

Primera aproximación al asentimiento en interés familiar en el Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial*

Néstor D. Lamber

Sumario: 1. Introducción. 2. Asentimiento en interés familiar. 3. Comparación del asentimiento en interés familiar y conyugal. 4. Recaudos del asentimiento en interés familiar. 5. Omisión del asentimiento.

1. Introducción

El Proyecto de reforma del Código Civil recepta la pregonada mayor preponderancia del principio de autonomía de voluntad en el derecho familiar como reflejo del reconocimiento constitucional de la autonomía personal (art. 19, CN), que se concreta en esta materia, entendiendo a la libertad como eje central del sistema de derechos en el desarrollo del proyecto de vida autorreferencial en las relaciones familiares.¹ Recoge los diversos tipos de la familia actual y no la limita a la llamada tradicional:² la extiende incluso al concubinato o familia de hecho y establece un régimen fijo o inderogable, común a todas éstas, resguardando los principios de solidaridad familiar, contribución en las cargas, solidaridad en las deudas previstas y protección de la vivienda familiar a través del asentimiento del cónyuge o del conviviente con relación al inmueble sede de la vivienda familiar y los muebles indispensables en ella.

El Código Civil actual contempla el asentimiento conyugal, que, por definición, presta un cónyuge al otro para la disposición o gravámenes de bienes registrables y ciertos actos societarios. La naturaleza del asentimiento conyugal previsto en el artículo 1277 del Código Civil es prioritariamente de defensa de los derechos del cónyuge no titular con respecto a los bienes gananciales que integran la masa del otro cónyuge pero,

* Este trabajo fue presentado en la XXXIX Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 31 de octubre - 1-2 de noviembre 2012) y obtuvo el Primer Premio, junto con los trabajos "Convenciones matrimoniales y su oponibilidad a terceros en el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial" y "Eficacia temporal de la ley ante el asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir previos en el Proyecto de unificación (ver pp. 59 y 71, respectivamente).

1. Ver nota extendida en p. 88.

2. Ver nota extendida en p. 88.

que, al momento de su extinción o de la separación de bienes, tendrá el derecho a la mitad de los mismos. Sólo excepcionalmente este asentimiento adquiere una naturaleza y sentido diferentes no ya en protección de los intereses individuales sobre la división futura de los bienes de los cónyuges, sino de los hijos menores o incapaces –es decir, en protección del interés superior del menor–, como lo prevé la norma de la parte final del artículo citado. Se lo requiere para la disposición de un bien propio donde está radicada la sede del hogar familiar y, además, concurren estas personas indicadas, donde el cónyuge no titular actúa no ya en garantía de su expectativa patrimonial, sino del interés familiar, en particular de la prole incapaz.

2. Asentimiento en interés familiar

El Proyecto permite elegir entre dos regímenes matrimoniales: el de comunidad de gananciales y el de separación, y, además, establece un régimen similar a este último para las uniones convivenciales. Sin embargo, en protección del interés familiar, regula la solidaridad y responsabilidad de los cónyuges o convivientes mediante un régimen fijo, primario o inderogable del patrimonio del matrimonio, común para ambos regímenes (arts. 454 y ss. del Proyecto, normas que se repiten para la unión convivencial en los proyectados arts. 519-522; estos artículos prevén las mismas normas que se aplican a ambos tipos de organización familiar).

Así, se establece un régimen patrimonial inderogable para todas las estructuras familiares admitidas y en él surge la obligación de prestar asentimiento por el otro cónyuge –o conviviente con unión inscripta– al titular del bien para disponer los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables o para transportarlos fuera de ésta. Este asentimiento también deberá ser prestado cuando el titular contrae deudas con posterioridad al matrimonio o inscripción de la unión convivencial, para permitir la ejecución de la vivienda familiar o muebles indispensables situados en ésta, en caso de su incumplimiento (arts. 456 y 522 del Proyecto). Su omisión determina la inejecutoriedad, como el actual bien de familia o la cláusula de inembargabilidad del artículo 35 de la Ley 22.235, sin prever inscripción de la vivienda familiar previamente.

