

Validez de los acuerdos sobre división de la comunidad de gananciales realizados en divorcios no contenciosos y solicitudes de separación de cuerpos y de bienes

Juan Enrique CROES CAMPBELL *

Sumario

Introducción 1. Delimitación del tema 2. La disolución y liquidación de la comunidad de gananciales en Venezuela 3. Posición de la jurisprudencia 3.1. La división de la comunidad de gananciales plasmada en una solicitud de separación de cuerpos y de bienes 3.2. La división de bienes plasmada en una solicitud de divorcio sobre la base del artículo 185-A del Código Civil 4. Nuestra posición sobre este tema 4.1. La autonomía de la voluntad 4.2. Conveniencia de resolver los asuntos patrimoniales al presentar el divorcio. Conclusiones

Introducción

Luisa Gómez y Pedro Castañeda se quieren divorciar de manera no contenciosa, pero no están de acuerdo en la forma de dividir los bienes de la comunidad de gananciales. El problema no es, entonces, que desean seguir casados, ni las instituciones familiares con relación a sus hijos, sino que no han llegado a un acuerdo sobre cómo dividir la comunidad conyugal.

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. **Universidad Carlos III de Madrid**, Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Civil. **Universidad Central de Venezuela**, Profesor de Derecho Civil III Obligaciones. Ejerce la profesión en ESCG Abogados.

Después de meses de negociación, acuerdan cómo dividir la comunidad y lo plasman en una solicitud de divorcio, con fundamento en el artículo 185-A del Código Civil, pues llevan de hecho más de cinco años separados. En dicha solicitud, además de pedir el divorcio, acuerdan la forma en que se realizará la partición de los bienes de la comunidad de gananciales, después que se declare el divorcio. Una vez disuelto el vínculo conyugal por una sentencia, Pedro sostiene que no está de acuerdo en realizar la partición sobre la base de lo acordado con Luisa. Pedro hace varias consultas y le recomiendan iniciar un juicio de partición, bajo la tesis de que la división de bienes acordada con su excónyuge no es válida, pues, según el artículo 173 del Código Civil, toda disolución y liquidación voluntaria de la comunidad es nula.

La situación planteada nos lleva a hacernos la siguiente pregunta: ¿Debería ser válido el acuerdo de los cónyuges sobre cómo se dividirá la comunidad de gananciales, plasmado en una solicitud de divorcio no contencioso o de separación de cuerpos y de bienes? Pues bien, en estas líneas pretendemos responder esta interrogante y fijar una posición al respecto.

1. Delimitación del tema

Es claro que la partición y liquidación de la comunidad de gananciales no puede realizarse de manera voluntaria antes que se disuelva el vínculo conyugal, pues así lo prohíbe expresamente el artículo 173 del Código Civil, con excepción de lo previsto en el artículo 190 del mismo texto normativo. No obstante, pese a la claridad de la mencionada disposición, nos preguntamos si jurídicamente debería ser vinculante el acuerdo alcanzado por los cónyuges con relación a cómo se hará la partición, cuando el mismo sea plasmado en una solicitud de divorcio no contencioso o en una solicitud de separación de cuerpos y de bienes, y su eficacia se condicione a la disolución del vínculo conyugal, al decreto de separación de bienes o, simplemente, se plantee como la forma en que se llevará a cabo la partición después del divorcio.

Como sabemos, en Venezuela, el divorcio puede ocurrir de manera contenciosa o de manera no contenciosa. En el primer caso –divorcio contencioso–

el cónyuge que demanda el divorcio debe: i. Alegar y probar alguna de las causales de divorcio previstas en los numerales 1° al 7° del artículo 185 del Código Civil; ii. alegar y probar alguna otra causa que impida la continuación de la vida en común, aunque no esté dentro de las establecidas en el artículo 185 del Código Civil, o iii. alegar y probar la separación de hecho por más de cinco años, de conformidad con el artículo 185-A, aunque el otro cónyuge niegue tal hecho¹.

El divorcio puede ocurrir de manera no contenciosa, en los supuestos siguientes: i. Transcurrido un año después que un tribunal ha dictado el decreto de separación de cuerpos, sin que haya habido reconciliación entre los cónyuges, conforme al artículo 185 del Código Civil² –no opera de pleno derecho, sino que alguno de los cónyuges debe solicitar la conversión al divorcio después de un año del decreto de separación de cuerpos–; ii. cuando los cónyuges han estado separados por más de cinco años y ambos aceptan este hecho, según el artículo 185-A del Código Civil, y iii. si ambos cónyuges, por mutuo consentimiento, solicitan al tribunal que declare el divorcio, en razón de que hay causas que imposibilitan la vida en común. Es preciso

¹ El artículo 185-A prevé que los cónyuges que han permanecido separados por más de cinco años, pueden solicitar el divorcio. Así, la causal de divorcio es la ruptura prolongada de la vida en común. El mismo precepto normativo establece que si el otro cónyuge niega el hecho de la ruptura prolongada de la vida en común, el juez debe declarar terminado el procedimiento y ordenar el archivo del expediente. No obstante, mediante sent. N° 446, del 15-05-14, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia determinó que, aun cuando uno de los cónyuges niegue el hecho de la ruptura de la vida en común, el otro cónyuge tiene derecho a que se abra una articulación probatoria para demostrar la realidad de la separación. Con lo cual, en el procedimiento de divorcio iniciado conforme al artículo 185-A, que otrora era de jurisdicción voluntaria, a raíz de la sentencia citada se puede generar un contradictorio –en el cual el hecho discutido sea si existió o no la separación entre los cónyuges, por un tiempo igual o superior al previsto en la norma–, cuando tal hecho no sea aceptado por ambos cónyuges.

