

Aciertos y desaciertos del Código proyectado en materia de asentimiento*

Rita J. Menéndez

Sumario: 1. Introducción. 2. Requisitos del asentimiento. 3. El asentimiento respecto de la denominada vivienda familiar (régimen primario). 4. Asentimiento en materia de bienes gananciales. 5. Quid del asentimiento para la disposición de bienes muebles. 6. Supuestos de falta del asentimiento: la autorización judicial. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Con respecto al régimen patrimonial matrimonial, el Código proyectado admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad y, en virtud de ella, realiza una de las modificaciones más importantes al dejar de lado el régimen imperativo actual y otorgar la posibilidad de optar entre el de comunidad y el de separación de bienes. Así, otro cambio también trascendente es la regulación de las denominadas uniones convivenciales.

En ambos casos, matrimonio y unión convivencial, el asentimiento, que ante diversos actos debe otorgar imprescindiblemente el cónyuge o el conviviente no disponente –o, supletoriamente, el juez– es, a nuestro juicio, fundamental para el reconocimiento y la protección de los derechos de cada uno de los integrantes de la familia. Consideramos que, respecto del asentimiento, el Proyecto tiene aciertos y desaciertos, que intentaremos exponer en el presente trabajo, analizándolos en cada caso.

2. Requisitos del asentimiento

El legislador ha querido poner fin a diferentes temas que en doctrina tienen más de una interpretación. Uno de ellos es el de si el asentimiento puede otorgarse anticipadamente en forma general. La doctrina mayoritaria entiende que

... los asentimientos generales anticipados no son válidos bajo el régimen de nuestra legislación de fuente interna, ya que impli-

* El presente trabajo ha sido presentado en la XXXIX Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 31 octubre - 1-2 noviembre 2012).

can una alteración del régimen patrimonial matrimonial vigente e implicarían una suerte de convención matrimonial prohibida actualmente por nuestro ordenamiento jurídico...¹

El Proyecto ratifica esta postura. Acertadamente, en el artículo 457 dispone que el asentimiento debe versar “sobre el acto en sí” –lo que equivale a decir que debe ser *especial*– y sobre sus “elementos constitutivos”. No consideramos esto último tan acertado, pues tememos que la doctrina no sea unánime en la forma de definir esos elementos constitutivos de cada tipo de acto. Por ejemplo, en una compraventa el precio es elemento constitutivo, pero nos preguntamos si será correcto colocarlo en un modo no determinado (ya que puede no conocerse en el momento de otorgarse el asentimiento anticipadamente) sino determinable. Creemos que son temas que se irán definiendo en la doctrina, a medida que se vaya aplicando la legislación proyectada, y en la jurisprudencia, según surjan las controversias.

El Proyecto continúa en la misma línea que el Código de Vélez al determinar, según puede inferirse de la lectura de los incisos a y c del artículo 1017, que la *forma* que se impone para otorgar el asentimiento en el caso de inmuebles es la escritura pública.

Uno de los puntos discutidos en la legislación proyectada referida a asentimiento es la prohibición que rige en cuanto al mandato entre cónyuges para otorgar el asentimiento en los casos de disposición de la vivienda familiar y sus muebles indispensables (art. 459). A nuestro criterio, la imposición de esta prohibición contradice todo lo expuesto por los integrantes de la Comisión de Reforma en los fundamentos del Proyecto en cuanto a la valoración de la autonomía de la voluntad, de la igualdad y de la ampliación de la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio. Incluso, hay –si se nos permite– un tema de discriminación: ¿por qué el Estado presupone que el cónyuge no es apto para ser mandatario a fin de otorgar el asentimiento por el otro, justamente sobre la vivienda común?; ¿por qué le dice a cada uno de los integrantes del matrimonio que es mejor confiar en un tercero y no en el otro cónyuge? Consideramos que esta intromisión del Estado en el régimen patrimonial del matrimonio en aras de una supuesta protección es exagerada, es un desacierto y puede acarrear más problemas que soluciones.

1. HERRERA, María Marta L., “Régimen de las convenciones matrimoniales en el derecho internacional privado desde la perspectiva notarial en relación con los actos de disposición de bienes entre vivos y por causa de muerte” (trabajo presentado en la XV Jornada Notarial Iberoamericana [Madrid, 2012]).