La vivienda familiar puede estar radicada en un bien de cualquiera de los cónyuges o convivientes, sea propio, personal o ganancial. Así lo reconoce expresamente en el régimen de comunidad de gananciales el artículo 469 del Proyecto al regular, respecto de los bienes propios, que

... cada uno de los cónyuges tienen la libre administración y disposición de sus bienes propios, excepto los dispuestos en el artículo 456.

Con respecto al régimen de separación, el artículo 505 del Proyecto establece:

... en el régimen de separación, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de los bienes personales, excepto lo dispuesto por el artículo 456.

Y el artículo 513 del Proyecto permite una amplia libertad contractual, con la restricción de no derogar convencionalmente el artículo 522.

Se confiere relevancia jurídica a la situación de hecho al momento del acto de disposición o ejecución forzosa de los bienes. No se requiere registro público de la vivienda y, en el caso del asentimiento a las deudas contraídas durante la unión, comprende tanto que la vivienda se fije previamente como que se lo haga con posterioridad a la obligación, siempre que subsista al momento de la pretensión de ejecución forzosa. Se protegen los bienes aunque no sean gananciales, sean propios en la calificación tradicional para el régimen de gananciales o personales de cada cónyuge o conviviente por no existir gananciales en estas estructuras patrimoniales familiares reconocidas.

La naturaleza de este asentimiento no es la protección del derecho del cónyuge al momento del cese de la comunidad de bienes, sino la directa intención de no lesionar el interés familiar. Refleja razones de un interés más amplio –en el sentido de que trascienden lo estrictamente individual– que ameritan establecer la inderogabilidad de este régimen primario o común a todos los otros regímenes, en el artículo 454 del Proyecto, que se asimila en parte a la excepción de la parte final del actual artículo 1277 del Código Civil.

Sin embargo, la mayor diferencia en la norma proyectada es que basta que sea la vivienda familiar, sin otro requisito,

derogándose el requisito de existir hijos menores o incapaces. Esta supresión es coherente con la conceptualización de una familia que no se define necesariamente por la prole, sino que puede estar constituida sólo por dos personas adultas que han contraído matrimonio o convivido por más de dos años –y hayan inscripto la unión–. Además, deroga su exigencia “aún después de disuelta la sociedad conyugal”, previendo su subsistencia sólo por acuerdo de partes o decisión judicial, y oponible a terceros desde su inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 444, 499 y 526 del Proyecto).

3. Comparación del asentimiento en interés familiar y el conyugal

La vivienda y los muebles indispensables en ella constituyen el bien jurídico protegido basado en el interés familiar, que, diferenciado del individual del cónyuge en caso de tratarse de un bien ganancial, nos lleva a nominarlo ontológicamente como familiar. Pese a que ambos se rigen fundamentalmente por las mismas normas por la remisión que del segundo hace el artículo 470 a los artículos 456-459, podemos esbozar estas primeras diferencias:

- 1) El asentimiento en interés familiar puede ser prestado por quien tenga el carácter de cónyuge o conviviente inscripto. En cambio, el conyugal sólo por el cónyuge en el régimen de comunidad de ganancias.
- 2) El asentimiento en interés familiar se presta para la disposición de derechos –reales o personales– sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables para ésta o su traslado, y para permitir su ejecución por deudas posteriores al matrimonio o inscripción de la unión convivencial. En cambio, el artículo 470 del Proyecto prevé los casos de asentimiento conyugal para disponer o enajenar bienes registrables, acciones nominativas no endosables o cartulares (salvo las autorizadas para la oferta pública), participaciones de sociedad no exceptuadas, establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios, y sus previas promesas.
- 3) El asentimiento en interés familiar se presta sobre bienes de cualquier carácter, personal, propio o ganancial. En

cambio, el conyugal sólo en caso de enajenación o gravamen de bienes gananciales, nunca propios o personales.