² En este sentido, la norma mencionada, después de numerar las causales de divorcio, prevé: «También se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges».

aclarar, también, que, tanto en los divorcios contenciosos como en los no contenciosos, es la sentencia del tribunal el acto que disuelve el vínculo conyugal y no la voluntad de los cónyuges.

Pues bien, debemos señalar que el tema que abordaremos en estas líneas está circunscrito a los supuestos de divorcio no contenciosos, pues es en ese escenario en el que los cónyuges suelen incluir la forma en que han acordado dividir los bienes de la comunidad de gananciales.

2. La disolución y liquidación de la comunidad de gananciales en Venezuela

LÓPEZ HERRERA define la disolución de la comunidad de gananciales como «... la extinción o terminación de ese régimen patrimonial»³. Sobre la disolución de la comunidad conyugal, DOMÍNGUEZ GUILLÉN expresa lo siguiente:

La disolución de la comunidad conyugal acontece cuando se extingue el régimen patrimonial supletorio. Ello tiene lugar de conformidad con el artículo 173 del Código Civil cuando se extingue el matrimonio –muerte o divorcio– por nulidad, declaración de ausencia, quiebra y separación judicial de bienes. En estos últimos casos, sin mediar extinción del vínculo conyugal culmina la comunidad conyugal por disposición de ley⁴.

En el caso específico del divorcio, el artículo 186 del Código Civil prevé que la comunidad conyugal queda disuelta una vez ejecutoriada la sentencia que lo declara⁵. Disuelta la comunidad conyugal, es posible proceder a su liquidación.

³ LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Derecho de Familia*. Tomo II. UCAB. Caracas, 2006, p. 110.

⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. TSJ. Caracas, 2008, p. 146.

⁵ El texto de la norma es el siguiente: «Artículo 186.- Ejecutoria la sentencia que declaró el divorcio, queda disuelto el matrimonio, y cesará la comunidad entre los cónyuges y se procederá a liquidarla. Las partes podrán contraer libremente nuevo matrimonio observándose lo dispuesto en el artículo 57».

Y dicha comunidad pasa de ser comunidad de gananciales a una comunidad ordinaria⁶ entre dos personas que otrora fueron cónyuges.

LÓPEZ HERRERA explica que «Por liquidación de la extinguida comunidad de gananciales debemos entender el conjunto de operaciones necesarias para determinar primero y luego satisfacer, los derechos y obligaciones de los respectivos cónyuges o excónyuges –o sus herederos–, resultantes de dicha comunidad»⁷.

La liquidación de la comunidad de gananciales no se produce de pleno derecho, sino que se requiere la voluntad de las partes o una sentencia de un tribunal, cuya competencia dependerá de si hay o no menores de edad involucrados en el asunto⁸. Si la liquidación se realiza mediante acuerdo entre los excónyuges comuneros, estaríamos en presencia de una partición realizada voluntariamente⁹.

⁶ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 147.

⁷ LÓPEZ HERRERA: ob. cit., p. 122.

⁸ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 147. Así, según el artículo 177 de la Ley Orgánica de Protección de Niños Niñas y Adolescentes, corresponderá conocer de una demanda a los tribunales de protección de niños niñas y adolescentes cuando: i. Un adolescente demande a su excónyuge o a sus herederos, o sea demandado por su excónyuge o sus herederos con ocasión a la partición de una comunidad originada por una comunidad de gananciales (literal «m»); ii. un niño o adolescente demande al excónyuge de su causante o a sus herederos, o sea demandado por el excónyuge de su causante o por sus herederos, con ocasión a la partición de una comunidad originada por una comunidad de gananciales (literal «m»); iii un excónyuge demande a su otro excónyuge la partición de la comunidad de gananciales, siempre que haya niños o adolescentes que sean hijos en común o estén bajo su responsabilidad de crianza o patria potestad (literal «l»); iv. se solicite la homologación de acuerdos de partición de comunidades de gananciales entre excónyuges que tengan hijos que sean niños o adolescentes (Parágrafo Segundo, literal «h»); v. los excónyuges que soliciten la homologación de acuerdo voluntario de partición sean adolescentes (Parágrafo Segundo, literal «l»); y (vi) un niño o adolescente participe en un acuerdo de partición no contenciosa, como heredero de su causante, excónyuge (Parágrafo Segundo, literal «l»). Vale acotar que, según el artículo 1078 del Código Civil, cuando en una partición amistosa hay niños o adolescentes, la misma debe ser homologada por un tribunal. Hacemos esta acotación por cuanto en una partición como la descrita puede participar un niño adolescente como heredero de uno de los excónyuges, frente al excónyuge del causante. Y el menor de edad puede ser hijo o no del excónyuge que está vivo al momento de celebrarse la partición.

⁹ Ídem.

Si la liquidación se realiza mediante pronunciamiento judicial, estaríamos hablando de una partición judicial acaecida en razón de una demanda de partición iniciada por alguno de los excónyuges comuneros o sus herederos.