3. El asentimiento respecto de la denominada vivienda familiar (régimen primario)

Tal como se expone en los fundamentos del Proyecto, el derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido internacionalmente. Por tal motivo, los autores han tratado el tema con la importancia que se merece; más allá del capítulo especial que se dedica a la vivienda, en varios artículos de diferentes capítulos encontramos disposiciones referentes a su “protección”. En realidad, coexisten diferentes protecciones sobre un mismo bien: por ejemplo, la que el Proyecto establece en reemplazo del bien de familia (dispuesta en los arts. 244-256) y la concedida por el régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales (art. 456).

En este punto analizaremos la protección concedida por: 1) el régimen patrimonial del matrimonio, régimen primario, que impone obligaciones tanto en el de comunidad como en el de separación de bienes, que es de orden público y, como tal, inmodificable; 2) las uniones convivenciales. En ambos casos, la protección de la vivienda se da mediante la necesidad del asentimiento del cónyuge no titular o de ambos convivientes respectivamente.

3.1. *Matrimonio*

3.1.1. *Régimen de comunidad*

Comenzaremos señalando, por ser éste el régimen de la legislación actual, que el artículo 1277, al disponer que “es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales”, tiene como propósito evitar que uno de los cónyuges pueda disponer de bienes de importancia (inmuebles, derechos y bienes registrables) del matrimonio sin la conformidad del otro. Protege al cónyuge no titular.

El mismo artículo dispone asimismo que

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces.

O sea, se requiere que ambos cónyuges dispongan del inmueble en el que se asienta el domicilio de los hijos menores o incapaces

sin distinción entre el carácter propio o ganancial del inmueble. El artículo agrega que esta disposición “se aplica aún después de disuelta la sociedad conyugal”, lo que significa que el progenitor que detenta la tenencia de los hijos menores o incapaces está obligado a requerir el asentimiento del otro progenitor para disponer del inmueble en el que vive con sus hijos, aunque el bien fuera propio de quien está a cargo de la tenencia de los hijos o aunque se le hubiese adjudicado en la liquidación de la sociedad conyugal. El fin de la ley es proteger la seguridad de la vivienda.

El Proyecto no habla de hogar conyugal, sino que, en la Sección 3ª (“Disposiciones comunes a ambos regímenes”), menciona con un carácter más amplio “vivienda familiar”, considerando la realidad de hoy en día en cuanto a que existen otras formas de organización familiar. Así, el artículo 456 dice:

Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Surge en forma palmaria la intención de los codificadores en cuanto a la “protección de la vivienda y los muebles indispensables de la misma”, sin hacer distinción del carácter propio o ganancial del inmueble sobre el cual se encuentra la vivienda familiar (coincidente esto último con el art. 1277 actual). Tampoco se hace distinción en relación con la existencia o no de hijos, el amparo se focaliza en la persona, en su unicidad.² Por nuestra parte, agregamos que tampoco se especifica qué se entiende por “muebles indispensables” –abordaremos más adelante este tema–. Destacamos que los dos últimos puntos son una novedad, un cambio en relación con el derecho vigente.

En el Capítulo 2 (“Régimen de comunidad”), Sección 4ª, al tratarse la gestión de los bienes en la comunidad, no queda duda alguna sobre la irrelevancia que tiene el carácter del bien en el cual se asienta la vivienda familiar. El artículo 469, al disponer que los cónyuges tienen la libre administración y dispo-

2. KRASNOW, Adriana N., “Las uniones convivenciales”, en Rivera, J. L. (dir.) y Medina, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* 2012, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, p. 378.

sición de sus bienes propios, hace expresamente la excepción a lo dispuesto en el artículo 456 (vivienda familiar); en consecuencia, aunque el bien sea propio de uno de los cónyuges, si en el mismo se halla la vivienda familiar, no se podrá disponer sin el asentimiento del otro cónyuge, existan o no hijos menores o incapaces.

