

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ASENTIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DEL PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD MATRIMONIAL

TEMA II

El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994). Distintos sistemas. Las convenciones prematrimoniales. La modificación del régimen patrimonial. Instancias y términos. Régimen de disposición de bienes. La contratación entre cónyuges. El asentimiento a partir de las regulaciones de los artículos 456, 457, 470.

Coordinadora nacional: Ilda Graciela Sian

Autores:

CURSACK, Eduardo Marcos

Teléfono 03496-420004

E-mail: emc@estudiocursack.com.ar

DALLAGLIO, Juan Carlos

Teléfono 0342-4526155

E-mail: jcdallaglio@gmail.com

DEL ZOPPO, César Luis

Teléfono 03492-423565

E-mail: cesardelzoppo@gmail.com

GATTI, Liliana Inés

Teléfono 0342-4526859

E-mail: lilianainesgatti@gmail.com

REY, María Laura

Teléfono 0342-4602031

E-mail: escribania_rey@hotmail.com

ÍNDICE SUMARIO

PONENCIA	4
I – INTRODUCCIÓN	5
II – DESARROLLO	7
1.- Concepto.	7
2.- Caracteres.	7
3.- Naturaleza jurídica.	7
4.- Régimen patrimonial matrimonial: Disposiciones comunes.	8
4.1.- Actos que requieren asentimiento.	8
4.2.- Requisitos del asentimiento.	9
4.3. Autorización judicial.	10
5.- Gestión de bienes en la comunidad. Asentimiento conyugal en la disposición de bienes gananciales.	10
6.- Uniones convivenciales.	13
6.1.- Relaciones patrimoniales.	13
6.2.- Protección de la vivienda familiar.	14
7.- Ineficacias.	15
7.1.- Ineficacia del acto jurídico “asentimiento conyugal”.	16
7.1.1.- Asentimiento conyugal anticipado.	17
7.1.2.- Asentimiento conyugal coetáneo o simultáneo.	19
7.1.3.- Asentimiento conyugal a posteriori.	20
7.2.- La ineficacia del acto jurídico que requiere el asentimiento conyugal, a causa de la omisión o declaración de invalidez del acto jurídico “asentimiento conyugal”.	22
7.3.- Caducidad y prescripción.	23

8.- Poder especial con facultades expresas para asentar.	24
8.1.- Poder entre cónyuges para asentar.	29
9.- Aplicación temporal de la ley respecto de los asentimientos anticipados dados con anterioridad a la vigencia de la ley 26994.	32
10.- Asentimiento en la indivisión post comunitaria.	34
III – CONCLUSIÓN	37
BIBLIOGRAFÍA	39

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ASENTIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DEL PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD MATRIMONIAL.

Autores: CURSACK, Eduardo Marcos; DALLAGLIO, Juan Carlos; DEL ZOPPO, César Luis; GATTI, Liliana Inés; y REY, María Laura.

PONENCIA

El asentimiento es un acto jurídico unilateral, autónomo y recepticio. La ley aplicable respecto a su validez y eficacia, siempre que exista determinación de los bienes, será la vigente al momento de su otorgamiento.

La falta de asentimiento causa la nulidad relativa del acto jurídico por el que se transfiere la vivienda familiar, los muebles indispensables que la componen u otros bienes gananciales. El acto quedará subsanado por la caducidad del derecho, por la prescripción de la acción o por el asentimiento posterior.

La nulidad ante la falta de asentimiento, la caducidad del derecho a pedirla, las previsiones que debe contener el asentimiento, la autorización judicial en caso de ser requerida y la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del cónyuge, se aplican tanto para la disposición de la vivienda familiar y los muebles indispensables que la componen, como para la disposición de los bienes gananciales, por la aplicación supletoria de los artículos 456 a 459 del Código Civil y Comercial de la Nación establecida en el último párrafo del artículo 470 del mismo cuerpo normativo.

El poder para asentir dado al otro cónyuge será válido si versa sobre el acto jurídico en sí y sus elementos constitutivos. Por aplicación de la teoría de la conversión prevista en el artículo 384, podría considerarse el acto de apoderamiento como un asentimiento anticipado.

En los poderes con facultades expresas para asentir dados a favor de terceros bastará con la determinación del bien objeto del asentimiento, siendo el representante quien estipule los demás elementos constitutivos del acto.

En la disposición de bienes incluidos en una indivisión postcomunitaria por divorcio o por modificación del régimen matrimonial con asentimiento del no titular, no corresponde solicitar libre inhibición por éste, ya que se aplican las reglas de la comunidad entre los cónyuges y respecto a sus acreedores.

I - INTRODUCCIÓN

El asentimiento conyugal ha suscitado distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales desde su origen con la modificación al artículo 1277 del Código Civil, introducida por la ley 17711.

El requisito del asentimiento conyugal para los negocios jurídicos de mayor transcendencia económica, constituye desde el año 1968 un resguardo eficaz del derecho de los cónyuges.

El derogado Código Civil tutelaba los intereses del cónyuge no titular, limitando la libre disposición de los bienes gananciales del titular y establecía la protección del hogar conyugal, condicionado a la existencia de hijos menores de edad o incapaces, sin importar la naturaleza del inmueble.

La nueva legislación amplió la protección de los bienes gananciales a otros supuestos no previstos en la antigua ley y mejoró también el régimen de protección de la vivienda familiar, independientemente de la existencia de hijos menores o incapaces, extendiendo el amparo a los bienes muebles indispensables de ésta; e incluyendo en esta última previsión las uniones convivenciales inscriptas. A su vez introduce como novedad la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas posteriormente al matrimonio o la inscripción de la unión convencional, si no fueron contraídas por ambos cónyuges o convivientes, o uno con el asentimiento del otro.

Uno de los fundamentos del asentimiento es la idea de igualdad entre cónyuges y convivientes, que se presenta en la ley no sólo en términos de equiparación de derechos y deberes, sino de respeto mutuo, de consideración y de colaboración de uno hacia el otro.

También la protección patrimonial es argumento basal para la instauración del asentimiento conyugal en la disposición de los bienes gananciales, sirviendo de límite al principio de libre disposición de los acervos que componen la masa ganancial de titularidad de cada cónyuge.

