[5]Duprat Carolina, en comentario a fallo en la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia N° 42 Marzo / Abril 2009 Directora: Cecilia P. Grosman, Ed. AbeledoPerrot.

[6]Kielmanovich, Jorge L., ob. Cit.

[7]Procedimientos en divorcio y separación personal –Colección Temática Derecho de Familia, Directores: Darío L. Cúneo –Clayde U. Hernández, Pág. 197/207, Editorial Juris, año 2008

[8] Especialista en Derecho de Familia, Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Universidad Nacional de La Plata y Adjunta de la materia “Derecho de Familia y Sucesiones” de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional de La Plata

[9] Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directora: Cecilia P. Grosman, 2009-III, Septiembre/ Octubre 2009, Editorial AbeledoPerrot

[10]“Juicios de Divorcio Vincular y Separación Personal”, pág. 178, Editorial Hamurabi, Bs. As. año 2005

[11]Codigo Civil Comentado, Tomo 1B, Dres. Alberto Bueres y Elena Highton, Edición Hammurabi-2003

[12] CN Civ., sala E, 24-8-81, L.L. 1981-D-416; sala F, 25-2-85,L.L.-D-557, 36.944\_S; ED 113-346) Citas de Frerrer-Medina\_méndez Costa, “Código Civil Comentado, Derecho de Familia, T.I Ed Rubinzal-Culzoni, pg.429

[13]Esta postura fue sostenida durante la vigencia de la ley 2393 por el Colegio de Abogados de Buenos Aires y constituyó además el dictamen mayoritario del VII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Tucumán en 1970.-(Belluscio, Derecho de Familia, t.III, p.490; Escribano, Divorcio consensual p. 68 a 72 y otros) Citas de Mizrahi Mauricio Luis, “Familia, matrimonio y divorcio”, 2ºEd.,Astrea, pg.392/393

