

Asentimiento conyugal y convivencial en el nuevo Código Civil y Comercial

Marta E. Fazio de Bello¹

Resumen

El artículo se refiere al asentimiento conyugal y convivencial en el nuevo Código Civil y Comercial. A los efectos de analizar este tema, se hacen comparaciones con las normas del código anterior, marcando las diferencias de la nueva concepción tuitiva de la vivienda en general y de la vivienda como sede del hogar conyugal y convivencial en especial. Se destaca la existencia de dos regímenes de protección, uno general, voluntario y con inscripción registral, sin relación con vínculos familiares, y otro legal, relacionado con el hogar familiar, sin inscripción registral, aplicable en el sistema patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales inscriptas. En el recorrido de este estudio se van analizando las normas sobre asentimiento conyugal y convivencial y los efectos de la falta de ese requisito, que el nuevo código lo dispone como un acto nulo; por lo cual, también se hace referencia a las nuevas normas sobre ineficacia de los actos jurídicos, relacionando los actos nulos, inoponibles y actos indirectos; destacamos que el nuevo código elimina los actos anulables y clasifica a los nulos, como de nulidad absoluta y relativa. Ubicamos a los actos jurídicos de disposición de cosas inmuebles y muebles registrables, realizados sin el asentimiento, como nulos de nulidad relativa, porque afectan intereses privados. Consecuentemente, son susceptibles de convalidación.

¹Abogada. Dra. En Derecho y Ciencias Sociales de la Fac. de Derecho de la UBA. Dra. En Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina. Profesora de la Fac. de Derecho de la UBA, con la jerarquía de profesora. Consulta. Cursos de posgrado y doctorado. Profesora titular de Derechos Reales de la Universidad de Flores. Profesora titular de Derechos Reales y Civil I, de la Universidad Atlántida Argentina. Ex profesora de las Universidades de Belgrano, Morón, Nacional de Lomas de Zamora, Kennedy y Nacional de Ciencias Económicas de la UBA. Arbitro en derecho civil del colegio de abogados de la Capital Federal. Investigación para la Universidad Kennedy “los tiempos compartidos.” Varios libros y artículos de doctrina y comentarios de jurisprudencia, publicados.

Palabras clave: derechos reales, asentimiento conyugal, familia, Código Civil y Comercial

Spousal and common law spousal consent in the new Civil and Commercial Code

The article deals with spousal and common law spousal consent in the new Argentine Civil and Commercial Code. The article compares the new and the previous sections of the Code. The new Code includes a new concept of home in general and matrimonial home in particular. It highlights the existence of two protection regimes, one general, which is voluntary and subject to registration, totally unrelated to family ties. The other regime is normative, related to the family home. It is not subject to registration; and it applies in the patrimonial system of marriage and registered common law unions. The article also deals with the analysis of the rules governing spousal and common law spousal consent and the effects of the lack of consent, which the new Code considers as null and void. Reference is also made to the new rules on ineffectiveness of legal acts. The new code eliminates voidable acts and classifies nulled acts as absolute and relative. Thus, the sale of real estate and others goods, made without consent, are relatively null, because they affect private interests. Consequently, they are susceptible of validation.

Keywords: real estate law, spousal consent, family, Civil and Commercial Code

I. Asentimiento conyugal. Análisis del art. 1277 del Código velezano como antecedente

El nuevo CCyC regula el asentimiento conyugal y convivencial, procurando solucionar las dudas y contradicciones que se producían al respecto, en el art. 1277 del anterior.

De inicio, observamos que en tanto el art. 1277 habla de consentimiento conyugal. En el vigente se hace referencia al asentimiento, que implica autorización o conformidad, mientras el consentimiento significa participar del acto jurídico, ingresar en el mismo.

Ya la doctrina y la jurisprudencia habían realizado esa interpretación, dada la distinta significación conceptual de estas palabras.

Es decir que a pesar de que el art. 1277 (reforma de la ley 17.711), decía consentimiento, la doctrina y la jurisprudencia en su mayoría, lo consideraba como asentimiento.

Aunque el art. 1277 establecía que para disponer de bienes conyugales, cuando se trataba de inmuebles o muebles registrables, se requería el consentimiento de ambos cónyuges, la interpretación generalizada era que se trataba del asentimiento del cónyuge que no había participado.