Con relación a la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales, nuestro ordenamiento jurídico prevé, diáfananamente, que toda disolución y liquidación voluntaria de la comunidad conyugal es nula, salvo lo previsto en el artículo 190 del Código Civil¹⁰. Este último precepto normativo se refiere a la posibilidad que tienen los cónyuges de solicitar la separación bienes al presentar una solicitud de separación de cuerpos. De modo pues que, sobre la base del artículo 173 del Código Civil, sería nula toda disolución y liquidación voluntaria de la comunidad conyugal, sin perjuicio de la facultad que tienen los cónyuges de pedir la separación de bienes al solicitar la separación de cuerpos, conforme al artículo 190 del Código Civil. En este último escenario, cesaría entre los cónyuges la comunidad de gananciales una vez que el tribunal acuerde la separación de bienes. No obstante, cuando dicha separación de bienes es por mutuo consentimiento «... no producirá efectos contra terceros, sino después de tres meses de protocolizada la declaratoria en la Oficina Subalterna de Registro del domicilio conyugal» (artículo 190 del Código Civil). DOMÍNGUEZ GUILLÉN expresa que la enumeración taxativa de los supuestos de disolución de la comunidad conyugal obedece «... al carácter de orden público que rodea la materia»¹¹.

¹⁰ La previsión en comentario se encuentra en el artículo 173 del Código Civil, el cual prevé lo siguiente: «La comunidad de los bienes en el matrimonio se extingue por el hecho de disolverse éste o cuando se le declare nulo. En este último caso, el cónyuge que hubiere obrado con mala fe no tendrá parte en los gananciales. Si hubiere mala fe de parte de ambos cónyuges, los gananciales corresponderán a los hijos, y solo en defecto de éstos, a los contrayentes. También se disuelve la comunidad por la ausencia declarada y por la quiebra de uno de los cónyuges, y por la separación judicial de bienes, en los casos autorizados por este Código. Toda disolución y liquidación voluntaria es nula, salvo lo dispuesto en el artículo 190». El artículo 190 del Código Civil prevé, a su vez, lo siguiente: «En todo caso de separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges podrá pedir la separación de bienes, pero, si aquélla fuere por mutuo consentimiento, la separación de bienes no producirá efectos contra terceros, sino después de tres meses de protocolizada la declaratoria en la Oficina Subalterna de Registro del domicilio conyugal».

¹¹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 146.

Es clarísimo, entonces, que, salvo lo previsto en el artículo 190 del Código Civil, la comunidad conyugal no se puede disolver voluntariamente y que tampoco se puede liquidar antes de que se disuelva, por la regulación contenida en el artículo 173 del Código Civil. Circunscribiendo la afirmación realizada al tema que ahora nos atañe, la comunidad conyugal no se puede disolver ni liquidar antes de que se declare el divorcio, salvo el supuesto de la separación de bienes establecido en el artículo 190 del Código Civil.

Pero, de nuevo, nos preguntamos si es posible otorgar valor jurídico al acuerdo de los cónyuges con relación a la forma en que se dividirá dicha comunidad, cuando plasman ese acuerdo en una solicitud de divorcio no contencioso o de separación de cuerpos y de bienes. Podemos anticipar que, en nuestro criterio, otorgar validez a tales acuerdos tendría un valor práctico enorme. Quizá el lector coincida con nosotros en esta aseveración.

3. Posición de la jurisprudencia

En nuestra revisión de la jurisprudencia, hemos encontrado en torno al tema en comentario dos sentencias interesantes. Existen muchas otras, pero las que mencionamos a continuación resumen el estado de la cuestión.

Hemos visto, con satisfacción, que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considera válidos y vinculantes la distribución de los bienes consentida y reflejada por los cónyuges en una solicitud de separación de cuerpos y de bienes. En cambio, hallamos con pesar que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia niega validez a los acuerdos sobre división de bienes plasmados en solicitudes de divorcio fundamentadas en el artículo 185-A del Código Civil.

Comenzaremos haciendo referencia al criterio de la Sala Constitucional y, después, haremos lo propio con la sentencia de la Sala de Casación Civil.

3.1. La división de la comunidad de gananciales plasmada en una solicitud de separación de cuerpos y de bienes

Mediante sentencia N° 120, del 26 de febrero de 2013, la Sala Constitucional reconoce la validez de un acuerdo de división de bienes plasmado por los cónyuges en una solicitud de separación de cuerpos y de bienes, en la cual: i. El juzgado ya había dictado el respectivo decreto de separación de cuerpos y de bienes; ii. el juzgado que conoció la causa había dictado la sentencia que declaraba la conversión a divorcio, y iii. existía en autos evidencia de que fueron registrados la solicitud de separación de cuerpos y de bienes, el decreto de separación de cuerpos y de bienes y la sentencia que declaró la conversión a divorcio.

Este caso llegó a la Sala Constitucional a raíz de un amparo constitucional ejercido por el excónyuge contra una sentencia dictada en un juicio de partición iniciado por la excónyuge. En dicho juicio de partición, la excónyuge pretendía obtener una división de bienes distinta a la que habían acordado ambos cónyuges en la solicitud de separación de cuerpos y de bienes.