3.1.2. Régimen de separación de bienes

El artículo 505 dice:

En el régimen de separación de bienes, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, excepto lo dispuesto en el artículo 456. Cada uno responde por las deudas por él contraídas, excepto lo dispuesto en el artículo 461.³

En el régimen de separación de bienes, nuevamente encontramos un artículo que dispone la libre administración y disposición del bien (en este caso, se refiere a bienes personales). Sin embargo, pone límites a esta libertad cuando el bien a disponer sea la vivienda familiar, caso en el cual, como determina el artículo 456, se necesitará el asentimiento del otro cónyuge.

Nos preguntamos cómo saber si, en un acto de disposición de bienes inmuebles en el cual interviene una persona de estado civil casada que haya optado por el régimen patrimonial de separación de bienes, ese bien del que dispone constituye la vivienda familiar. Como una solución paliativa para esos supuestos, sugerimos que el disponente realice una declaración jurada sobre el destino del inmueble, en cuanto a que no corresponde a la vivienda familiar, a fin de que no le sea aplicable al acto la disposición prescripta en el artículo 505, en alusión al artículo 456, acerca de la necesidad del otorgamiento del asentimiento del otro cónyuge.

3.2. Uniones convivenciales

El Proyecto denomina unión convivencial a la organización de vida familiar compuesta por dos personas de igual o diferente sexo que conviven durante un período de tiempo no inferior a dos años sin estar unidas entre sí por el vínculo del matrimo-

3. Solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

nio. Se regulan los efectos de dichas uniones y, como menciona Medina,

Se deja de lado toda idea de libertad y de autonomía de la voluntad para poder vivir en forma conjunta libremente y bajo la idea de que se hace por solidaridad familiar, se impone a quienes viven unidos de hecho, un régimen imperativo, legal y forzoso con severas consecuencia personales y patrimoniales.⁴

Para que produzcan efectos jurídicos, dichas uniones deben cumplir los requisitos taxativamente determinados en el artículo 510. Su inscripción en el registro que corresponda a su jurisdicción local es optativa y sólo a los fines probatorios. No obstante, si los integrantes de la unión convivencial suscriben pactos de convivencia en los cuales se incluyen bienes y estos pactos no se encuentran inscriptos en el registro correspondiente a la jurisdicción local y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en los pactos, serán inoponibles a los terceros (art. 517). Esto último es de vital importancia en nuestra tarea cotidiana, atento a que, en el caso de disponerse de un inmueble de titularidad de una persona que viviera en unión convivencial inscripta (lo cual se deberá acreditar), sólo podremos calificar el acto en cuanto a si es necesario el asentimiento de su conviviente, si se ha registrado algún pacto de convivencia que incluya ese inmueble con carácter de vivienda familiar en el Registro de la Propiedad Inmueble (en los registros que correspondan a los bienes incluidos en los pactos).

Conforme a lo antes expuesto en lo referente a la protección de la vivienda, el asentimiento es necesario en las uniones convivenciales (inscriptas) para: a) desafectar la vivienda al régimen de protección (art. 255, inc. a); b) transmitir y/o gravar la vivienda que estuviera afectada al régimen de protección (art. 250); c) disponer de los derechos reales sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta (art. 522).

Dejamos expresamente aclarado que, para el caso anteriormente citado, en el que se requiere el asentimiento para los actos de disposición de la vivienda familiar y del mobiliario de ella, no es necesario que existan hijos menores de los convivientes en común. Con la misma postura concluyó el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998):

La vivienda familiar debe ser tutelada durante la convivencia, haya o no hijos de la unión, teniendo como premisa la salvaguar-

4. MEDINA, Graciela "Las grandes reformas del derecho de familia", en Rivera, J. L. (dir.) y Medina, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* 2012, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, p. 293.

da del interés familiar. Asimismo debieran fijarse pautas para la atribución de la vivienda en caso de ruptura.⁵

3.3. *Inejecutabilidad de la vivienda familiar por falta de asentimiento para contraer deudas*

Tanto para ambos regímenes patrimoniales del matrimonio como para las uniones convivenciales inscriptas, la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio (art. 456) o después de la inscripción de la unión convivencial (art. 522), a menos que fueran contraídas por ambos cónyuges o convivientes o bien por uno de ellos (cónyuges o convivientes) con el asentimiento del otro. Medina dice que, de este modo, el Proyecto tiende a “completar la protección del actual artículo 1277 del Código Civil y del primer párrafo del artículo proyectado”.⁶

3.4. *Derecho comparado*

Consideramos que es imprescindible hacer mención del derecho comparado, no sólo por la influencia que en varios aspectos ha tenido en el Proyecto, sino también para analizar las similitudes y diferencias que existen en referencia a algunos institutos en los códigos de otros países. En este apartado nos ocuparemos de la protección de la vivienda familiar.