También se requería el asentimiento, aún en el caso de bienes propios de uno de los cónyuges, cuando se trataba del hogar conyugal, habiendo hijos menores o incapaces.

No estaba legislada la situación de uniones convivenciales, las que ahora se incluyeron en el nuevo código. Analizaremos luego el art. 522 del Código Civil y Comercial.

Mucho se discutió acerca de los efectos que generaba, la falta de asentimiento, dado que no se había establecido sanción al respecto; de tal manera, la doctrina, sostenía por un lado que se trataba de actos nulos o anulables, y por otro, que únicamente eran inoponibles al interesado.

Asimismo se discutía acerca de si esta obligación debía ser calificada por el Registro de la Propiedad Inmueble en el momento de inscripción de un título, cuestión que hace muchos años resolvió la jurisprudencia en sentido positivo, por lo que el Registro puede negar la inscripción cuando falta el asentimiento conyugal, y ahora también el convivencial (“Caso plenario Feidman Mauricio”, de la Justicia Nacional de la Capital Federal, del 27-7-77).

II. La transmisión de los derechos en el nuevo Código

El nuevo Código trata el tema de la transmisión de los derechos, en los arts. 398 a 400, que queremos referenciar como introducción al tema en estudio:

Art 398: “Todos los derechos son transmisible excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de una prohibición legal o que importe transgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres”.

En el art. 399 ubicamos el célebre principio del *nemo plus iuris*, por el cual nadie puede transmitir más derechos que los que tiene.

Recordamos el artículo 3270 del código de Vélez, donde con la mayor claridad adoptaba un principio clásico del derecho romano, en defensa de la seguridad de los derechos de las personas y sus actos jurídicos. La norma es ahora más sintética, pero establece claramente que:

Art. 399: *“Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas”*.

Dejando aclaradas como premisas los principios básicos de la transmisión de los derechos en el nuevo Código, nos vamos a introducir en el régimen patrimonial del matrimonio.

III. Régimen patrimonial del matrimonio:

Es en el régimen patrimonial del matrimonio donde ubicamos las disposiciones comunes a todos los regímenes, tomando en cuenta el esquema de interpretación transversal del nuevo Código, que nos obliga a la búsqueda del articulado complementario:

a) Naturaleza de las normas sobre el régimen patrimonial del matrimonio

Según lo que dispone el art. 454, las normas sobre régimen patrimonial del matrimonio son inderogables. Es decir, que no son renunciables, por cuanto se componen de normas imperativas, encontrándose comprometido el orden público.

Recordemos que en los derechos personales, obligaciones y contratos, la autonomía de la voluntad se impone a través de normas “supletorias”, que pueden ser dejadas de lado por las partes interesadas, mientras el derecho de familia, las sucesiones y los derechos reales, son de “estructura legal”, compuesta en su mayoría por normas de orden público.

b) El deber de contribución

En principio, el art. 455 establece un deber de contribución:

Art 455: “Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar, y el de los hijos comunes en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que convivan con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es considerado como contribución a las cargas”.

c) Actos que requieren asentimiento: el art. 456 del CCCN

Al respecto, el nuevo Código se manifiesta fuertemente en defensa del hogar conyugal no sólo porque requiere el asentimiento, sino porque también establece una inejecutabilidad por deudas sobre el hogar conyugal contraídas por los cónyuges después del matrimonio. Aquí se incluyen también los muebles necesarios, salvo que fueran asumidas por ambos conjuntamente, o por uno, con el asentimiento del otro; ello en el art. 456.

Luego lo mismo hace en el art. 522 con las uniones convivenciales inscriptas, constituyéndose junto con el 456, en una normativa tutelar avanzada, de la que aún no se ha tomado, a mi parecer, un debido conocimiento de su trascendencia y efectos, especialmente respecto de terceros.

Art. 456: “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 nulidad del acto, o la restitución de los muebles, 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”.

Esta norma ha sido calificada por una parte de la doctrina actual como verdaderamente “radical” y podemos remontar su fuente a algunas legislaciones provinciales, que declaraban inejecutable la vivienda familiar. Esto sucede sin el requisito de inscripción registral como bien de familia, expresión que hoy podemos sustituir por la de protección de la vivienda y que está regulada en el nuevo Código Civil y Comercial en los arts. 244 a 256, dando paso a una legislación mucho más amplia que el llamado bien de familia, ya que no requiere tener familia para proteger la vivienda.

d) Dos sistemas paralelos

Queremos destacar que la protección de la vivienda, en general, no requiere hoy en día de ningún tipo de vínculos parentales para poder ser sometida al régimen de protección, concretándose con la inscripción en el sistema en el Registro de la Propiedad Inmueble.