Pero es la protección de la familia y de la vivienda en un sentido amplio y de todos los bienes muebles que la componen, el principal argumento en que se apoya en el Código Civil y Comercial de la Nación, el sistema del

asentimiento, que en este contexto no va a diferenciar el carácter de los bienes tutelados ni el estado del disponente. Puede tratarse de bienes propios o gananciales, dentro del régimen matrimonial de comunidad; o de bienes personales, dentro del régimen matrimonial de separación de bienes o dentro del régimen de uniones convivenciales inscriptas.

Si bien el Código Civil y Comercial ha sistematizado la regulación del instituto, previendo situaciones especiales no contempladas en la anterior legislación, hay variadas cuestiones que quedan libradas a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, por lo que no se agota el tema que abordaremos en este trabajo en la letra de la norma, sino que es relevante argumentar y abrir el debate a fin de arribar a conclusiones que sirvan para una aplicación armónica de esta importante herramienta de protección familiar y patrimonial.

Cuestiones como la nulidad como sanción por la invalidez del acto de asentimiento y del negocio jurídico que lo requiere, cuando aquel se hubiere omitido; la caducidad del derecho del cónyuge no titular a reclamar la nulidad del acto jurídico ante la omisión de asentimiento y la prescripción de la acción cuando se ha eliminado la posibilidad de caducidad del derecho; la validez de la representación dada a favor de quien no sea el cónyuge, con la determinación del objeto como único requisito; la validez de la representación dada a favor del cónyuge titular únicamente cuando la misma verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos; la validez de los asentimientos anticipados con determinación de bienes, dados durante la vigencia de la anterior legislación; y la posibilidad de dar el asentimiento conyugal durante la indivisión postcomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial sin solicitar libre inhibición del excónyuge no titular; son temas que abordaremos en el desarrollo del presente.

II - DESARROLLO

1.- Concepto.

Asentir es aceptar, acceder, aprobar, suscribir, adherir a la opinión o iniciativa ajena. Según el Diccionario de la Real Academia Española, asentir es “admitir como cierto o conveniente lo que otra persona ha afirmado o propuesto antes.”

Asentimiento es la manifestación de conformidad que se da o se presta para la celebración de un contrato o para la realización de un acto jurídico.

2.- Caracteres.

El asentimiento es un acto jurídico unilateral, recepticio, expreso, revocable y no personalísimo.

Es unilateral porque no depende de la voluntad de otro sujeto. Es recepticio porque su eficacia quedará supeditada a la recepción del mismo por el destinatario interesado y su utilización. Es expreso ya que debe manifestarse por escrito en todas las etapas de la contratación con las formalidades que sean exigibles en cada una. Es revocable mientras no se otorgue el acto jurídico para el que se dio, salvo los casos de negocios concluidos en los que podrá ser irrevocable y póstumo, si reúne los supuestos legales. Es no personalísimo, ya que puede delegarse la manifestación en un representante o pedirse la intervención judicial en los casos previstos legalmente.

3.- Naturaleza jurídica.

El cónyuge o conviviente que asiente solo debe manifestar su conformidad con el acto jurídico que su consorte o cohabitante va a celebrar, sin que ello lo haga parte, es decir que su voluntad no integra el acuerdo que supone el contrato.

En tal sentido, el asentimiento dado por el cónyuge o conviviente es un presupuesto de validez llamado a deponer los impedimentos con los que colisiona el poder dispositivo del consorte o cohabitante titular del bien.

4.- Régimen patrimonial matrimonial: Disposiciones comunes.

4.1.- Actos que requieren asentimiento.

En el régimen primario se destaca el deber de contribución, la responsabilidad solidaria, la protección de la vivienda, del hogar, de los hijos comunes en proporción a sus recursos y de los cónyuges entre sí. Se extiende tal obligación a las necesidades de los hijos del otro cónyuge, siempre que haya convivencia y minoría de edad, capacidad restringida o discapacidad.

El Código Civil y Comercial contiene normas de orden público aplicables a ambos regímenes patrimoniales matrimoniales (comunidad y separación de bienes), que tienen por objeto evitar que cualquiera de los cónyuges realice unilateralmente actos dispositivos (enajenación o gravamen) sobre la vivienda familiar y sobre los bienes muebles indispensables de ésta.

Sin importar cuál sea el régimen patrimonial elegido por los cónyuges (antes o después de la celebración del matrimonio), cualquier forma de disposición sobre los derechos de la vivienda familiar requiere del asentimiento del cónyuge no titular, siendo irrelevante la calificación del bien, pudiendo ser propio, ganancial de titularidad exclusiva, personal e incluso de titularidad de un tercero. Es decir, que la protección de la vivienda familiar no solo ampara el derecho de los propietarios del inmueble asiento del hogar conyugal, sino también el derecho a la vivienda que tienen quienes no son propietarios, pero detentan sobre el inmueble asiento del hogar familiar un derecho real de disfrute (usufructo, uso y habitación) o un derecho personal (locación, comodato). Además, como ya lo hemos mencionado, la exigencia del asentimiento conyugal se extiende a la disposición de los derechos sobre los bienes muebles indispensables de la vivienda y a su traslado fuera de ésta.

El artículo 456 del Código Civil en análisis, refiere a la “disposición de los derechos sobre la vivienda familiar”, con lo cual introduce la exigencia del asentimiento conyugal respecto de ciertos actos (antes no contemplados), tales como: la cesión de un contrato de locación o la cesión de un boleto de compraventa.

Vemos que el artículo 456 del nuevo Código Civil y Comercial es una norma más amplia y mucho más tuitiva de la vivienda familiar, que el derogado artículo 1277 del Código Civil; que requería, para hacer operativo el amparo en los bienes propios, el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble en que estaba radicado el hogar conyugal, siempre que hubiera hijos menores o incapaces.

Por último, la norma en estudio (artículo 456 del Código Civil y Comercial de la Nación), dispone la inejecutabilidad de la vivienda familiar por los acreedores de uno solo de los cónyuges; estableciendo que puede ser embargada por deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio o bien por deudas posteriores a su celebración, si fueron contraídas por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

4.2.- Requisitos del asentimiento.