Lo relevante de la decisión, a los efectos de este trabajo, es que la Sala Constitucional, sobre la base del artículo 190 del Código Civil, le atribuye plena validez al pacto que realizaron los cónyuges sobre la división de los bienes de la comunidad de gananciales, el cual se encontraba en una solicitud de separación de cuerpos y de bienes. Citamos de seguidas un pasaje de la sentencia que ahora comentamos:

De tal manera que, el ordenamiento jurídico reconoce a lo ya decidido por el juez (lo que desde luego incluye las actuaciones que imparten la homologación de lo convenido por las partes –en su sentido lato–), un valor absoluto, aun cuando no se exprese en esos términos, como sucede en el caso específico de las separaciones de bienes a las que se refiere el artículo 190 del Código Civil, en el que el juez se limita a decretar la separación de cuerpos y bienes y acepta o acuerda implícitamente las adjudicaciones realizadas por las partes (cónyuges). Esa homologación o decreto del juez acordando lo convenido por las partes confiere a éstas seguridad jurídica

respecto del asunto de que se trate, de tal manera que, constituye una garantía constitucional el que una persona que ha llegado a un acuerdo y se ha sometido a las formalidades legales pertinentes no tenga que «ser sometida a juicio» nuevamente por la misma causa, de ello se colige que es de la esencia de los procesos de amparo constitucional tutelar, con el propósito de impedir una amenaza de infracción de algún derecho reconocido en la Carta Fundamental, de tal modo que el ordenamiento jurídico impone la necesidad de procurar, a quien invoque un peligro o perturbación en su esfera jurídica, la tutela correspondiente, obligación que por supuesto tienen los operadores de justicia.

Como puede apreciarse, la Sala Constitucional considera válida la división de los bienes realizada por los cónyuges en una solicitud de separación de cuerpos y de bienes. En este preciso aspecto, coincidimos con el criterio de la mencionada Sala.

3.2. La división de bienes plasmada en una solicitud de divorcio sobre la base del artículo 185-A del Código Civil

Mediante sentencia N° 739, del 15 de noviembre de 2017, la Sala de Casación Civil¹² negó la validez de una convención incluida por los cónyuges en una solicitud de divorcio con fundamento en el artículo 185-A, referida a la división de los bienes de la comunidad de gananciales.

¹² Debemos mencionar que esta sentencia contradice una decisión dictada por la misma Sala de Casación Civil N° 749, del 10-12-15. En esta última sentencia del 2015, la Sala de Casación Civil aceptó la validez de un acuerdo alcanzado por los cónyuges con relación a un bien de la comunidad de gananciales, antes que se declarara el divorcio conforme al artículo 185-A. Según el acuerdo en cuestión, una vez que se dictara el divorcio, el excónyuge transferiría a sus hijos el 50 % de la propiedad que le correspondía sobre un inmueble de la comunidad. El argumento principal de la Sala fue que el acuerdo era válido, en razón de que su eficacia se sometió a un momento posterior al divorcio. Con lo cual, no significaba la liquidación de la comunidad antes del divorcio. Esta sentencia tiene un voto salvado, en el cual se sostiene que el acuerdo de los cónyuges contradecía el artículo 173 del Código Civil, norma que impide la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales previo al divorcio.

La controversia se origina porque el excónyuge demandó la partición de un inmueble cuya propiedad había sido asignada, en su totalidad, a la excónyuge, sobre la base de un acuerdo que constaba en la solicitud de divorcio. La Sala de Casación Civil declaró sin lugar el recurso de casación ejercido por la representación judicial de la excónyuge, argumentando que los acuerdos en referencia no son válidos, por disposición expresa del artículo 173 del Código Civil, el cual prohíbe la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales antes de que se declare el divorcio. La Sala de Casación Civil rechazó la validez de estos acuerdos, incluso si su eficacia se somete a la condición suspensiva de la ocurrencia del divorcio. Textualmente, la Sala expresó:

Del criterio jurisprudencial parcialmente transcrito, se evidencia que todo pacto que se celebre sobre partición de la comunidad conyugal antes de ser declarado disuelto el vínculo matrimonial, es nulo, con la única excepción prevista en el artículo 190 del Código Civil. En tal sentido, luego de un análisis de las actas y en seguimiento del criterio *ut supra* transcrito, visto que tanto en el debate judicial como en el fallo recurrido quedó establecido que el convenio de partición y adjudicación de bienes celebrado entre las partes, se hizo en conjunto con la solicitud de divorcio 185-A ex artículo del Código Civil, resulta notorio que dicho acuerdo se materializó con anterioridad al decreto de divorcio, situación que según lo dispuesto en el artículo 173 de nuestra Ley sustantiva, hace concluir a esta Sala que el mismo no pueda surtir efectos, ni tener algún tipo de validez y eficacia, pues el hecho de que el mismo haya quedado sometido a la condición suspensiva del decreto de divorcio, como alega la recurrente que ocurre en el caso de marras, conforme con la jurisprudencia reiterada en el presente fallo, no le quita al pacto en referencia su naturaleza de convenio sobre liquidación y partición de la comunidad conyugal de bienes celebrado antes de la disolución del matrimonio, como bien lo estableció el *ad quem* en el fallo recurrido.

Con mucho respeto, disintimos del criterio de la Sala de Casación Civil, pues consideramos que los cónyuges pueden acordar cómo dividir lo bienes de la comunidad de gananciales en las solicitudes de divorcio no contencioso, y porque la prohibición establecida en el artículo 173 del Código Civil puede

obviarse sometiendo la eficacia del acuerdo a un momento posterior al divorcio. De esta manera, no habría violación a la barrera que establece la norma, sin que esto constituya fraude a la ley, sino una manera práctica para resolver en su totalidad las diversas implicaciones jurídicas de un divorcio.

4. Nuestra posición sobre este tema

Como abogado en el ejercicio de la profesión hemos notado que es frecuente el deseo de los cónyuges de resolver cómo se dividirán los bienes de la comunidad al momento de plantear una solicitud de divorcio no contencioso o una separación de cuerpos y de bienes, como paso previo al posterior divorcio. No necesariamente lo hacen para defraudar a terceros ni con alguna intención aviesa, sino para dejar claro entre ellos cómo se hará la futura partición.