El sistema que, como hemos dicho, sustituye a la ley 14.394, hoy derogada por el nuevo Código Civil y Comercial, se encuentra legislado en los artículos 244 a 256 del Código vigente.

Es un sistema voluntario, al que pueden optar los propietarios de una vivienda, para que quede protegida de ejecuciones por deudas contraídas posteriormente a la afectación, dejando a salvo ciertas deudas como la de alimentos, expensas, impuestos, gastos de construcción y mejoras.

Este régimen de protección se aplica tanto a personas que tengan familia como a las que están solas y, para ser oponible a terceros, debe estar inscripta en el Registro Inmobiliario.

Es distinto y paralelo al establecido por el art. 456 que pasamos a analizar, relativo al sistema conyugal, con el correlativo art. 522, para las uniones convivenciales inscriptas, que es de orden legal, no voluntario, no requiere inscripción registral y protege inmuebles y muebles del hogar familiar, aunque fuera sólo de la unión de la pareja, centro nuclear de la familia, tenga o no hijos.

Reiteramos que se trata de dos sistemas distintos, que operan en el mismo código: uno voluntario, que requiere inscripción, no siendo necesario que constituya el hogar familiar, y otro imperativo, impuesto por la ley y que no necesita inscripción registral para ser opuesto a terceros.

Sin duda, estas normas constituyen una innovación en la legislación tuitiva aplicable al hogar familiar.

e) Significativas diferencias con el sistema del Código anterior

Si comparamos al art. 456 del nuevo Código con el 1277 del anterior, observamos sensibles diferencias.

El 1277 comprende en un primer párrafo a los bienes gananciales y se refiere a la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges, cuando se trata de disponer o gravar los inmuebles, muebles registrables, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas.

En lo que se refiere a los bienes gananciales, la administración y disposición correspondían a quién los había aportado, pero este artículo 1277, a nuestro criterio, establecía para el acto de disposición, una excepción respecto de los bienes registrables a los que hace referencia.

Respecto al segundo párrafo del art. 1277, se refiere a la situación de un bien propio de alguno de los cónyuges, en el que estaba radicado el hogar conyugal, ***si hubiera hijos menores o incapaces***.

En este caso, también exige el consentimiento de ambos. El art. 1277 extiende la necesidad del consentimiento de ambos, aún después de disuelta la sociedad conyugal, trátase de bienes propios o gananciales.

Destacamos el avance que significó esta disposición del art. 1277, introducida por la ley 17.711 en 1968, frente a la tutela de los derechos de ambos cónyuges, especialmente de la mujer.

No nos olvidemos que en el Código Civil de Vélez, por la época en que se sancionó, la mujer casada se convertía en una persona relativamente incapaz y existía un mandato tácito hacia el marido, que podía administrar y disponer de los gananciales, sin la aprobación de la mujer.

Asimismo, también representa un avance en la protección del hogar conyugal, aunque fuera en un inmueble propio de uno de ellos, pero con la condición de que hubiera hijos menores o incapaces.

No se establece ningún tipo de inejecutabilidad respecto de terceros, salvo que el bien hubiera estado afectado al llamado bien de familia, inscripto en el Registro de la

Propiedad Inmueble. La seguridad dinámica (de la circulación de los bienes) es también un aspecto que merece el resguardo de una suficiente publicidad.

Pasamos a continuación, a la consideración del art. 456, del nuevo Código:

Si analizamos el artículo 456 del CCyC, vamos a encontrar visibles diferencias con los supuestos normativos del art. 1277.

El primer párrafo establece que 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.

No distingue entre bienes de la comunidad conyugal y bienes propios. La única condición es que se trate de la vivienda familiar.

No pone ningún condicionamiento como, por ejemplo, que haya menores o incapaces.

Incluye las cosas muebles, indispensables.

f) Se establece la nulidad del acto, que carezca del asentimiento conyugal

El segundo párrafo se refiere al efecto del acto que no tenga el asentimiento, dando derecho a demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles.

Recordemos nuevamente que el código anterior no establecía el efecto de la falta del asentimiento, lo que daba lugar a una doctrina que lo consideraba nulo, anulable u inoponible.