3.4.1. *Uruguay*

La Ley 18.246⁷ rige para la unión concubinaria, considerada la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas de cualquier sexo que mantienen una relación afectiva de carácter exclusivo, singular, estable y permanente con una convivencia ininterrumpida de por lo menos cinco años, sin estar unidas por matrimonio entre sí, que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes (arts. 1-2).

La declaratoria de reconocimiento judicial del concubinato, que debe ser solicitada, tendrá por objeto determinar la fecha de comienzo de la unión y la indicación de los bienes que hayan sido adquiridos a expensas del esfuerzo común, para determinar las partes constitutivas de la nueva sociedad de bienes. El

5. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.), *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, t. III, p. 306.

6. MEDINA, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 4), p. 304.

7. Ley 18.246, de Unión Concubinaria (2008).

reconocimiento inscripto de la unión concubinaría dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaran, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaría (art. 5). En el Registro Nacional de Actos Personales, en la sección Uniones Concubinarias, se inscribirán, entre otros, las constituciones de sociedades de bienes derivadas del concubinato (art. 13).

La Ley 15.597⁸ protege la vivienda y determina que, en el caso de venta del bien, que debe ser efectuada con el consentimiento de su cónyuge y venia judicial, el precio de la venta será inembargable. A tal fin, se depositará, convertido en unidades reajustables a la orden del juzgado, en el Banco Hipotecario del Uruguay y en sus respectivas sucursales del interior hasta que se adquiera el bien que ha de sustituir al enajenado. También se necesita el consentimiento del cónyuge y venia judicial para gravar el bien para atender necesidades urgentes de la familia o causas graves que así lo determinen (art. 10). Por otra parte, se permite a aquellas personas que no se encuentren unidas en matrimonio constituir bien de familia en beneficio de los hijos menores (art. 6). La legislación dispone que “puede permutarse un bien de familia por otro inmueble con idéntico destino previa venia judicial fundada en la necesidad o conveniencia de la permuta” (art. 11).

Conforme a lo expuesto, encontramos como gran diferencia con las uniones concubinarias, equivalentes a las uniones convivenciales en nuestro Proyecto, que en el derecho uruguayo a las personas que eligen convivir de hecho no se les impone un régimen legal forzoso, o sea, prima la autonomía de la voluntad. Si ellas desean que su unión les sea reconocida, deben solicitarlo judicialmente luego de cumplir ciertos requisitos. Aunque no solicitaran reconocimiento judicial y tuvieran hijos menores en común, les está permitido a cualquiera de ellos, a fin de proteger a la familia, constituir bien de familia en beneficio de los menores (aquí hay similitud con el Proyecto, dado que no se necesita que estén unidos en matrimonio para acceder al bien de familia).

La similitud más importante en el régimen matrimonial es que, con la finalidad de proteger la vivienda, se contempla la posibilidad de la sustitución del bien de familia, con consentimiento del cónyuge y venia judicial. En el Proyecto argentino se

8. Ley 15.597, de Bien de Familia.

dispone en el artículo 248 sobre la subrogación real. No obstante, hay una diferencia singular en el procedimiento: en el derecho uruguayo, en el caso de que se enajene y no se adquiera en simultáneo, el precio, que será inembargable, se debe depositar en el banco oficial hasta la adquisición del bien en sustitución del enajenado. La medida puede ser criticada pero nos parece original y cubre un aspecto que en el Proyecto no se ha tenido en cuenta.

3.4.2. *El Salvador*

El país consagró la protección de la vivienda por medio del Decreto legislativo 74 del año 1933, que faculta la constitución del bien de familia (inembargable) y considera miembros de la familia a aquellos que la conformen, sea o no legítimo su parentesco.