- 4) La prohibición de dar poder para prestarse asentimiento el propio cónyuge apoderado a sí mismo es sólo para el familiar, no para el conyugal.

4. Recaudos del asentimiento en interés familiar

El asentimiento es un acto accesorio al de disposición –o gravamen en su caso–, por lo que debe cumplir la forma de este acto, como lo señala la doctrina con el actual régimen legal. La reforma adscribe a la doctrina que opina que debe referirse a un negocio especial y no ser dado en términos generales o indeterminados. El artículo 457 del Proyecto expresamente dicta que opina que “debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”. Sin duda, en el acto de asentimiento se debe establecer el acto para el que se confiere (p.ej.: compraventa, donación, etc.), pero deja lugar a una interpretación abierta la frase “elementos constitutivos”: ¿partes?, ¿precio?, ¿objeto del acto jurídico final?, ¿etc.? Entendemos que la solución surge de recurrir a una interpretación contextual de la reforma. En materia de representación voluntaria, el artículo 375, inciso b, del Proyecto requiere facultades expresas para “otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere”. Esta norma se asimila a la del actual Código Civil al establecer que el poder para donar debe ser especialísimo, incluyendo el bien objeto del acto a realizar (art. 1807, inc. 6, Código Civil actual).

Por lo tanto, como primera conclusión podemos señalar que, cuando se formula el asentimiento anticipadamente, se dan suficientes elementos para que sea consciente, con la expresión del acto jurídico a realizar y el bien objeto del mismo. Se respeta así la libertad del titular para negociar las condiciones finales del acto final durante la etapa de tratativas previas. Por ello, no es indispensable dejar constancia de quiénes son las otras partes del acto final ni tampoco del precio definitivo. Las enunciaciones deben demostrar los parámetros mínimos tenidos en cuenta por el cónyuge que presta su asentimiento, lo cual también queda suficientemente acreditado, por ejemplo, con la mención de vender en un precio no menor a determinada suma de dinero o si no se abonase de contado. Siguiendo la

jurisprudencia más moderna, la reforma requiere la especialidad del asentimiento y no admite el asentimiento en términos generales anticipados, lo cual también se aplica a los poderes con la expresa norma indicada.

El asentimiento puede ser prestado por un representante con poder suficiente, pero el artículo 459 del Proyecto, luego de admitir el mandato entre cónyuges, restringe expresamente la facultad de autocontratación con el cónyuge mandatario cuando su objeto sea prestar el asentimiento en interés familiar previsto en el artículo 456, es decir, cuando se refiera al inmueble sede de la vivienda familiar. Esta prohibición no se establece entre convivientes.

La remisión que hace el artículo 470 del Proyecto a esta norma para el asentimiento conyugal relativo a bienes gananciales se debe interpretar estrictamente y es sólo para el caso en que en este inmueble ganancial esté radicada la vivienda familiar y no para los restantes bienes, pues el artículo 459 refiere exclusivamente a los casos en que es aplicable el 456.

3. Utilizamos esta expresión en su sentido más técnico, refiriéndonos al conjunto de normas que no contradigan el espíritu de la ley nacional (art. 14, incs. 1 y 2, C. Civ. actual), que no necesariamente implica que sea de orden público nacional.

4. En este sentido: AXELRUD DE LENDNER, Rosa M., [dictamen], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 819, octubre-diciembre 1989, p. 1261; MAGRI, Carmen S. y otros, "Circulación e inscripción de documentos provenientes del extranjero", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 955, 2006, p. 100 [interconsulta n° 177, Asesoría Notarial Personalizada].