Se establece un plazo de caducidad para demandar la nulidad o la restitución, de seis meses de haberla conocido, que no se puede extender a más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

El plazo es corto, pero estamos de acuerdo con su brevedad, en resguardo de la seguridad jurídica.

En un tercer párrafo, nos encontramos con una disposición realmente innovadora sobre la inejecutabilidad del hogar conyugal por deudas, sin que ello signifique que se requiera una inscripción registral afectadora que diera publicidad a la situación frente a los terceros.

Se trata de una situación distinta a la dada por el mismo código frente a la protección de la vivienda, y que se establece en el libro 1º, arts. 244 a 256, que requiere inscripción registral.

Derogada la antigua ley 14394, que incluía el instituto del bien de familia, el nuevo Código asume la regulación de la protección de la vivienda, dando ese derecho a todos aunque no tengan vínculos familiares.

Esta protección debe realizarse a través de una afectación, que se formaliza ante el Registro de la Propiedad Inmueble para su oponibilidad frente a terceros. Registralmente, se trata de una inscripción declarativa, que sigue el sistema común de la Ley Nacional de Registros, 17.801 y no constitutiva, como opinaban frente a las disposiciones de la derogada ley 14.394.

Reiteramos que ese es un sistema distinto y paralelo al que sostiene en el régimen patrimonial del patrimonio, en el que formula una protección especial, sobre el hogar conyugal que estamos analizando, y que se manifiesta en el art. 456.

g) Inejecutabilidad

El párrafo que señalamos, del art. 456, expresa textualmente lo siguiente:

“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 consentimiento del otro”.

Todos recordamos que la constitución de la provincia de Córdoba había establecido una disposición más o menos análoga, que fue muy discutida y, finalmente, declarada contraria a la Constitución Nacional. Esto sucedía porque la misma hacía referencia a una ley, que finalmente fue la 14.394 (hoy derogada), que regulaba la constitución de un bien de familia, pero con la condición de su inscripción registral, para ser oponible a terceros, dado que todas las deudas posteriores a su constitución quedaban resguardadas de embargos y ejecuciones.

Podemos destacar también que en el sistema general de la protección de la vivienda, ésta queda inenajenable e indivisible, pero siendo un régimen voluntario, el titular podría levantar la afectación; en el caso de que tenga cónyuge necesita su autorización.

El sistema de protección de la vivienda, sin que se la relacione con la existencia o no de una familia, está regulada por el nuevo Código Civil de una manera mucho más amplia y comprensiva de todos los casos de personas que no tengan vínculos familiares, pero que poseen un derecho de orden constitucional e internacional, a la protección de

su derecho humano a la vivienda, lo que requiere inscripción registral para su oponibilidad a terceros.

Como es notorio, este sistema es independiente de lo dispuesto para la protección de la vivienda familiar, que es inejecutable por deudas contraídas por los cónyuges o los convivientes en forma individual, y sin asentimiento del otro. Esta inejecutabilidad surge de la ley y no requiere inscripción en los registros, que se origina como una normativa tuitiva en los arts. 456 para el matrimonio y 522 para las uniones convivenciales.

Frente a este artículo 456, hay algunos autores que consideran la inejecutabilidad excesiva, mientras otros quieren extender la protección no sólo al régimen de la comunidad o al de los bienes propios de los cónyuges, sino también en el caso de que fuera un inmueble alquilado o dado en comodato, por ejemplo.

Desde luego que si se tratara de un bien inmueble de un tercero, sería imposible embargar y ejecutar; pero quedarían las cosas muebles indispensables para la vivienda familiar, que a nuestro entender son inembargables e inejecutables por su inclusión en el art. 456 y que también tienen un amparo en los Códigos Procesales.

h) Requisitos del asentimiento

El art. 457 establece los requisitos del asentimiento:

“En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge, para el otorgamiento del acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”.

Es interesante esta norma, dado que no se trata de una simple autorización, sino que se introduce en el interior del acto jurídico en sí mismo y en sus elementos constitutivos.

El asentimiento puede sustituirse por autorización judicial como lo dispone el art. 458:

“Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o su negativa no está justificada en el interés de la familia.

El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo”.

i) Apoderamiento entre cónyuges

El artículo 459 regula un apoderamiento entre cónyuges:

“Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo, el asentimiento en los casos en que se aplica el art. 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidas”.