En cuanto a la sustitución del bien de familia, legalmente prevista, se dispone que está permitida previa sentencia judicial dictada con conocimiento de causa, a solicitud del interesado.⁹

3.4.3. *Paraguay*

El país vecino realiza la protección de la vivienda mediante el régimen del bien de familia, que se encuentra incorporado al Código Civil. La particularidad es que el instituto incluye también los bienes muebles del hogar, que se detallan en la legislación. El bien de familia puede ser también constituido por personas no unidas en matrimonio: se necesita una información sumaria ante juez para acreditar tal situación.¹⁰

3.4.4. *Italia*

En el Código italiano, una de las formas para hacer frente a las necesidades de la familia, o sea, para asegurar su protección es la constitución de un fondo patrimonial. El artículo 167 dice que cada uno o ambos cónyuges, por acto público, o un tercio, por testamento, pueden constituir un fondo patrimonial destinado a determinados bienes, inmuebles o muebles, inscriptos en el registro público o título de crédito para hacer frente a las necesidades de la familia. La propiedad de los bienes constituyentes del fondo patrimonial corresponde a ambos cónyuges, a menos

9. Ver PANDIELLO MOLINA, Juan C., "Bienes y protección a la vivienda", en Rivera, J. L. (dir.) y Medina, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, p. 143.

10. Ídem, p. 144.

que se establezca diferente en el acto de constitución. La administración de los bienes constituyentes del fondo patrimonial está regulada por las normas relativas a la administración de la copropiedad (condominio) legal.

A su vez, el artículo 169 dispone que, si no está expresamente permitido en el acto de constitución, no se pueden enajenar, hipotecar, dar en garantía o gravar bienes del fondo patrimonial de afectación a las necesidades de la familia si no es con el consentimiento (*il consenso*) de ambos cónyuges; si hay hijos menores, con autorización concedida por el juez, solamente en el caso de necesidad o utilidad evidente.¹¹

4. Asentimiento en materia de bienes gananciales

Antes de comenzar a desarrollar este punto, dejamos constancia de que aquí excluirémos el tema del inmueble ganancial que a la vez constituye la vivienda familiar, toda vez que fue tratado en el punto 3.

4.1. Durante el régimen de comunidad

Los bienes gananciales se encuentran enumerados en el artículo 465 y la gestión de los mismos está dispuesta en el artículo 470. El derecho proyectado tiene modificaciones en cuanto al régimen de asentimiento y establece que es necesario para enajenar o gravar:

- a) Bienes registrables (igual que el Código actual).
- b) Acciones nominativas no endosables y no cartulares con excepción de las autorizadas para oferta pública. A nuestro criterio, constituye un gran acierto la incorporación expresa de esta disposición. De esta forma se concluye con la divergencia doctrinaria mantenida hasta la fecha entre civilistas y comercialistas, aportando claridad.
- c) Participaciones societarias no exceptuadas en el inciso anterior. Algunos autores, como Medina, opinan que esta fórmula comprende la transformación y fusión de sociedades de personas.
- d) Establecimientos comerciales, industriales y agropecuarios. Entendemos que se trata de fondos de comercio, pero no está clarificado. Esta es otra novedad acertada a nuestro modo de ver.

11. Código Civil italiano.

- e) Las promesas de venta de los bienes anteriormente enumerados. En consecuencia, no deja lugar para opiniones –minoritarias– que hasta la fecha existen respecto de la no necesidad del asentimiento en los boletos de compraventa. Para nosotros, otro acierto.

Otra novedad es la establecida en el artículo 471 en cuanto a la disposición de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges (no está legislada expresamente en el Código actual). El artículo dice, entre otras cosas, que a las partes indivisas de dichos bienes se les aplican los dos artículos anteriores: se refiere a administración y disposición de bienes propios y gananciales, razón por la cual se infiere que cada uno de ellos puede enajenar o gravar su parte indivisa y necesariamente el otro deberá otorgar el asentimiento.

No podemos dejar de hacer una breve mención a lo dispuesto en el artículo 466 respecto de la prueba del carácter de propio o ganancial de los bienes. El artículo expresa que se presume que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad, salvo prueba en contrario. Trae como novedad que, para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia y se determine su origen, con la conformidad del otro cónyuge. Caso contrario, prevé la posibilidad de obtener declaración judicial del carácter del bien.