4.1. *Acreditación de la improcedencia del bien en que no está radicada la vivienda familiar*

La regulación de este asentimiento en forma autónoma y separada, si bien se hace como principio y no como mera excepción, no debe hacernos perder de vista que se está ante la misma situación ya prevista en el artículo 1277 *in fine* del Código Civil actual, norma a la que, desde hace años, se le ha dado un carácter tuitivo y de mayor incidencia del interés público. Así lo demuestra la interpretación del actual artículo 163 del Código Civil, por el cual se admite la convención nupcial del matrimonio celebrado en el extranjero, pero con la limitación del orden público internacional argentino:³ no puede afectar la vivienda habiendo hijos menores o incapaces. Ergo, aun cuando la norma admite la aplicación de un régimen patrimonial matrimonial de separación, se debe prestar asentimiento conyugal en la vivienda familiar radicada en la Argentina si existen hijos menores o incapaces.⁴

Por ello, en la práctica notarial, centrada en la contratación inmobiliaria y, en consecuencia, en la disposición de derechos sobre la vivienda familiar, procederá la subsistencia de la técnica actual ante el supuesto del artículo 1277 *in fine* del Código Civil.

La constancia de una situación de hecho, si bien será relevante el conocimiento que tuvieron o debieron tener las partes, se calificará esencialmente en el estudio del título por la declaración jurada, como se formula en la actualidad. A partir de la reforma, versará sólo sobre la no radicación de la sede del hogar conyugal, sin las otras circunstancias.

5. Omisión del asentimiento

El proyectado artículo 456, 1º párrafo (parte final), establece que

El que no ha dado el asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis (6) meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis (6) meses de la extinción del régimen matrimonial.

La reforma opta por la postura de la nulidad relativa,⁵ descartando la de la inoponibilidad al cónyuge,⁶ e impone la sanción de invalidez del acto. Ésto aparece admisible para este supuesto de interés familiar, pero no es justificable su extensión al caso del asentimiento conyugal en interés individual de la protección de la futura división de los bienes gananciales. Habiendo diferenciado metodológicamente ambos y en forma autónoma, devenía más equitativo prever este segundo supuesto como de inoponibilidad y no de invalidez por la remisión a éste del artículo 470 del Proyecto *in fine*, criticable en este punto.

5.1. La nulidad y el subadquirente a título oneroso de buena fe

Establece la sanción de invalidez del acto ante la omisión del asentimiento del otro cónyuge, utilizando impropriamente para la terminología de la reforma la palabra “anulación”, pero ajustada a la interpretación del actual Código, lo que aclara la cuestión.⁷

En la nueva regulación de nulidades, el Proyecto deroga el actual artículo 1038 del Código Civil y establece que toda nulidad debe sustanciarse (art. 383) y debe pronunciarse por los jueces (art. 390). Por ende, la sentencia debe dictar la nulidad y tendrá efectos *ex tunc* a partir de ella, con el corolario de ordenar volver las cosas a su estado al momento del acto nulo.⁸

5. CNCiv., Sala G, 26/12/1985, “Tenenber de Arfa, N. B. c/ Manuele, E. A. J”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1986-B, p. 338 (asentimiento sobre bien propio); C.Civ.yCom. Rosario, Sala 2, 22/11/1994, “Evans, A c/ Wasser, J”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1995-III, p. 83; CNCiv., Sala F, 30/9/1981, “M. de B. I. c/ G. U. y otros”, en *La Ley*, Buenos Aires, tomo 1982-C, p. 10; CNCiv., Sala A, 13/12/1982, en *La Ley*, Buenos Aires, tomo 1983-B, p. 335.

6. SC Buenos Aires, 17/5/1982, Ac. 45388, en *Acuerdos y Sentencias*, 1995, p. 369; SC Tucumán, 10/12/1981, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1982-C, p. 439; C.Civ.yCom. Lomas de Zamora, Sala I, 26/4/1994, “R. de B., Y. c/ V. J”, en *La Ley Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 811.