El cónyuge que presta asentimiento -tanto en el supuesto de vivienda familiar como de bienes gananciales en general-, manifiesta su aprobación o anuencia con el negocio que su consorte va a celebrar, sin que ello lo haga parte. Es decir, que el cónyuge titular del bien, a quién le corresponde decidir sobre el acto dispositivo y su consorte no titular, que manifiesta su conformidad con el acto dispositivo de aquel, enfrentan distintas responsabilidades. En virtud de ello, el cónyuge que da asentimiento, no se obliga ni responde por las deudas que origine el negocio, ni tampoco responde por evicción ni vicios redhibitorios.

En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge, aquel debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (artículo 457 del Código Civil y Comercial de la Nación).

El asentimiento no necesita ser concomitante o simultáneo con el acto para el cual se otorga, puede ser anterior o posterior.

Los requisitos establecidos para el asentimiento en el artículo 457 del Código Civil y Comercial de la Nación, se aplican tanto para el caso del artículo 456 del Código Civil y Comercial de la Nación como para los regulados en el artículo 470 del Código Civil y Comercial de la Nación, por la expresa remisión que hace el último párrafo de éste. La expresión “el acto en si” del artículo 457 del Código Civil y Comercial de la Nación hace improcedente el asentimiento general anticipado. Los elementos constitutivos son aquellos que permiten ejercer el control que la ley le otorga de manera irrenunciable al cónyuge no titular, siendo éstos la naturaleza del acto jurídico o negocio, los sujetos, el bien sobre el cual versa, el precio mínimo y eventualmente forma y plazo de pago.

4.3.- Autorización judicial

A fin de evitar el congelamiento del régimen patrimonial matrimonial, el Código Civil y Comercial, en el artículo 458, prevé la autorización judicial como una solución legal para aquellos actos jurídicos que requieren del asentimiento del cónyuge y éste no puede prestarlo o se encuentra involuntariamente impedido para otorgarlo o se niega a darlo y esa negativa causa un perjuicio al interés familiar o al interés patrimonial del cónyuge titular.

La actuación del juez, en sustitución del cónyuge que se encuentra impedido o se niega injustificadamente a prestar asentimiento, debe solicitarla el cónyuge titular del bien o del derecho sobre la vivienda familiar.

El acto jurídico otorgado por el cónyuge titular con autorización judicial, es oponible a su consorte, sin que ello le imponga obligación personal alguna a su cargo, salvo la obligación de desocupar el inmueble.

5.- Gestión de bienes en la comunidad. Asentimiento conyugal en la disposición de bienes gananciales.

El régimen de comunidad es de carácter supletorio por ser al que se someterán los cónyuges en el caso de no optar por el de separación de bienes.

En este régimen continúa la existencia de las masas de bienes de cada cónyuge, respecto a los gananciales y a los propios.

Los principios rectores para la calificación de los bienes siguen vigentes, el tiempo y el título de adquisición determinara su carácter, ya que éste variará si son adquiridos antes o durante de la existencia de la comunidad o si su origen es gratuito u oneroso.

El Código Civil y Comercial revalida el régimen de gestión separada que estatúa el derogado Código Civil¹, estableciendo en el artículo 469, que respecto de los “bienes propios”, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, excepto lo dispuesto en el artículo 456 (la exigencia del asentimiento conyugal se extiende a los actos de disposición sobre la vivienda familiar, sobre los bienes muebles indispensables de ésta y a su traslado fuera del hogar) y en el artículo 470, que respecto de los “bienes gananciales”, la administración y disposición corresponde al cónyuge que los ha adquirido, siendo necesario el asentimiento del otro, como excepciones al principio general, para enajenar o gravar: 1°) los bienes registrables; 2°) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824; 3°) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; 4°) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; y 5°) las promesas de los actos anteriores.

El Código Civil y Comercial en el artículo 470, utiliza con precisión el vocablo “asentimiento”, corrigiendo un error terminológico en el que incurría el derogado artículo 1277² del Código Civil que exigía el “consentimiento” del cónyuge. Consideramos que la normativa actual es exacta, puesto que el

¹ Art. 1276 C. C.: “Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277.....”

² Art. 1277 C. C.: “Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes. 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. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátese en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido”.

“consentimiento” lo presta el cónyuge que es parte del contrato (es decir el cónyuge titular del bien ganancial), mientras que el cónyuge no titular presta su “asentimiento”, es decir su conformidad con el negocio jurídico del consorte. Queda claro entonces, que el cónyuge no titular no es parte del contrato, y en consecuencia no se obliga, no pudiendo ser demandado por cumplimiento, evicción o vicios redhibitorios.

Asimismo, el artículo 470 del Código Civil y Comercial, determina con una redacción más precisa que el derogado artículo 1277 del Código Civil, las limitaciones o restricciones al poder dispositivo del cónyuge titular del bien ganancial, al utilizar las terminologías “enajenar y gravar” en lugar de los vocablos “disponer y gravar”, puesto que los actos de disposición comprenden a los actos de gravamen.

En caso de condominio entre cónyuges, las decisiones deberán ser tomadas por ambos sin importar qué parte indivisa tiene cada uno, por lo que todo lo dispuesto al asentimiento es aplicable.

En el régimen de separación de bienes, regulado en los artículos 505 a 508 del Código Civil y Comercial de la Nación, cada cónyuge será dueño exclusivo de los bienes que adquiriera, los que no se encontrarán sometidos a ningún tipo de régimen de ganancialidad. Por lo que no corresponde hablar de bienes propios o gananciales, sino de bienes “personales” de cada uno de los cónyuges. Asimismo, en caso de cotitularidad o condominio, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 471, por lo que las decisiones deberán tomarse atendiendo a la porción que cada uno posea en el bien.

En este régimen, la libre administración y disposición de los bienes de cada cónyuge solo encuentra su limitación en el supuesto de la vivienda familiar (artículo 456 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Respecto a la posibilidad de contratar entre cónyuges, el Código Civil y Comercial establece un sistema de prohibición, quedando sólo algunos actos expresamente autorizados legalmente. En el régimen de separación de bienes existe plena libertad de contratación entre cónyuges.