Aun cuando cada caso es un mundo, es razonable pensar y avanzar que los momentos de tensión, las desavenencias y las situaciones de desconfianza son un mínimo común denominador de los divorcios. De allí que suele ser del interés de los cónyuges dejar claro lo que atañe a la división de los bienes de la comunidad. Por ello, la firma de la solicitud de divorcio o de la separación de cuerpos y de bienes, según el caso, se presenta como un buen momento para maximizar la circunstancia de acuerdo que existe entre ellos y resolver, de una vez: i. La petición de disolución del vínculo conyugal –sabemos que la separación de cuerpos y de bienes no disuelve el vínculo conyugal, pero normalmente lo propio se hace como preludeo al divorcio–; ii. la instituciones familiares, cuando existen niños o adolescentes, y iii. la manera en que se llevará a cabo la partición de los bienes de la comunidad de gananciales. Creemos que el sentido práctico de esta posición es inobjetable.

Ya hemos visto que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe expresamente que los cónyuges liquiden la comunidad de gananciales, antes que se disuelva el vínculo conyugal. Así lo señala expresamente el artículo 173 del Código Civil. No obstante, aunque no pudiera tratarse de una liquidación de la comunidad, por prohibición expresa de nuestro ordenamiento jurídico, ¿podría considerarse como un acuerdo irrevocable y vinculante entre los cónyuges, con relación a la forma en que se realizará la liquidación y partición de la comunidad conyugal?

Con relación a este tema, dice LÓPEZ HERRERA que la prohibición de disolución y liquidación de la comunidad de gananciales no debe considerarse como impedimento para que los cónyuges lleguen a ciertos acuerdos con respecto a la forma que habrán de partirse los bienes, sometido a la condición suspensiva de que se declare el divorcio, aclarando que esta condición suspensiva no puede tener efecto retroactivo. Textualmente, dice LÓPEZ HERRERA, lo siguiente:

A nuestro modo de ver, sin embargo, la referida previsión legal no impide ni prohíbe a los esposos, que se encuentran ante una situación de inminente divorcio o separación de cuerpos entre ellos, llegar a determinados acuerdos relativos a la liquidación de su comunidad de gananciales, para el caso de que tal divorcio o separación se materialice efectivamente. A tales efectos, los acuerdos en cuestión tienen que estar –por una parte– claramente sujetos a la condición suspensiva de que el divorcio o la separación de cuerpos entre los cónyuges sea efectivamente decretada o decidida judicialmente y de que la decisión en cuestión sea definitiva y quede firme; y además es necesario que –también de manera perfectamente clara– quede establecido que el cumplimiento de dicha condición suspensiva, no tendrá efecto retroactivo, de manera que los referidos acuerdos únicamente habrán de surtir efectos a partir de la fecha de cumplimiento de la aludida condición. De ser esa la situación, tales acuerdos de los cónyuges no podrían considerarse como violatorios de la prohibición de liquidar en forma adelantada la comunidad de gananciales, que figura el tercer aparte del artículo 173 del Código Civil, puesto que los mismos carecen de toda efectividad jurídica hasta tanto sea sentenciado o decretado judicialmente el divorcio o la separación de cuerpos y de bienes entre ellos –que son causas legales de la disolución de su comunidad de gananciales, es decir, de extinción de su régimen patrimonial matrimonial de comunidad–. Y por otra parte, en el caso en referencia no existiría el peligro de que los esposos pudieran maniobrar para perjudicar a terceros. Obsérvese, por lo demás, que la norma del artículo 1209 del Código Civil, según la cual una vez cumplida la condición suspensiva, sus efectos se retrotraen a la fecha de celebración del acto o negocio condicional, no constituye materia de

orden público, razón por la cual las partes de dicho acto o negocio pueden perfectamente acordar otra cosa¹³.

LÓPEZ HERRERA insiste en esta posición al pronunciarse sobre estos acuerdos vertidos tanto en solicitudes de divorcio por separación de hecho por más de cinco años (artículo 185-A) como en los divorcios producto del transcurso de un año, desde el decreto de separación de cuerpos, sin que haya habido reconciliación. Claro está, en este último caso, siempre que se haya solicitado la separación de bienes junto con la separación de cuerpos. LÓPEZ HERRERA se pronuncia a favor de la validez de los pactos sobre división de la comunidad de gananciales en los divorcios con apoyo en el artículo 185-A, sobre la base de las razones siguientes:

Primera: Si los acuerdos o convenios en cuestión se han pactado para que entren en vigor y surtan efectos a partir de la sentencia de divorcio o del decreto de separación de cuerpos y de bienes, sin determinar retroacción alguna, mal podría sostenerse que infringen el propósito, el sentido y la intención del legislador en relación con las reglas de orden público que figuran en el artículo 173 del Código Civil. En efecto, tales reglas de orden público se basan exclusivamente en el principio de la inmutabilidad del régimen patrimonial matrimonial que acoge el sistema legal venezolano (artículos 143, 144 y 149 del Código Civil). De ahí que no podrían considerarse infringidas por acuerdos que únicamente habrán de producir efectos después de que el régimen de comunidad de gananciales haya quedado extinguido de conformidad con la ley. Segunda: Los acuerdos en referencia no implican en forma alguna la disolución de la comunidad conyugal, puesto que esta continúa surtiendo plenos efectos legales hasta tanto sea declarado el divorcio o la separación judicial de cuerpos y de bienes entre los cónyuges. Tampoco determinan la liquidación de dicha comunidad antes de su disolución, sino que a lo sumo regulan la manera de llevar aquélla a cabo, una vez que la disolución del régimen de comunidad surta plenos efectos legales¹⁴.