7. El Proyecto elimina la categoría velezana de actos nulos y anulables (arts. 382 y ss.), por lo cual cabría hablar de nulidad.

8. En los fundamentos del anteproyecto se explica: “la invalidez siempre requiere el pronunciamiento judicial si las partes o un tercero pretenden prevalerse del acto y, declarada la invalidez, sea el acto nulo o anulable, vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050), con el corolario para las partes del deber de restitución”.

9. "... cuando, como en el caso, el titular inscripto dispone de un inmueble propio [...] y es extremo de hecho controvertido que al tiempo del acto disposición ese inmueble haya sido sede del hogar conyugal en el que habitaban hijos menores o incapaces, el vicio invocado como fundamento de la pretensión no aparece patente o manifiesto sino latente o no manifiesto, dependiente de la investigación de hecho que habrá de realizarse y sujeto en último grado a apreciación judicial, el acto es anulable y se reputa válido mientras no se ejercite la acción de anulación" (CNCiv., Sala G, 26/12/1985, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1986-B, p. 337).

10. "El cónyuge otorga un mero asentimiento, pese a la terminología inapropiada del art. 1277. Por ello, el otorgante no es incapaz para disponer, sino carece de poder de obrar sin la conformidad de su cónyuge [...] no forma parte del negocio principal sino que es condición jurídica para su validez" (C.Civ.yCom. Rosario, Sala 2, 22/1/1994, "Evans A. c/ Wasser, J", en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1995-III, p. 82).

Podemos decir que, mientras no haya sentencia de nulidad, los actos se reputan válidos mientras no sean anulados –como dice el actual artículo 1046 del Código Civil–, aunque una vez dictada la sentencia sus efectos sean *ex tunc*.

Esta situación encuentra razón suficiente en justicia para los terceros subadquirentes que desconocen –ni pudieron conocer– el hecho por estarse ante una situación fáctica sobreviniente a la adquisición del bien que careció de publicidad *erga omnes* alguna. Sin duda, como en los actuales actos anulables (no categorizados en el Proyecto), requiere una investigación o determinación fáctica del juez para aceptar la petición de nulidad del cónyuge no asintiente, lo cual se ratifica con la expresión utilizada de *anulabilidad*, que, si bien es impropia en la nueva terminología, es más descriptiva de la real situación tipificada. En consecuencia, en principio, se debe estar a la validez del acto aun sin asentimiento⁹ y ello es sumamente relevante a la hora de apreciar la observabilidad del título al momento de la adquisición por un tercer subadquirente.

En el artículo 392, el Proyecto establece que

Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

El asentimiento en interés familiar es una institución en la cual el cónyuge no es titular del derecho transmitido. Ello queda claro en la interpretación contextual de la reforma con su artículo 471, que diferencia el caso de los bienes adquiridos conjuntamente y en condominio dentro del régimen de ganancia- lidad, para los cuales requiere que ambos cónyuges dispongan en conjunto, de los restantes bienes gananciales, en que sólo se exige el asentimiento (art. 470).

La sanción de nulidad o invalidez impuesta por sí sola no puede llevar a colegir que se está ante un requisito de capacidad para disponer por el titular, ya que es el titular del derecho quien negocia, determina y consiente el acto jurídico a celebrar.¹⁰ En consecuencia, en caso de ausencia del cónyuge o ser

una persona incapaz o con capacidad restringida o impedida transitoriamente de expresar su voluntad o que no justifique su negativa en el interés familiar, el juez debe autorizar el acto, que será oponible a este cónyuge que no presta o niega injustificadamente su asentimiento (art. 458 del Proyecto). El único transmitente del derecho real del bien registrable es el cónyuge disponente; el otro no dispone, ni su asentimiento importa integración del consentimiento ni menos codisposición, por lo cual no se puede invocar que su omisión o negativa importa la falta de intervención del titular del derecho transmitido. El asentimiento importa una limitación a la facultad de disposición.