En consecuencia, el asentimiento conyugal es una declaración unilateral autónoma que tiene como finalidad complementar la voluntad del cónyuge

titular del derecho. Hoy ese asentimiento se exige no solo a los cónyuges, en los dos regímenes patrimoniales, sino también a los convivientes. Y ese requisito que la ley anterior imponía para la disposición de bienes inmuebles, muebles y derechos registrables, se amplía a otros actos que lo exigen; normando además sobre los requisitos para el asentimiento, poderes para otorgarlo y consecuencias en el caso de su omisión.

6.- Uniones convivenciales.

En la República Argentina, las uniones convivenciales están presentes en la comunidad en un número cada vez más relevante, como ocurre en casi todas las sociedades occidentales. Advertimos que la visualización del matrimonio como arquetipo esencial e irremplazable para fundar una familia, se fue dejando paulatinamente de lado. En la actualidad, las uniones de hecho son una modalidad de convivencia plenamente aceptada, no solo como forma alternativa al matrimonio, sino que muchas veces lo preceden o se intercalan como modo de vida entre dos matrimonios de una persona.

El Código Civil y Comercial, que consolida normativamente el proceso de constitucionalización del derecho privado, ofrece una plataforma reglamentaria que protege no solo los derechos de la familia matrimonial, sino también los de otras formas de familia, y entre ellas, la basada en una unión convivencial.

6.1.- Relaciones patrimoniales.

En cuanto a las relaciones patrimoniales entre los integrantes de una unión convivencial, el artículo 518 del Código Civil y Comercial, dispone que existiendo un pacto de convivencia, la administración y disposición de los bienes se regirá conforme a lo allí acordado por los convivientes³, priorizándose la autonomía de la voluntad. A falta de pacto (régimen supletorio) cada integrante de la unión convivencial ejerce con total libertad la

³ Los convivientes pueden pactar libremente un régimen de administración y disposición separado, conjunto o indistinto de los bienes.

administración y disposición de los bienes de su propiedad, salvo lo dispuesto en el artículo 522, única restricción a ese poder dispositivo en aras de proteger la vivienda familiar y los muebles indispensables que se encuentren en ella.

6.2.- Protección de la vivienda familiar.

El artículo 522 del Código Civil y Comercial dispone, que en las uniones convivenciales inscriptas, ninguno de los convivientes puede sin el asentimiento de su cohabitante, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar⁴ ni de los bienes muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. Para la aplicación de este principio tutelar, la norma en análisis, al igual que el artículo 456 del mismo cuerpo normativo, no requiere la existencia de hijos menores o incapaces.

Lo reglado por el artículo 522 del Código Civil y Comercial, es indisponible para los convivientes por pacto de convivencia en contrario. Asimismo para que opere el amparo, es requisito esencial que la unión convivencial este registrada.

Para el supuesto en que el conviviente no titular se niegue o no pueda prestar el asentimiento, éste puede suplirse con autorización judicial, si el bien es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. La negativa a prestar el asentimiento deberá apoyarse en justa causa, correspondiendo al conviviente que lo niegue la carga de la prueba, demostrando los motivos de su oposición.

Nuestro ordenamiento jurídico garantiza en las uniones convivenciales inscriptas (al igual que en la uniones matrimoniales), el amparo de los derechos sobre la vivienda familiar; tanto en la relación entre convivientes, exigiendo el asentimiento; como frente a terceros acreedores, estableciendo la inejecutabilidad de la vivienda por deudas contraídas después de la inscripción

⁴ Consideramos que el asentimiento del conviviente será necesario tanto para los actos de enajenación o gravamen, como para aquellos actos que comprometan el uso de la vivienda familiar (locación o comodato) u otorguen sobre la misma un derecho real de disfrute (usufructo, uso y habitación).

de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

7.- Ineficacias.

La ineficacia de los actos jurídicos, vinculada al asentimiento conyugal para la disposición de la vivienda familiar, los muebles que la componen (artículo 456) y bienes gananciales (artículo 470), podemos analizarla desde dos puntos de vistas:

a) Ineficacia del acto jurídico “asentimiento conyugal”.

b) Ineficacia del acto jurídico de disposición de la vivienda familiar o bienes gananciales que requieren el asentimiento conyugal, por la omisión o declaración de invalidez del acto jurídico “asentimiento conyugal”.

La doctrina mayoritariamente coincide en que el asentimiento conyugal es un acto jurídico UNILATERAL, AUTÓNOMO, RECEPCIO y REVOCABLE.

Al ser un acto jurídico unilateral y autónomo, el asentimiento conyugal puede ser dado con ANTERIORIDAD al acto de disposición, cumpliendo los requisitos legales exigidos por del artículo 457, puede ser dado en forma COETÁNEA o SIMULTANEA, o puede ser dado a POSTERIORI, lo que muchos califican como una especie de aprobación o confirmación del negocio dispositivo.

El artículo 456 del Código Civil y Comercial de la Nación pone fin a la vieja discusión relacionada a la sanción del acto dispositivo de los bienes gananciales y el inmueble que es sede del hogar conyugal, hoy vivienda familiar y los muebles que la integran, por la falta del asentimiento conyugal del cónyuge no titular, discusión que se daba en torno a si se trataba de un acto sancionado con nulidad relativa o si era un acto inoponible para el cónyuge no titular, derivando en un crédito para este último para hacer valer al momento de la liquidación de la sociedad conyugal. El actual Código Civil y Comercial de la Nación sanciona el acto con la nulidad relativa.

Por consiguiente podemos decir que el asentimiento conyugal es exigido en el Código Civil y Comercial de la Nación como un requisito de validez del acto de disposición de la vivienda familiar y del acto por el cual se enajena o gravan los bienes gananciales que así lo exigen.

Frente a las premisas planteadas pasamos a analizar primero la ineficacia del asentimiento conyugal dado en distintos momentos, y luego analizamos la ineficacia del negocio por la falta de asentimiento conyugal y sus efectos.

7.1.- Ineficacia del acto jurídico “asentimiento conyugal”.

Es sabido que el Código Civil y Comercial de la Nación desarrolla una teoría general de la ineficacia en el Libro I Parte General, Título 4, capítulo 9, a partir del artículo 382 y siguientes.