El art. 460 regula el caso de ausencias e impedimento de alguno de los cónyuges.

“Si uno de los cónyuges está ausente o impedido transitoriamente de expresar su voluntad el otro puede ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en el ejercicio de las facultades resultantes del régimen matrimonial, en la extensión fijada por el juez.

A falta de mandato expreso o de autorización judicial, a los actos otorgados por uno en representación del otro se le aplican las normas del mandato tácito o de la gestión de negocios, según el caso”.

Si analizamos el art. 460, encontramos dos situaciones diferentes:

La primera parte del art. 460 se mueve dentro de una autorización judicial, por lo que no cabe objeción.

La segunda parte del 460 es, a nuestro parecer, observable, ya que se trataría de casos en que uno de los cónyuges asume un mandato tácito, situación que fue muy perjudicial especialmente para la mujer, aunque puede afectar a cualquiera de los cónyuges.

A nuestro entender, estos actos deberían ser nulos hasta tanto el cónyuge que no participó ratifique el acto, salvo tal vez en actos de administración y nunca en actos de disposición.

Es una norma que se opone al propósito principal de la ley, que es la preservación de los derechos de los cónyuges en una relación de igualdad.

Consideramos que no se trata de una situación patrimonial común, sino de normas tutelares de las relaciones familiares, cuya participación personal sólo puede suplirse por autorización judicial y no de una gestión de negocios.

j) Responsabilidad solidaria

El art. 461 se refiere a la responsabilidad solidaria de los cónyuges.

“Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos, para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 455.

Fuera de estos casos y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro”.

k) Administración y disposición

Conforme con el art. 462, la administración y disposición de cosas muebles no registrables corresponde individualmente al cónyuge que ejerce la tenencia. Veamos el texto de este artículo:

“Los actos de administración y disposición a título oneroso de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, celebrados por éste con un tercero de buena fe son válidas excepto que se trata de muebles indispensables del hogar, o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o en el ejercicio de su trabajo o profesión.

En tales casos, el otro cónyuge puede demandar la nulidad dentro del plazo de caducidad de seis meses de haber conocido el acto y no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial”.

Estimamos que resulta difícil discernir entre muebles necesarios para el hogar y los que son de uso personal de los cónyuges, sobre todo porque el avance de la

tecnología y de las necesidades del modo de vida de este siglo ha traído un sinnúmero de modos y formas más avanzadas, por ejemplo en el uso de electrodomésticos y aparatos electrónicos.

Cuando antes se consideraban indispensables sólo los muebles de dormitorios y comedor, que se establecían como inembargables por deudas, hoy se ha ampliado a los aparatos como heladeras, lavarropas, aires acondicionados, freezer, microondas, aspiradoras, computadoras, impresoras, celulares y una enorme constelación de elementos de confort del hogar, que son considerados necesarios para vivir en este siglo.

Nos hemos referido a la situación patrimonial en el sistema matrimonial, y a continuación pasamos a analizar el sistema patrimonial de las situaciones de convivencia, cuya consideración aparece en el nuevo Código, regulada por primera vez en el país.

IV. Relaciones patrimoniales de las uniones convivenciales durante la convivencia

a) El pacto de convivencia:

El art. 518, respecto de las relaciones patrimoniales, establece lo siguiente:

“Las relaciones patrimoniales, entre los integrantes de la unión, se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. A falta de pacto cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este título para protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentran en ella”.

El art. 519 establece la obligación de asistencia mutua, y el 520, la de contribución de gastos del hogar (id. Art. 455).

b) Asentimiento convivencial

Es el art. 522, el que establece la protección de la vivienda familiar, en las uniones convivenciales inscriptas (la inscripción se realiza en el Registro Civil, lo mismo que el matrimonio y las uniones civiles).

Art. 522: Protección de la vivienda familiar:

“Si la unión convivencial ha sido inscripta ninguno de los convivientes 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 la vivienda.

El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar, no resulta comprometido.

Si no media esa autorización el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto, dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido y siempre que continuase la convivencia”.

c) Inejecutabilidad de la vivienda familiar en la unión convivencial inscripta

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes, o por uno de ellos con asentimiento del otro.