En este supuesto, en interés familiar, la ley deposita en el cónyuge no titular del bien sede de la vivienda familiar una función de contralor o cuidado de la familia, en vez de asumirla el Estado a través de sus órganos. Sin embargo, en los casos de imposibilidad o negativa injustificada en el interés familiar de éste, reasume su potestad y el órgano judicial cumple tal función tuitiva familiar. Por ello, de decidirse la nulidad por omisión del asentimiento, el cónyuge podrá reclamar que se le restituyan a su cónyuge los derechos transmitidos sobre la vivienda familiar en poder tercer adquirente o subadquirente a título gratuito o de mala fe (consistente en que conocía la radicación de la vivienda familiar al momento del acto traslativo), pero no al tercer subadquirente a título oneroso y de buena fe, a quien no se le podrá oponer la nulidad. El cónyuge que no prestó asentimiento no podrá ampararse en la norma del párrafo final del artículo 392 del Proyecto por haber transmitido el titular del derecho, no estando en un supuesto de transmisión *non domino*.

La situación de vivienda familiar es un supuesto de hecho que, mientras no surja del título, hace que en el estudio de sus antecedentes, para el subadquirente a título oneroso y de buena fe, no sea observable la escritura traslativa en la que el *tradens* de estado civil casado hizo la expresa declaración jurada de que está radicada en ese bien propio o personal su vivienda familiar, al igual que sucede hoy en día en el caso del artículo 1277 *in fine* del Código Civil.

5.2. *La caducidad de la acción de nulidad y el tercer adquirente de buena fe*

Con respecto a la sede de la vivienda familiar, la reforma establece que el cónyuge no asintiente podrá demandar la nulidad del acto desde haberlo conocido. La norma parece remitir al efectivo conocimiento del acto por el legitimado activo, lo que conlleva que el tercer adquirente de buena fe tenga la carga de la prueba del modo y tiempo en que el actor tuvo conocimiento del acto de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta. Sin embargo, el conocimiento del cónyuge que no prestó asentimiento estará también determinado por la naturaleza del derecho o bien dispuesto.

En el caso de cosas muebles o derechos no registrables en el registro inmobiliario, se podrá demostrar por cualquier medio de prueba el acto o hecho por el que tomó conocimiento del acto de disposición. En cuanto a los derechos sobre el inmueble sede de la vivienda familiar, que requiere inscripción en el Registro de la Propiedad, debe tenerse presente que los mismos son oponibles frente a terceros desde su toma razón en el mismo (art. 1893 del Proyecto¹¹), y, si se le suma la publicidad posesoria por haberse hecho a su favor tradición sin oposición alguna, será el actor (cónyuge) quien deba probar la falta de efectivo conocimiento o la justa causa que le impidió tomar conocimiento, invirtiendo la carga de la prueba.

Si bien se establece un plazo breve de seis meses, se deja cierta indeterminación para el inicio de su cómputo y el adquirente debe extremar la diligencia para determinar la situación negativa de no constituir allí la sede del hogar, aun cuando el transmitente declare bajo juramento que no es la sede de la vivienda familiar por estar ante una situación de hecho.

Como señalamos, al tercer adquirente lo alcanza la norma del artículo 392 del Proyecto, con el consecuente deber de restitución de la cosa y su acción de repetición contra el transmitente, diferenciándose del subadquirente a título oneroso y de buena fe, a quien la nulidad no le será oponible por esta norma, similar al actual artículo 1051 del Código Civil –ya analizada–.

11. Art. 1893:
“*Inoponibilidad.*
La adquisición o transmisión de derecho reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso”.

5.2.1. *La caducidad de la acción de nulidad y la limitación del asentimiento al tiempo de la existencia del matrimonio*

La norma da certeza y establece la caducidad de esta acción en seis meses como límite último desde la extinción del matrimonio. De este modo, además, demuestra la limitación del asentimiento a los actos celebrados durante la vigencia del matrimonio y no a los posteriores al mismo, ratificando la posición doctrinaria actual que entiende que no subsiste su exigencia después de disuelta la sociedad conyugal.