Como expresamos, el asentimiento puede ser dado en forma anticipada, coetánea o a posteriori del acto dispositivo de la vivienda familiar o bienes gananciales que lo requieran. En cuanto al contenido del acto jurídico asentimiento conyugal, el actual artículo 457 del Código Civil y Comercial de la Nación deja aclarado que “...*aquel debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos*”. Por consiguiente despeja toda duda, receptando soluciones jurisprudenciales y dejando de lado la posibilidad de dar un asentimiento conyugal genérico.

En cuanto a la FORMA de la exteriorización del asentimiento conyugal, el Código Civil y Comercial de la Nación no establece forma alguna, por consiguiente rige el principio de libertad de formas consagrado por el artículo 284, situación que es entendible ante la inmensidad y complejidad de los bienes que pueden ser objeto del acto dispositivo que requieren el asentimiento conyugal (derechos, inmuebles, muebles, participaciones societarias, etc.), ya sea por exigencia de lo normado en el artículo 456 (vivienda familiar) o en el artículo 470 (bienes gananciales) del Código Civil y Comercial de la Nación.

7.1.1.- Asentimiento conyugal Anticipado.

La falta de asentimiento causa la nulidad relativa del acto jurídico por el que se transfiere la vivienda familiar, los muebles indispensables que la componen u otros bienes gananciales. El acto quedará subsanado por la caducidad del derecho, por la prescripción de la acción o por el asentimiento posterior.

Como expresamos, el asentimiento debe referirse al acto de disposición para el que se otorga y debe precisar sus elementos constitutivos. En caso de no cumplimentar los extremos establecidos el mismo será nulo. El Código Civil y Comercial de la Nación establece que todas las nulidades deben sustanciarse. La sentencia declarativa de la nulidad traerá aparejada la ineficacia del acto jurídico “asentimiento conyugal” (artículo 382). Ante un asentimiento conyugal dado en forma anticipada y genérica, que no cumple con los extremos consagrados en el artículo 457, nos preguntamos: **¿de qué tipo de nulidad se trata?** A nuestro criterio, debido a que se encuentran en juego regímenes patrimoniales matrimoniales, principios y normas de orden público, amerita que la sanción encuadre dentro de la clasificación de nulidades absolutas definidas en el artículo 387 del Código Civil y Comercial de la Nación. Por consiguiente el acto puede ser declarado de oficio por el Juez y es inconfirmable.

Hacemos referencia aquí únicamente a la invalidez del acto jurídico “asentimiento conyugal” y no a la invalidez del acto de disposición que se efectúe omitiendo el asentimiento. En el primer caso, por la nulidad absoluta que acarrea su invalidez, la única solución posible será la realización de un nuevo acto jurídico de asentimiento válido, por parte del no titular. Ante la invalidez del acto jurídico de disposición por omisión del asentimiento o por resultar inválido el otorgado, la sanción prevista legalmente es la nulidad relativa, por lo que podrá ser subsanado mediante el otorgamiento del asentimiento posterior y la confirmación del acto por el no titular.

En cuanto a la forma del asentimiento conyugal anticipado, reiteramos que rige el principio de libertad de formas, debiendo analizarse la misma en función a la forma documental exigida para el acto dispositivo al cual debe referirse el asentimiento conyugal. No es el mismo rigor formal para la venta de una heladera indispensable para la vivienda familiar, que para la venta del inmueble donde radica la vivienda familiar o para ceder las cuotas de participación de naturaleza ganancial de una SRL.

La doctrina anterior al Código Civil y Comercial está de acuerdo con que la forma del asentimiento conyugal anticipado esté determinada por la del negocio que asiente.

Los problemas que se pueden presentar, y sobre lo cual se ha escrito, es por ejemplo con el asentimiento conyugal dado en el Boleto de Compraventa. ¿Podría el escribano autorizar la venta de un inmueble ganancial de titularidad de uno de los cónyuges y relacionar el boleto donde el cónyuge no titular dio su asentimiento, sin hacerlo comparecer en la escritura de compraventa? Consideramos que el asentimiento dado en el boleto servirá de expresión de la voluntad a la que le falta la forma, aplicándose el artículo 1018 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por ello entendemos que el asentimiento conyugal anticipado debe exteriorizarse respetando la forma documental del negocio que asiente, en virtud de que el documento que exterioriza el negocio sirve para acreditar la titularidad del derecho subjetivo que se alega (título formal) y éste tiene que despejar todo tipo de duda en cuanto al cumplimiento de los requisitos de validez del mismo, ya que será objeto de calificación constante por futuros adquirentes, terceros interesados y registros públicos donde se inscriben dichos documentos para su publicidad, según la naturaleza de los bienes objeto del acto.

Teniendo en cuenta este criterio, si el asentimiento conyugal anticipado no es dado respetando la forma documental del negocio que asiente, el adquirente se encontraría facultado a exigir judicialmente la forma documental pertinente, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 1017 y 1018 del Código Civil y Comercial de la Nación. No se debe confundir esta acción que

tiene el adquirente, con la acción prevista en el artículo 458 del Código Civil y Comercial de la Nación, que se refiere a la autorización judicial que puede solicitar unos de los cónyuges para otorgar un acto que requiere el asentimiento del otro cónyuge que se encuentra ausente, es persona incapaz, está impedido transitoriamente de expresar su voluntad o si su negativa no está justificada por el interés familiar.

7.1.2.- Asentimiento conyugal coetáneo o simultáneo:

Con relación al asentimiento conyugal en forma simultánea al negocio dispositivo, no hay muchos inconvenientes ya que hay unidad de texto leído, consentido por las partes y asentido por el cónyuge no titular.

Lo que hay que analizar en la hipótesis planteada, es cuando el cónyuge no titular da su asentimiento al negocio que lo requiere por medio de un representante convencional.

Ante el supuesto planteado es importante que se cumplan con los requisitos de validez del acto de apoderamiento, ya que de lo contrario el asentimiento dado en el negocio que lo requiere sería nulo. Hipótesis:

- a) **Apoderamiento a favor de un tercero:** En este caso hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 375 inciso b, del Código Civil y Comercial, donde se requieren facultades expresas para otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, debiendo identificar los bienes objeto del acto. Esta norma es aplicable tanto para la disposición de la vivienda familiar y los bienes muebles que la integran en el régimen de comunidad y en el de separación de bienes, como para la disposición de los bienes gananciales.
- b) **Apoderamiento a favor del cónyuge:** ¿Puede un cónyuge apoderar a otro para que se dé a sí mismo el asentimiento conyugal cuando el acto lo requiera? Tanto en relación a la disposición de la vivienda familiar y sus muebles, como respecto a la disposición de bienes gananciales, no puede un cónyuge apoderar al otro para dar asentimiento. Pero si en el apoderamiento se referenció el acto y todos

sus elementos constitutivos, como reza el artículo 457 del Código Civil y Comercial de la Nación, puede considerarse válido o aplicarse la teoría de la conversión prevista en el artículo 384 del Código Civil y Comercial de la Nación, como veremos en el punto ocho del presente.