5. Quid del asentimiento para la disposición de bienes muebles

Existe una innovación en el Proyecto en cuanto al asentimiento exigido para disponer de los “muebles indispensables” de la vivienda familiar (art. 456). Este tema se aplica para el matrimonio en ambos regímenes patrimoniales y para las uniones convivenciales sin distinción.

Se nos presenta un tema de compleja interpretación: ¿cómo saber si determinado mueble es indispensable de esa vivienda? Podría serlo para determinada familia, por el tipo de vida que llevan y no para otra por la misma causa. ¿Qué pautas se utilizarán para determinar la indispensabilidad o no de los bienes y, en

consecuencia, la necesidad de prestar o no el asentimiento para disponer de tal o cual mueble? ¿Cómo determinar quién es el cónyuge que dispone y quién el que presta el asentimiento?

Si uno de los cónyuges dispone de un bien mueble a favor de un tercero sin asentimiento del otro, podría llegar a decretarse la nulidad de esa disposición y se debería restituir el bien (art. 456). Esta sanción es muy severa para el tercero que adquirió en forma onerosa y de buena fe, dado que, al no existir registro alguno, no tiene posibilidad de enterarse de que dicho bien es considerado indispensable para la vivienda familiar de quien dispuso. La inseguridad jurídica sería alarmante en casos como el planteado. Consideramos que los legisladores, si bien pretendieron proteger a cada uno de los cónyuges o convivientes y a la familia en general, deberían haber propuesto alguna fórmula para determinar cuáles o cómo deben considerarse muebles *indispensables*.

En el derecho comparado encontramos que la ley paraguaya, al disponer sobre la protección de la vivienda mediante el bien de familia, también incluye los bienes muebles indispensables para el uso del hogar. Explicita que quedan incluidos dentro de éstos: “cocinas, heladeras, ventiladores, radios, televisores e instrumentos musicales familiares, máquinas de coser y de lavar y los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio”, y agrega que “dichos bienes no serán ejecutables ni embargables; salvo que se reclame el precio de la venta”.¹²

6. Supuestos de falta de asentimiento: la autorización judicial

6.1. Para casos comunes a ambos regímenes

El Código proyectado establece que el cónyuge disponente puede ser autorizado judicialmente a otorgar el acto que requiera el asentimiento del otro en caso que de quien deba asentir esté ausente, sea incapaz, tenga capacidad restringida, esté transitoriamente impedido de expresar su voluntad o presente negativa injustificada por el interés de la familia (art. 458). El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge que no asintió, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo.

En cuanto a la omisión del asentimiento, el derecho proyectado también supone diferencias con el vigente; respecto de

12. Ley 2170 de Paraguay (2003). Citado en PANDIELLO MOLINA, Juan C., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 144.

la legislación actual, existen dos posturas en doctrina: a) el acto de disposición será nulo de nulidad relativa, en resguardo de los derechos del cónyuge que no otorgó el asentimiento (Guastavino, Zannoni); b) el acto celebrado sin el asentimiento será inoponible al cónyuge no titular, quien tendría derecho a reclamar su parte como un crédito en la liquidación de la sociedad conyugal (Vaz Ferreira).

En la legislación proyectada, el que no dio el asentimiento puede demandar la anulación del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial (la penalidad es la anulación del acto, ya no hay duda de que no sería la inoponibilidad).

6.2. *Para casos de uniones convivenciales*

En el caso de la uniones convivenciales inscriptas, ya expresamos que ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de la vivienda familiar ni de sus muebles indispensables (cabe recordar que el inmueble que constituye esa vivienda debe estar así inscripto en el correspondiente registro [art. 517]). Si ese asentimiento no es otorgado, el juez puede autorizar la disposición del bien si el mismo es prescindible y el interés familiar no resultase comprometido.

En el caso de que se haya realizado el acto de disposición de la vivienda familiar sin el asentimiento del conviviente no disponente y sin la autorización judicial, el conviviente que no asintió puede demandar la nulidad del acto dentro de los seis meses de conocido y siempre que continuase la convivencia (art. 522).