Tenemos aquí, al igual que en el art. 456, una inejecutabilidad en beneficio del hogar familiar, que surge directamente de la ley en el caso de los artículos 456 y 522, sin requerir que haya inscripción en el Registro de la Propiedad, constituyéndose en un régimen distinto al de la protección general de la vivienda, que requiere inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y que convive paralelamente en el CCCN.

Seguramente, en la interpretación y aplicación de estas normas, la doctrina y la jurisprudencia, lo harán tomando en cuenta la seguridad de los terceros contratantes, quienes tienen que conocer con certeza el estado matrimonial o convivencial o de unión civil de las personas con quienes formalizan algún acto jurídico.

d) Dificultades del sistema frente a terceros. Casos de cesación de la convivencia

A esta altura, todos nos damos cuenta de las dificultades del sistema, porque no resultará nada fácil averiguar el estado de las personas, especialmente en las uniones convivenciales, aunque estén inscriptas.

¿Cómo se puede comprobar si el estado de convivencia ha cesado?

Veamos al respecto el art. 523, que establece los supuestos puntuales del cese de una convivencia:

“a) Por muerte de uno de los convivientes.

b) Por sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes.

c) Por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros.

d) Por el matrimonio de los convivientes.

e) Por mutuo acuerdo.

f) Por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro.

g) Por el cese de la convivencia mantenida.

La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares siempre que permanezca la voluntad de vida en común”.

Sólo de la lectura de los distintos estadios por los que puede pasar una unión convivencial, y los supuestos de cese de la misma, se infiere la imposibilidad de que los terceros tengan un conocimiento fehaciente de la situación personal del sujeto con quién van a establecer algún tipo de relación jurídica.

Por ejemplo, ¿cómo se conoce cuándo hay una nueva unión convivencial, cuándo cesó por mutuo acuerdo o por voluntad unilateral o cuándo hay una mera interrupción, como expresa el último párrafo del art. 523?

e) Atribución de la vivienda sede de la unión convivencial, en caso de cese de la misma o fallecimiento de alguno de los convivientes

El art. 526 respecto de la atribución de la vivienda familiar, en casos de cese de la convivencia, dispone lo siguiente:

“El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:

a) Si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad.

b) Si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

c) El juez debe aplicar el plazo de atribución, el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el art. 522.

A petición de parte interesada, el juez puede establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quién no atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado en el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes, no sea partido ni liquidado.

La decisión produce efectos contra terceros, a partir de la inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose él obligado al pago, y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el art. 445”.

Si bien la tutela de las uniones convivenciales merece una consideración especial en la legislación, reiteramos nuestra preocupación por la seguridad de terceros contratantes, además de no quedar claro el tema de la naturaleza de los bienes, ya sean en condominio o privativos de alguno de los cónyuges.

Por otra parte, hay que ver que los acuerdos convivenciales pueden tener aspectos especiales que complican la transmisión de los bienes.

Un tema importante es la dificultad de los terceros para conocer con certeza cuál es la situación del estado de las personas con las que celebra un contrato.

Por ejemplo, el caso del conviviente que no ha participado de un contrato de locación, al reconocerle que él tiene derecho en caso de cese de la convivencia a continuar con el contrato hasta su terminación, resulta una injerencia en los sujetos de

una relación jurídica particular, por la cual al locador se le impone otra persona en carácter de locataria.

Recordemos que tanto la unión civil como las uniones convivenciales no dan derechos sucesorios, que es en realidad la única diferencia que va quedando, con la situación clásica matrimonial.

Al respecto, frente al fallecimiento de uno de los convivientes, se les atribuye el derecho real de habitación gratuito, aunque se limita a dos años sobre el hogar familiar. Veamos la norma del art. 527:

“El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por el plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontrara en condominio con otra persona.

Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta”.

El nuevo Código reconoce al cónyuge supérstite el derecho real de habitación gratuito y vitalicio en dos artículos, el 2332 y el 2383. Veamos los términos del art. 2383, al respecto:

“El cónyuge supérstite tiene derecho de habitación vitalicio y gratuito, de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.
Este derecho es inoponible a los acreedores del causante”.

La importante distinción en este caso, entre el cónyuge y el conviviente, es que el primero es heredero forzoso del causante y el conviviente, no. Por eso formulamos esta acotación más arriba.

De modo que el cónyuge, heredando con otros forzosos, como por ejemplo, los padres del causante que no tiene hijos, o con hijos sean de ambos cónyuges o no, él puede imponer una suspensión del derecho de los demás a pedir la partición de ese bien

mientras dure su derecho real de habitación, que es de origen legal y que es exclusivo y excluyente.