¿Qué forma debe cumplir el acto de apoderamiento para asentir?

¿Debe realizarse por escritura pública si quien asiente no es parte del negocio, no dispone, no consiente? El artículo 363 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que la forma del apoderamiento está condicionada a la forma del acto que debe celebrar. A pesar que estamos de acuerdo que en materia de asentimiento conyugal rige el principio de libertad de forma, a nuestro entender, como expresamos oportunamente, el poder para asentir debe respetar la forma documental del negocio que el apoderado asiente.

7.1.3.- Asentimiento conyugal a posteriori.

El asentimiento conyugal dado posteriormente al acto o negocio que lo requiere, importa la confirmación del negocio jurídico cuya validez está afectada por la omisión del mismo o por haber sido dado sin cumplir con los requisitos de validez; como por ejemplo el asentimiento anticipado genérico, la falta de poder expreso para darlo, el incumplimiento de la forma impuesta por el negocio que se asiente, etc.

Como expresamos oportunamente, el asentimiento conyugal es exigido por el nuevo ordenamiento como un requisito de validez del negocio que lo requiere, y en caso de omisión o de haber sido dado con defectos, la sanción prevista es la nulidad relativa del negocio que se asiente. Por lo tanto, para la subsanación del acto jurídico deberá otorgarse un asentimiento conyugal posterior válido. No se trata de un acto jurídico de confirmación, sino un acto jurídico de asentimiento conyugal que tiene efectos confirmatorios del acto nulo.

No es un acto de confirmación, ya que para ser tal debería cumplirse con los requisitos legales exigidos en los artículos 393 y 394 del Código Civil y Comercial de la Nación. Por lo tanto, debería haber desaparecido la causal de nulidad antes de otorgar el acto de confirmación, pero recién luego del asentimiento a posteriori esto ocurre. La confirmación debe contener la mención precisa de la causa de la nulidad, su desaparición y la voluntad de confirmar el acto; en el asentimiento posterior no es necesario mencionar la causa de la nulidad del acto jurídico que se asiente, ni su desaparición ya que aún persiste hasta que se otorgue el asentimiento, ni la voluntad de confirmar el acto, ya que sólo habrá que expresar la voluntad de asentir.

La confirmación es el acto jurídico por el que el titular de la acción de nulidad relativa (cónyuge no titular) manifiesta en forma expresa o tácita su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad. Podríamos concluir que primero se da el asentimiento a posteriori y luego habría que otorgar un acto de confirmación, que podrían ser simultáneos.

Por consiguiente si el asentimiento del cónyuge no titular implica un acto complejo que requiere además otorgar la confirmación, en cuanto a la forma o instrumentación del mismo, debemos observar lo establecido en el artículo 394 del Código Civil y Comercial que establece que la forma del acto jurídico de confirmación está determinada por la forma del acto que se sanea. Solución que es coincidente con lo que expresa la doctrina en cuanto a la forma del acto del asentimiento, que debe respetar la misma forma establecida para el acto o negocio que se asiente.

También existirá asentimiento conyugal, como confirmación tácita del negocio, si el cónyuge titular dispone del inmueble que es la vivienda familiar, siendo el mismo un bien propio y el cónyuge no titular procede a la desocupación del mismo con el retiro de sus pertenencias.

7.2.- La ineficacia del acto jurídico que requiere el asentimiento conyugal, a causa de la omisión o declaración de invalidez del acto jurídico “asentimiento conyugal”.

En la primera parte del presente analizamos la ineficacia del acto jurídico “asentimiento conyugal”, por existir defecto o vicio al momento de otorgarlo, sea con anterioridad, coetánea o posteriormente.

Analizamos ahora la ineficacia del acto o negocio jurídico que requiere el asentimiento, causado por la omisión o invalidez del asentimiento.

El acto o negocio que requiere el asentimiento conyugal y no lo tiene o es inválido, es sancionado con nulidad de carácter relativa. Declarada judicialmente la nulidad todo debe volver al estado que se encontraba al momento de la celebración del acto inválido.

Pero no siempre es así, ya que existen excepciones como las plasmadas en el artículo 392 del Código Civil y Comercial, relacionada a los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe. Con relación a esta norma debemos hacer las siguientes consideraciones:

- a) Tratándose tanto de la vivienda familiar como de los bienes gananciales, el cónyuge o conviviente no titular, como expresamos en reiteradas oportunidades, no son parte del negocio, por consiguiente ninguno de ellos podrá ampararse o fundar su defensa en la última parte del mencionado artículo citado con relación a los terceros subadquirentes, ya que no codisponen; artículo que reza “...*Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.*”
- b) Cuando se trata de la disposición de la vivienda familiar, el expresado destino del bien consiste en una situación de hecho ajena a la instrumentación, por lo que puede estar o no exteriorizada en la dimensión papel; de no estarlo, la omisión del asentimiento por el cónyuge o conviviente inscripto no titular, permitirá al tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe, ampararse en el primer

párrafo del artículo 392 del Código Civil y Comercial de la Nación. La buena fe del subadquirente en este supuesto consistirá en el desconocimiento o imposibilidad de conocer que el bien enajenado o gravado era la vivienda familiar. Agregamos que también se encontraría amparado el adquirente a título oneroso y de buena fe si el cónyuge o conviviente titular manifiesta en el acto dispositivo que el mismo no es asiento de la vivienda familiar.