¹³ LÓPEZ HERRERA: ob. cit., pp. 112 y 113.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 219 y 220.

Al hacer referencia a los acuerdos sobre división de bienes contenidos en solicitudes de separaciones de cuerpos y de bienes, LÓPEZ HERRERA expresa lo siguiente:

¿Son o no legales y lícitos los acuerdos de los cónyuges, relacionados con la liquidación de su comunidad de gananciales, formalizados con ocasión de su separación de cuerpos y de bienes por consentimiento mutuo, pero con anterioridad al respectivo pronunciamiento de separación? A nuestro modo de ver sí son válidos y legítimos y no contradicen normas de orden público, siempre y cuando no hayan de surtir efecto alguno sino después que sea pronunciada la separación de cuerpos y de bienes y que, por consiguiente no impliquen disolución ni liquidación anticipada de la comunidad...¹⁵.

En la misma sintonía, DOMÍNGUEZ GUILLÉN señala: «Conjuntamente con la separación de cuerpos se puede —es decir, no procede automáticamente— pedir la separación de bienes, según prevé el artículo 190 del Código Civil a objeto de adjudicarse los bienes comunes y adicionalmente sustraerse en lo sucesivo de la presunción de gananciales...»¹⁶.

Seguimos en este sentido a LÓPEZ HERRERA y consideramos que los acuerdos de los cónyuges con relación a la división de los bienes, plasmados en una solicitud de divorcio no contenciosa o de separación de cuerpos y de bienes, no contradicen nuestro ordenamiento jurídico ni implican una violación de la prohibición de disolución y liquidación anticipada de la comunidad de gananciales, siempre que los mismos se reflejen como la forma en que los cónyuges harán la partición y el negocio no sea concebido como una partición con efectos inmediatos, antes de que se declare el divorcio o la separación de cuerpos y de bienes, según sea el supuesto. Léase, pues, siempre que el acuerdo de los cónyuges se someta a la condición suspensiva de que se declare el divorcio o la separación de cuerpos y de bienes, el mismo es válido y vinculante para los excónyuges.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 232 y 233. El autor citado fundamenta su opinión en las razones ya expuestas en este trabajo.

¹⁶ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: *ob. cit.* pp. 190 y 191.

Es obvio que al hacer este pronunciamiento estamos partiendo de la base de que la voluntad de los cónyuges no está viciada y que el acuerdo de que se trate, en sí mismo, no transgrede alguna disposición del ordenamiento jurídico. Es fundamental la acotación que hace LÓPEZ HERRERA, en el sentido de que no pueden aplicarse los efectos propios de la condición suspensiva, los cuales consisten en retrotraer el negocio a la fecha en que la obligación ha sido contraída¹⁷. ¿Ahora bien, en qué apoyamos la afirmación hecha, en lo que atañe a la obligatoriedad de los acuerdos en referencia? Sobre la base de un argumento jurídico y otro de *lege ferenda*. El primero se refiere a la posibilidad que tienen los cónyuges de vincularse, sobre la base de la autonomía de la voluntad. El segundo tiene que ver con la practicidad y el ánimo de resolver el problema vital del divorcio por la vía más rápida y sencilla para los cónyuges, pues la experiencia demuestra que son muchos los casos en los que el aspecto nuclear que impide el divorcio es el desacuerdo sobre los bienes que corresponderán a cada cónyuge. No tendría sentido, entonces, que los cónyuges pasen meses negociando, dejen constancia de su acuerdo en la solicitud de divorcio y, después, cualquiera de ellos pueda desconocer la expresión de su voluntad en lo que al aspecto patrimonial se refiere. De inmediato desarrollaremos cada uno de estos argumentos.

4.1. *La autonomía de la voluntad*

La autonomía de la voluntad se ha definido como la «... actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes»¹⁸. Y «... como un poder de gobierno de la propia

¹⁷ El artículo 1209 del Código Civil establece lo siguiente: «Cumplida la condición, se retrotrae al día en que la obligación ha sido contraída, a menos que los efectos de la obligación, o su resolución deban ser referidos a un tiempo diferente, por voluntad de las partes o por la naturaleza del acto». Sobre el efecto retroactivo de la condición suspensiva, ver: MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo II. UCAB. Caracas, 2010, pp. 321-324.

¹⁸ BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*. 3ª, Editorial Revista de Derecho Privado. Trad. A. MARTÍN PÉREZ. Madrid, 1983, p. 47. Algunos autores, como FERRI, se oponen a catalogar la «autonomía» que nos ocupa como autonomía de la voluntad y, más bien, hablan de la autonomía privada. Argumenta al respecto –el mencionado autor– que la autonomía privada hace referencia al poder creador de reglas jurídicas

esfera jurídica y como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte»¹⁹.

Según PLANIOL y RIPERT, las consecuencias de la autonomía de la voluntad son, entre otras, la libertad para celebrar contratos y para no obligarse; y para discutir, en términos de igualdad, el contenido y el objeto de los contratos, teniendo como único límite el orden público²⁰.