6.3. *En el estado de indivisión postcomunitaria*

El Proyecto regula la indivisión postcomunitaria y determina que, si se extingue el régimen por muerte de uno de los cónyuges, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria; si se extingue en vida de ambos cónyuges, se aplican las reglas que estos acuerden y, a falta de estas, las de la comunidad (arts. 481-482). A su vez, el artículo 483 decreta que, en caso de que se vean afectados sus intereses, los partícipes pueden solicitar, entre otras medidas precautorias, la autorización judicial para realizar por

sí solos un acto para el cual sería necesario el consentimiento del otro si la negativa es injustificada.

6.4. *Caso especial para obtener la declaración del carácter propio del bien*

Si durante el matrimonio se adquirió un bien que, por las características, tenga origen propio de uno de los cónyuges, dejándose constancia de tal circunstancia, pero no fue posible obtener la conformidad del otro cónyuge o bien se negó a hacerlo, el adquirente podrá recurrir a la justicia para obtener la declaración judicial del carácter propio del bien. El adquirente también podrá solicitar la declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición. Autores como Medina dicen que, si bien por el sistema de separación de deudas el carácter de cada bien es indiferente, para los terceros cobra importancia si después de disuelta la comunidad se intenta disminuir la garantía de los acreedores atribuyendo el carácter de propios a lo gananciales a fin de excluirlos de la partición (art. 466).¹³

7. Conclusiones

Las diferentes modificaciones parciales que se fueron sucediendo en la legislación en los últimos años configuran hoy un conjunto de normas que, al no encontrarse todas en un mismo plexo legal, complejizan su aplicación. A lo expuesto se le agrega que es necesario un *aggiornamento*, entre otros temas al que nos ocupa: régimen patrimonial del matrimonio. También es indispensable regular algunos aspectos de la convivencia de parejas: no podemos negar la realidad en la que vivimos, estemos o no de acuerdo con esta situación de hecho.

Por todos estos motivos, creemos que la reforma era necesaria. No obstante, lo que se le critica al Proyecto es resumido muy bien por Medina al decir que

Lo que se discute en la comunidad son las características puntuales de las reformas adoptadas por la Comisión de Reformas designada por decreto presidencial, que en definitiva responden a la elección de una política legislativa que responde a una determinada filosofía.¹⁴

13. MEDINA, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 4), p. 306.

14. Ídem, p. 279.

En lo que al tema específico de la Convención atañe, creemos que la protección de la vivienda es un punto muy importante y hay varias disposiciones acertadas, como se expresara en el presente trabajo, pero también existen algunas modificaciones al régimen patrimonial y temas de uniones convivenciales que, a nuestro criterio, pueden provocar situaciones de inseguridad jurídica y mayor litigiosidad.

Estamos persuadidos de que, de aprobarse el Proyecto, sólo con el transcurso del tiempo, analizando los inconvenientes que se plantearán –que, sin duda, los habrá– y las soluciones que –también, sin duda– nuestros hombres y mujeres de derecho encontrarán, podremos concluir si sus aciertos serán mayores que sus desaciertos. Así lo esperamos, porque las disposiciones del Código son de vital importancia para todos los habitantes del país, aplicándose en el día a día en nuestra sociedad.

Otra bibliografía consultada

BASSET, Úrsula C., “El matrimonio en el Proyecto del Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 5/9/2012. BELLUSCIO, Augusto C., “Promesa de enajenación de inmueble ganancial sin asentimiento del cónyuge del enajenante”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, tomo 1975-A, p. 212. BELLUSCIO, A. C. (dir.) y ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea. BOSSERT, Gustavo A., “Sobre la autorización judicial al acto de disposición de un cónyuge”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, tomo 1982-C, p. 8. Código Civil italiano. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, A. y ROVEDA, E. G., *Régimen de bienes del matrimonio*, Buenos Aires, *La Ley*, 2006. Leyes uruguayas 18.246 y 15.597. MAZZINGHI, Jorge A., “El asentimiento conyugal del artículo 1277 del Código Civil y la venia supletoria requerida por el tercero”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 2008-1 “Sociedad conyugal - I”, pp. 119-133.