- C)** Con relación a la omisión del asentimiento en la enajenación o gravamen de bienes gananciales que lo requieran, el adquirente y subadquirente a título oneroso no podrán ser considerados de buena fe, ya que el vicio es ostensible, salvo que el cónyuge titular haya declarado falsamente su estado civil tanto en la adquisición como en la enajenación del bien, por consiguiente el tercero subadquirente podrá ampararse en la norma contemplada y el adquirente a título oneroso y de buena fe en la teoría de la apariencia. La buena fe en el supuesto contemplado consistirá en el desconocimiento o imposibilidad de conocer el estado civil del enajenante, que lo ha declarado falsamente.

7.3.- Caducidad y prescripción.

El artículo 456 del Código Civil y Comercial impone un plazo de caducidad de seis meses para el ejercicio del derecho del cónyuge no titular que no dio el asentimiento para la disposición de la vivienda familiar y los muebles indispensables de ella y para la disposición de los bienes gananciales comprendidos en las previsiones del artículo 470.

Una vez cumplido el plazo de caducidad sin haber exteriorizado fehacientemente la voluntad de ejercer sus derechos, desaparece el derecho y el acto jurídico respecto del que se omitió el asentimiento queda subsanado. Pero si dentro del plazo de caducidad, el interesado comienza a ejercer su derecho, mediante la interposición de medidas judiciales o extrajudiciales dirigidas a hacerlo valer, la posibilidad de caducidad desaparecerá, ya que la

misma no puede suspenderse ni interrumpirse, pero sí eliminarse al ejercer el derecho.

Sin embargo, el hecho de haber iniciado maniobras tendientes al ejercicio de un derecho, no significa que el mismo haya sido inmediatamente satisfecho. Más aún, distintas vicisitudes pueden hacer que dicho período sea más o menos prolongado, según el impulso que el interesado efectúe, la resistencia de la contraparte y la celeridad que el sistema judicial aplique al caso. Una vez ejercido un derecho o iniciado el camino para su ejercicio efectivo, no habrá más posibilidad de caducidad, sino que comenzarán a correr los plazos de la prescripción.

La prescripción tiene un efecto totalmente distinto a la caducidad. Mientras ésta hace desaparecer el derecho si se cumple el plazo sin haberlo ejercido, aquella afecta a la acción, quedando el derecho íntegro y subsistente.

Por lo tanto, transcurridos los seis meses previstos en la norma sin haber ejercido el derecho a pedir la nulidad del acto jurídico por el que se omitió el asentimiento, desaparece el derecho del cónyuge no titular y queda subsanado el acto. Pero si dentro del plazo estipulado se comienza a ejercer dicho derecho, lo que desaparece es la posibilidad de caducidad, comenzando a contarse el plazo de prescripción. Transcurrido dicho plazo, que por tratarse de nulidad relativa, será de dos años (artículo 2362 inciso a, del Código Civil y Comercial de la Nación), el acto quedará subsanado por la prescripción.

8.- Poder especial con facultades expresas para asentir

En los poderes con facultades expresas para asentir dados a favor de terceros bastará con la determinación del bien objeto del asentimiento, siendo el representante quien estipule los demás elementos constitutivos del acto.

El poder para asentir dado a favor de un tercero necesita la determinación del objeto. Los demás elementos del acto serán estipulados por el representante al momento de ejercer el poder.

Para abordar este tema debemos diferenciar claramente los distintos actos jurídicos involucrados. Por un lado nos encontramos frente a la representación voluntaria, por la que una persona faculta a otra para representarlo en uno o varios actos jurídicos. Esto es regulado por el artículo 375 del Código Civil y Comercial, que establece que para el caso de la representación voluntaria para dar asentimiento deberá otorgarse poder especial con facultades expresas y determinación del bien objeto del asentimiento. No impone ningún otro requisito ni condición.

Por otro lado, la norma del artículo 457 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que el asentimiento conyugal debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. Lo que debemos diferenciar es que en esta última norma citada se hace referencia al asentimiento propiamente dicho, que por no tratarse de un acto personalísimo podrá ser dado por el propio cónyuge no titular o por su representante, de acuerdo a lo normado por el mencionado artículo 375 inciso b, del Código Civil y Comercial de la Nación. El asentimiento, con todos sus elementos presentes, podrá brindarse con anterioridad al acto jurídico que se asiente, concomitantemente con él o con posterioridad.

Si el asentimiento es anticipado, en él deberán mencionarse para qué acto se da, incluyéndose los elementos constitutivos de dicho acto. Por lo tanto deberá expresarse si se trata de una compraventa, donación, dación en pago, permuta, etcétera, con identificación de los sujetos involucrados, objeto, precio y forma de pago, de corresponder.

Si el asentimiento es coetáneo al acto jurídico respectivo, efectuado en el mismo instrumento, bastará con referir que el cónyuge no titular asiente el negocio jurídico realizado por su cónyuge en la misma escritura.

Si el asentimiento es posterior, habrá que individualizar el instrumento por el que se efectuó el acto jurídico que adolece de asentimiento y que se quiere confirmar, mediante el otorgamiento del asentimiento posterior. Si el acto en el que se omitió el asentimiento fue efectuado por escritura pública, bastará con relacionarla identificándola con su número, fecha y escribano

autorizante. Con esa remisión estarán cumplidos los requisitos del artículo 457 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Si el asentimiento es dado por el representante no cónyuge, sea anterior, simultáneo o posterior al acto que se asiente, será el representante quien identifique los elementos constitutivos del acto jurídico, ya que su calidad de tal lo faculta a tal determinación.

Pensar que en el poder para asentir deban estar los elementos constitutivos del acto jurídico, llevaría a la conclusión que no tiene sentido nombrar un representante para tal fin, ya que sería un representante que solo puede reproducir la voluntad expresada por el representado.

El artículo 358 del Código Civil y Comercial establece que los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho. Estos últimos son los llamados derechos personalísimos, los que únicamente podrán ser ejecutados por su titular, sin posibilidad de delegación en otra persona. Claramente el asentimiento conyugal no está incluido dentro de los actos personalísimos, ya que el inciso b, del artículo 375 del Código Civil y Comercial prevé la delegación del asentimiento conyugal en la figura de un representante.

“El asentimiento conyugal no es un acto personalísimo, por lo que el cónyuge no titular puede ser representado en dicho acto”⁵

El cónyuge no titular podrá otorgar poder a favor de otra persona, para que éste otorgue el asentimiento conyugal. La actuación del representante tendrá los efectos establecidos por el artículo 359 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto los actos del representante celebrados en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento, producen efecto directamente para el representado.