En nuestra opinión, estas normas tutelares son adecuadas a la protección de los supérstites contra la acción aún de sus propios hijos, cuando exigen que les den su parte sobre el hogar conyugal de los padres, en un momento en que las personas ya son mayores y no pueden hacer frente a la adquisición de una vivienda digna con lo que les corresponde en la división.

Como hemos visto, el nuevo Código Civil y Comercial sanciona los actos realizados sin el asentimiento, en los casos que corresponde, con nulidad, al efecto de superar la situación existente de incertidumbre, acerca del efecto los actos que omitieran tal asentimiento, existiendo una doctrina dividida, que los consideraba como nulos o bien anulables o simplemente inoponibles.

V. Ineficacia de los actos jurídicos: Nulidad; Inoponibilidad; Actos indirectos

Si observamos el modo en que el CCyC trata lo que llama ineficacia de los actos jurídicos, advertimos que elimina la categoría de actos anulables, lo que nos parece muy acertado, porque se superponía la nulidad con la anulabilidad y resultaba un tema difícil de interpretar.

Se refiere a los actos “ineficaces”, colocando entre ellos a los actos nulos y los inoponibles. Aparece también, un tipo de acto, al que denomina “indirecto”.

A los fines de introducir por su importancia en lo que estamos tratando, el nuevo modo de legislar lo del Código vigente, veremos algunos de los artículos aplicables:

Art. 382: “Los actos jurídicos pueden ser ineficaces, en razón de su nulidad o por su inoponibilidad respecto de determinadas personas”.

a) Articulación y conversión

Art. 583: Articulación: “La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse”.

Art. 384: Conversión: “El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido, cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin

práctico perseguido por las partes, permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad”.

b) El acto indirecto

El art. 385 prevé lo que llama el “acto indirecto”.

Art. 385: “Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero”.

c) Nulidad absoluta y relativa

El CCyC, prevé los actos nulos, de nulidad absoluta y relativa.

Art. 386, criterio de la distinción:

Art. 386: “Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral y buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas”.

El art. 387 señala las consecuencias de la nulidad absoluta:

Art. 387: La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aún sin petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el ministerio público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse ni por la confirmación del acto, ni por la prescripción”.

El art. 388 se refiere a las consecuencias de la nulidad relativa:

Art. 388: “La nulidad relativa sólo puede reclamarse a instancias de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante.

Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo”.

d) Nulidad total y parcial

La nulidad puede ser total o parcial. Lo dispone el art. 389:

Art. 389: Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones.

La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables, porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total.

El art. 389 termina con un párrafo al que se lo denomina integración, que resalta la intervención del juez en la nulidad parcial. Veamos dicho párrafo:

“En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente pueden considerarse perseguidos por las partes”.

Si bien estamos de acuerdo con que hay que privilegiar el principio de validez de los actos jurídicos, parece un exceso, en el *imperium* de los jueces, sustituirse a las partes contratantes, porque en este caso no hay falta de ley para su aplicación, sino por lo general un error o ignorancia de derecho.

La nulidad parcial se ha aplicado, por ejemplo, a las cláusulas de actualización o moneda extranjera en los préstamos hipotecarios. La cláusula era nula, aunque la hipoteca se consideraba válida.

e) Efectos de la nulidad

Restitución:

El art. 390, establece los efectos:

“La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a

las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe”.

VI. Los terceros subadquirentes de buena fe y título oneroso

Nos referimos a continuación a uno de los temas más significativos en la seguridad de la circulación de los bienes, que es la situación de los terceros subadquirentes de buena fe y título oneroso frente a la transmisión de derechos reales y personales, a través de un acto que se declara nulo y su relación con la seguridad dinámica.

El principio de la defensa de la seguridad dinámica respecto de los terceros subadquirentes de buena fe y título oneroso, se había introducido en el Código de Vélez a través del art. 1051 con la reforma de 1968, y nos preguntamos si el nuevo código mantiene ese principio.

Efectivamente, lo encontramos, con algunas variaciones, en el art. 392 del nuevo Código. Leemos el artículo:

Art. 392: “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 de un 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”.

En el último párrafo se descartan los casos que llamamos a *non domino*, para los cuáles se requeriría la prescripción breve de diez años con justo título y buena fe, que admite esta situación.