La acción tiene un plazo de caducidad con límite último en los seis meses posteriores a la extinción del vínculo matrimonial, demostrando que no existe derecho que la funde con posterioridad a tal acto o hecho jurídico al no subsistir la vivienda familiar.¹²

5.3. *Confirmación del acto*

En materia de nulidades, la reforma define la calificación en nulidades absolutas como aquellas que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres, y, como relativas, las que se imponen sólo en protección del interés de ciertas personas (art. 386 del Proyecto).

La exigencia del asentimiento en interés familiar, si bien se encuentra entre las normas que no pueden ser derogadas o dispensadas en una convención matrimonial, no implica de por sí una institución de orden público absoluto, sino que se confiere en protección de la vivienda familiar –como claramente se titula el artículo 522 del Proyecto en materia de uniones convivenciales–, haciendo patente que se está ante una normativa tuitiva de un cierto grupo de personas y, por ende, dentro de una nulidad relativa. El artículo 388 del Proyecto confirma este criterio: la nulidad relativa sólo puede ser declarada a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece –el artículo 456 confiere la legitimación activa a quien no prestó el asentimiento¹³–, pero no cabe su declaración de oficio por el juez, el Ministerio Pupilar o cualquier interesado.

Estando ante un supuesto de nulidad relativa, es viable la confirmación del acto que requerirá la expresión del asentimiento por el cónyuge que no lo hubiera prestado oportu-

12. La caducidad se computa desde la fecha de las causales de disolución del matrimonio previstas en el art. 435 proyectado (y no las de mero cese de la comunidad sin disolución matrimonial) o la fecha de anulación del matrimonio, en los supuestos de cónyuges de buena fe (arts. 428, 429 y cc. del Proyecto).

13. “La omisión del asentimiento conyugal en los casos en que es requerido (del art 1277) solo legitima a petitioner la nulidad o anulación en su caso, al cónyuge cuya conformidad fue omitida, o los hijos menores o incapaces para cuya protección se impuso el requisito” (CNCiv., Sala G, 26/12/1985, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, tomo 1986-B, p. 337).

namente, dado que la confirmación puede ser expresa o tácita (art. 393 del Proyecto) bajo la forma de escritura pública, por ser la exigida para la transmisión de derechos reales del inmuebles en que estuvo constituida la vivienda familiar (acto que sanea) conforme al artículo 394 del Proyecto; o si se admite la autorización judicial posterior (art. 458 del Proyecto). De conformidad con el artículo 395 del Proyecto, de ser otorgado en acto entre vivos, tendrá efecto retroactivo a la fecha de celebración del acto, que, de tratarse –como se viene analizando– de la transmisión de la vivienda, será la de la escritura traslativa de dominio.

La confirmación por un acto de última voluntad, prestando en un acto testamentario el asentimiento, si bien operará en los hechos a partir de la muerte del causante, una vez acaecido el fallecimiento confirmará tácitamente el acto traslativo, consolidando el derecho real transmitido desde la fecha del acto causal de la adquisición.

Notas extendidas

1. LLOVERAS, Nora B. y SALOMÓN, Marcelo J., “Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, n° 51, p. 2.

2. En este sentido, en los fundamentos del anteproyecto elaborados por la Comisión para esta reforma se dice expresamente que “la reforma constitucional de 1994 implicó la aceptación de diversas formas de familia, fenómeno reconocido por varias leyes especiales y en la jurisprudencia, que han otorgado algunos efectos jurídicos a las relaciones afectivas que cumplen determinados requisitos (estabilidad, permanencia, singularidad y publicidad) [...] En la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse o no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto mínimo por valores de solidaridad consustanciales a la vida familiar), el anteproyecto reconoce efecto jurídicos a la relación de pareja, pero de modo limitado”.