No existe en la Constitución venezolana precepto alguno que, de manera directa y expresa, reconozca el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, a nuestro juicio, esta se deriva de varias normas constitucionales: i. De la libertad que, como valor superior del ordenamiento, consagra su artículo 2²¹; ii. del respeto a la dignidad de los seres humanos (artículo 3); iii. del libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 20)²²; iv. de la libertad de empresa (artículo 112), y v. de los atributos de la propiedad privada (artículo 114).

por parte de los sujetos mediante la expresión de sus declaraciones, mientras que la voluntad consiste en el fuero interno de los sujetos. Ver: FERRI, Luigi: *La autonomía privada*. Editorial Comares. Trad. Luis SANCHO MENDIZÁBAL. Granada, 2001, p. 5. A todo evento, la discusión nos parece un asunto de terminología. Insistir en ello –e incluso una eventual conclusión al respecto–, no aporta nada al Derecho ni resuelve problemas prácticos. Con lo cual, en este trabajo utilizaremos como sinónimos las voces «autonomía de la voluntad» y «autonomía privada».

- ¹⁹ CASTELLANOS, Esperanza: «*Lex Mercatoria* y autonomía privada en materia de contratos internacionales». En: *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales*. Tomo II. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2006, pp. 56 y 57.
- ²⁰ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge: *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo VI (Las obligaciones). Cultural S. A. Trad. Mario DÍAZ CRUZ. La Habana, 1936, p. 26.
- ²¹ «Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político».
- ²² MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días». En: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, p. 381, señala que la autonomía para celebrar contratos es parte de la libertad del ser humano y puede considerarse incluida en el derecho

Por su parte, explica MESSINEO, con ocasión a la libertad contractual como expresión de la libertad, que esta implica: i. La posibilidad de fijar el contenido del contrato; ii. la posibilidad de derogar las normas disponibles del ordenamiento jurídico, y iii. la posibilidad de celebrar contratos innominados²³.

En Venezuela, así como en muchos países, los límites para el ejercicio de las decisiones individuales son fijados por el Estado. Tales límites se clasifican en las siguientes categorías: el orden público, las buenas costumbres y las disposiciones imperativas de la ley. Desde nuestro punto de vista, estas últimas son la concreción de aspectos de orden público expresados en la ley y la forma en que se nos revela de manera más frecuente en nuestras vidas. Junto con DE FREITAS DE GOUVEIA, no dudamos en aseverar que la autonomía de la voluntad es una de las conquistas indeclinables de la civilización²⁴.

Pues bien, los cónyuges pueden vincularse, sobre la base de la autonomía de la voluntad, y regular en la respectiva solicitud de divorcio o de separación de cuerpos y de bienes la manera en que se llevará a cabo la partición de los bienes que forman parte de la comunidad de gananciales. Como bien expresa LÓPEZ HERRERA, cuya opinión hemos reseñado, tal acuerdo debe estar sometido a la condición suspensiva de que se declare el divorcio, sin que pueda aplicarse el efecto retroactivo de esta modalidad.

Consideramos que no existen argumentos de peso para rechazar la posición que planteamos en estas líneas. ¿Qué argumentos podrían esgrimirse en contra? Veamos algunos de ellos y cómo los mismos pueden ser rebatidos.

al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 20 de la Constitución. Ver: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)». En: *Revista de Derecho*. N° 13. TSJ. Caracas, 2004, pp. 20-28, señala que la autonomía de la voluntad es una expresión de la libertad en el Derecho privado.

²³ MESSINEO, Francesco: *Doctrina general del contrato*. Tomo I. EJEA. Trads. R. O. FONARROSA, S. SENTÍS MELENDO y M. VOLTERRA. Buenos Aires, 1986, p. 16.

²⁴ DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: «La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Caracas, 2013, p. 42.

En primer lugar, está el aparente obstáculo del artículo 173 del Código Civil que, por cierto, es la razón que esgrime la Sala de Casación Civil en la sentencia anteriormente comentada. Ahora bien, si el negocio se somete a la condición suspensiva de que se declare el divorcio, no vemos por qué esa disposición normativa se convertiría en una barrera para su validez, toda vez que la eficacia comenzaría una vez disuelto el vínculo conyugal. Ergo, la comunidad de gananciales no habría sido disuelta ni liquidada antes de la disolución del vínculo conyugal.

En segundo lugar, podría decirse que la autonomía de la voluntad pierde fuerza en el Derecho de Familia, por cuanto esta materia está rodeada de normas de orden público. Por tanto, no podría tener la fuerza vinculatoria que proponemos²⁵. En contra, habría que decir que el pacto sobre cómo se realizará la partición de los bienes de la comunidad de gananciales es un asunto patrimonial y la autonomía de la voluntad debería tener el mismo alcance que tendría en una partición.

En tercer lugar, cabría argumentar que un acuerdo sobre división de bienes, antes del divorcio, abriría la posibilidad de hacer fraudes a los acreedores de los cónyuges, quienes, sobre la base de la confianza que existe entre ellos, podrían utilizar estrategias para evadir deudas frente a terceros. Esta aseveración puede rebatirse con dos argumentos: i. Los acuerdos de los cónyuges para alterar las obligaciones de ellos y de la comunidad frente a los acreedores, no pueden afectar a estos últimos –recuérdese que la división planteada en la solicitud de divorcio no podría entenderse como una partición, sino como la manera irrevocable en que los cónyuges acuerdan que se llevará a cabo la partición, después del divorcio, sin que opere el efecto retroactivo de la condición suspensiva–, y ii. los cónyuges podrían realizar el mismo fraude después del divorcio, de modo que no tiene sentido avanzar esta razón para prohibir una división previa de bienes, sometida a la condición suspensiva del divorcio o de la separación de cuerpos y de bienes.