El artículo 392 relaciona claramente estos actos con su aplicación sobre inmuebles y muebles registrables.

Ello nos lleva al principio de buena fe, que suministra la inscripción registral y los estudios de los títulos, y nos enfrenta con los llamados actos aparentes, que no están tratados en la ineficacia de los actos jurídicos del nuevo Código, que sólo contempla, como hemos visto, los actos nulos, los inoponibles y los indirectos.

El nuevo Código trata la confirmación en los artículos 393 a 395 y se refiere a sus requisitos, su clasificación en expresa y tácita, en su forma y su efecto retroactivo.

VII. Inoponibilidad

El nuevo Código trata los actos inoponibles en cuanto a sus efectos y oportunidad para invocarlo en los arts. 396 y 397:

Art. 396: “Efectos del acto inoponible frente a terceros: La inoponibilidad no tiene efectos respecto de terceros”.

Art. 397: “Oportunidad para invocarla. La inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad”.

Recordemos el art. 385, que regula los actos indirectos, que son realizados para tener efectos que corresponden a otro acto. Son válidos siempre que no se realicen para violar la ley o los intereses de terceros.

A nuestro juicio, estos actos indirectos son los que llamamos actos simulados lícitos.

VIII. Síntesis

En síntesis, nuestro comentario pretende resaltar la defensa de la protección de la vivienda en el nuevo Código, en el que encontramos dos sistemas paralelos:

Un plexo normativo, de protección de la vivienda en general como un derecho de jerarquía constitucional, en los artículos 244 a 256, que sustituye a la ley 14.394, derogada en relación con el llamado bien de familia. La nueva legislación no relaciona la vivienda con la familia, sino que es un derecho individual. Organiza un sistema de protección voluntario que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Otro sistema normativo paralelo, formado por los arts. 456, 522 y concordantes, que establece un sistema de protección del hogar familiar, tanto conyugal como convivencial, de origen legal, sin inscripción registral. Éste exige el asentimiento conyugal o convivencial para todo acto de disposición del hogar (el inmueble y los muebles indispensables) siendo nulos los actos realizados sin ese asentimiento y que declara inejecutable al inmueble sede del hogar, y sus muebles indispensables, por deudas contraídas por uno de los cónyuges sin la participación del otro, normativa tuitiva, totalmente innovadora introducida por el nuevo Código.

El CCCN, en materia de nulidades, modifica, a nuestro juicio, en forma favorable el sistema anterior, eliminando la categoría de actos anulables simplificando y clarificando todo el sistema de ineficacia de los actos jurídicos.

Los actos nulos, como vimos, pueden serlo de nulidad absoluta o relativa, según sea el interés vulnerado: si es el interés público, es absoluta, y si se trata del interés privado, es relativa. Esta última sólo puede ser opuesta por el interesado y es convalidable.

Consideramos que una transmisión de bienes realizada sin el asentimiento del otro miembro de la pareja es un acto nulo de nulidad relativa, por afectar intereses individuales y puede ser convalidado.

Bibliografía general consultada:

Alterini, Jorge H. (2016), *Código Civil y Comercial comentado, Tomo III*, Bs. As., Edit. La Ley.

Fazio de Bello, Marta E. (2016), *El juicio de escrituración*, Bs. As., Ediciones La Rocca.

Fazio de Bello, Marta E. y Martinez, Nory B. (2013), “Protección de la vivienda en el Proyecto de Código”. En *Revista La Ley*, 23 de enero de 2013.

Fazio de Bello, Marta E. (2013), “Protección de la vivienda. El derecho de habitación del cónyuge y del conviviente. Las cláusulas de indivisión. El Proyecto de unificación”. En *Revista Jurisprudencia Argentina*, 7/2013-II.

Fazio de Bello, Marta E. (2016), “Desde una nueva perspectiva”. En *Revista Abeledo Perrot*, “*Derecho de familia*”, 2016-III.

Fazio de Bello, Marta E. y Martinez, Nory Beatriz (2009), *Bien de Familia*, Bs. As., Editorial La Ley.

Kiper, Claudio (2016), *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Tomos I y II*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores.

Lorenzetti, Ricardo L. (2014), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo III*, Bs. As., Editorial La Ley.

Rivera Medina J. y Medina G. (2014), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo III*, Bs. As., Editorial La Ley.