²⁵ *Ibíd.*, p. 51. También hace referencia a esta posición DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 5. Caracas, 2015, p. 355.

En cuarto lugar, es posible argüir que se abriría un camino para que ocurran frecuentes vicios en la voluntad de aquellos cónyuges quienes, apresurados por divorciarse, aceptarían ceder frente al otro más allá de lo razonable. Ante este alegato podemos decir: i. Ninguno de los cónyuges está obligado a divorciarse de manera no contenciosa y, si no está de acuerdo, puede demandar el divorcio de manera contenciosa y posteriormente la partición de la comunidad; ii. el riesgo advertido se ha mitigado en la actualidad, debido a que la jurisprudencia ha facilitado el camino al divorcio y aceptado la posibilidad de demandarlo, incluso por causas distintas a las previstas en el artículo 185 del Código Civil –mientras más fácil sea el divorcio menos presión existirá en la voluntad de los cónyuges–, y iii. el riesgo en referencia existe en la actualidad, igualmente, pues alguno de los cónyuges podría presionar al otro para obtener concesiones económicas en aras de ceder a un divorcio no contencioso.

Por ello es que, se insiste, no encontramos argumentos de peso para negar que los cónyuges queden vinculados por la división de la comunidad plasmada en una solicitud de divorcio no contencioso o de separación de cuerpos o de bienes.

Hemos de aclarar que partimos de la base de que en el acuerdo en cuestión la voluntad de los cónyuges no está viciada. Si existiera algún vicio del consentimiento, entraríamos en otro terreno y cualquiera de los cónyuges podría alegar tal vicio para impugnarlo.

4.2. Conveniencia de resolver los asuntos patrimoniales al presentar el divorcio

El segundo argumento que aportamos para sustentar la posición que planteamos en este trabajo es de *lege ferenda*. Se refiere a lo práctico que resultaría resolver los asuntos patrimoniales de los cónyuges al presentar la solicitud de divorcio. Este argumento no es de talla menor, pues creemos que el Derecho debe tender a facilitar a las personas la resolución de sus problemas.

En nuestra práctica profesional, hemos visto gran cantidad de situaciones en las cuales los cónyuges se quieren divorciar, no tienen diferencias con relación a la responsabilidad de crianza de los hijos –niños o adolescentes– ni

con respecto a las instituciones familiares, pero los frena la discrepancia con relación a la manera en que han de dividirse los bienes de la comunidad de gananciales después del divorcio. La solución de este problema requiere en ocasiones horas y horas de negociación y hasta meses para lograr un acuerdo definitivo que permita que la ruptura del vínculo conyugal se produzca sin mayores batallas judiciales. Las cuales, por cierto, generan enormes costos económicos y emocionales para los cónyuges, quienes las sufren como un problema de vida que los acompaña todo el tiempo.

Pues bien, consideramos que las situaciones descritas en el párrafo previo pueden resolverse satisfactoriamente otorgando valor jurídico a los acuerdos patrimoniales alcanzados por los cónyuges en las solicitudes de divorcio. De esta forma, se resolverían de manera global los diversos aspectos relacionados con el divorcio y se evitaría que alguno de los cónyuges actuara de mala fe, dando la apariencia que está de acuerdo con determinada distribución patrimonial para después desconocerla, bajo la premisa de que se habría llevado a cabo antes del divorcio.

La adopción favorable de esta propuesta otorgaría certeza a los cónyuges de que, producido un pacto con relación a la división de los bienes, el mismo será vinculante para ambos y no podrá ser desconocido olímpicamente por ninguno de ellos.

Conclusiones

i. Como reconoce la Sala Constitucional, la división de los bienes de la comunidad de gananciales contenida en una solicitud de separación de cuerpos y de bienes es válida y vinculante para los cónyuges, incluso después que se declare el divorcio.

ii. Lamentablemente, la Sala de Casación Civil, en la sentencia citada en este trabajo, no considera válido el pacto de los cónyuges sobre la división de los bienes de la comunidad reflejado en una solicitud de divorcio con fundamento en el artículo 185-A. La mencionada Sala concluye que dicho acuerdo viola el artículo 173 del Código Civil.

iii. En nuestro criterio, consideramos que es menester revisar y modificar la posición de la Sala de Casación Civil expresada en la sentencia N° 739/2017, mencionada en este trabajo, para otorgar validez a los acuerdos de los cónyuges sobre la división de los bienes de la comunidad de gananciales contenidos en solicitudes de divorcio no contenciosos. Y tal criterio debería extenderse a las solicitudes de divorcio por mutuo consentimiento, por causas que impiden la vida en común. Esta posición puede admitirse jurídicamente sobre la base de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, siempre que la eficacia del negocio se someta a un momento posterior al divorcio, reconociendo que tendría gran valor práctico para las personas saber que lo relativo a la división de los bienes puede quedar zanjado al presentar la solicitud de divorcio.

* * *

Resumen: El autor comenta una temática de sumo interés en materia de divorcios no contenciosos y solicitudes de separación de cuerpos y de bienes, como lo es la posibilidad de que los consortes celebren acuerdos sobre la división de la comunidad de gananciales. A tales fines, examina la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal y coteja las posiciones contradictorias que fijan la Sala Constitucional y Sala Casación Civil, finalizando con la explicación de su parecer. **Palabras clave:** División de la comunidad de gananciales, disolución y liquidación de la comunidad, autonomía de la voluntad. Recibido: 31-01-18. Aprobado: 22-02-18.