Como en todo poder, el representado podrá limitar las facultades conferidas acotando el campo de acción del representante, estableciendo por

⁵ Dallaglio, Juan Carlos – La Representación voluntaria en Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación, tomo II, ed. Rubinzal Culzoni, 2015, página 91

ejemplo en el poder a favor de quién y por qué monto puede brindar el representante el asentimiento. Sería el caso en el que hubiera un negocio jurídico ya celebrado entre el cónyuge titular y el adquirente del bien ganancial o que es asiento de la vivienda familiar, respecto del que faltara solamente otorgar la escritura pública. En este caso, el cónyuge no titular podrá otorgar un poder especial irrevocable para asentir, identificando todos los elementos del acto y haciendo referencia al negocio celebrado; el que tendrá subsistencia póstuma por reunir las exigencias del inciso b, del artículo 380 del Código Civil y Comercial de la Nación. Este poder podría ser dado a favor de un tercero, de su propio cónyuge e inclusive a favor del adquirente, ya que es indistinta la persona del apoderado en virtud de que el negocio jurídico ya está celebrado y el cónyuge está adelantando su voluntad y cumpliendo con los requisitos legales previstos en el artículo 457 del Código Civil y Comercial. Estamos en presencia de un poder que podría calificarse como de asentimiento anticipado con persona designada para hacerlo valer en el momento oportuno.

También podemos encontrarnos con la situación de un acto jurídico en proceso de ejecución, respecto del cual el cónyuge no titular tenga algunas precisiones, pero no tenga claramente definidos todos los elementos constitutivos del negocio. En este caso podrá otorgar poder con determinación del inmueble y precio mínimo por el cual podrá el apoderado dar el asentimiento en su representación.

Otra es la situación cuando el cónyuge no titular está de acuerdo con la disposición del bien, sea ganancial o asiento de la vivienda familiar, pero no está iniciado el negocio jurídico correspondiente, por lo que ignora los detalles del mismo. Puede ocurrir que no esté en condiciones de otorgar personalmente ese asentimiento al momento de formalizarse el negocio, por lo que la ley le permite nombrar un representante para que dé el asentimiento por él en el momento en el que se celebre el negocio jurídico respectivo. En este caso no será posible, ni necesario, determinar los elementos constitutivos del acto jurídico por el que se asiente, quedando facultado el apoderado no cónyuge a hacerlo oportunamente, asumiendo la responsabilidad de la conveniencia o no del negocio.

El artículo 457 del Código Civil y Comercial hace referencia al asentimiento y no al poder para asentir que se legisla en el inciso b, del artículo 375 del mismo cuerpo.

El artículo 457 Código Civil y Comercial de la Nación regula el asentimiento conyugal que es el momento en el que el cónyuge no titular o su representante dan la conformidad con el acto jurídico realizado, que realiza o que realizará el cónyuge titular. El poder para asentir no es el asentimiento, sino la representación otorgada a otra persona para otorgarlo.

En los poderes con facultades expresas para asentir deberá determinarse el bien objeto del asentimiento y no los demás elementos del acto que asentirá el representante, ya que será éste quien deba cumplir con las disposiciones del artículo 457 del Código Civil y Comercial de la Nación al momento de ejercer el poder; para lo que estará facultado conforme la extensión conferida por lo dispuesto por el artículo 360 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 360 del Código Civil y Comercial establece que la representación alcanza a los actos objeto del apoderamiento, a las facultades otorgadas por la ley y también a los actos necesarios para su ejecución.

Por lo tanto, están implícitas en el apoderamiento dado para asentir, las facultades de determinar los elementos constitutivos del acto jurídico correspondiente. Es aconsejable que estas facultades sean conferidas expresamente en el apoderamiento, pero si se omiten, por aplicación del mencionado artículo 360, estarán implícitas en el poder las facultades de fijar los elementos constitutivos del acto jurídico que se asiente.

El artículo 372 del Código Civil y Comercial establece las obligaciones y deberes del representante, dentro de los que se incluyen los de fidelidad, lealtad y reserva; de realización de la gestión encomendada, que exige la legalidad de su prestación, el cumplimiento de las instrucciones del representado y el desarrollo de una conducta según los usos y prácticas del tráfico; y de comunicación, que incluye los de información y de consulta.

El representante debe cumplir con el encargo y para ello deberá informarse sobre el acto jurídico que realizará el cónyuge de su poderdante, debiendo evaluar la conveniencia o no de la prestación del asentimiento, siempre teniendo en consideración los intereses de su representado, analizando la situación y decidiendo conforme su propio criterio, debiendo luego rendir cuentas de su actuación, por lo que si fue negligente en el cumplimiento de la encomienda, responderá frente a su representado, sin perjuicio de la validez del acto celebrado en ejercicio de la representación, si la misma se ejerció dentro de los límites y facultades conferidas.

“Será válido el poder otorgado para dar el asentimiento con relación a determinados bienes, facultando al representante a decidir sobre la oportunidad en la que se brinde este asentimiento con relación al negocio jurídico especialmente determinado en cuanto a sus elementos en cumplimiento del artículo 457 del Código Civil y Comercial”⁶

8.1.- Poder entre cónyuges para asentir.

El poder para asentir dado al otro cónyuge será válido si versa sobre el acto jurídico en sí y sus elementos constitutivos. Por aplicación de la teoría de la conversión prevista en el artículo 384, podría considerarse el acto de apoderamiento como un asentimiento anticipado.

La nulidad ante la falta de asentimiento, la caducidad del derecho a pedirla, las previsiones que debe contener el asentimiento, la autorización judicial en caso de ser requerida y la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del cónyuge, se aplican tanto para la disposición de la vivienda familiar y los muebles indispensables que la componen, como para la disposición de los bienes gananciales, por la aplicación supletoria de los artículos 456 a 459 del Código Civil y Comercial de la Nación establecida en el último párrafo del artículo 470 del mismo cuerpo normativo.

⁶ Dallaglio, Juan Carlos. Op. Cit., página 91.

La prohibición de otorgar poder a favor del otro cónyuge para dar el asentimiento incluye los casos de asentimiento en interés familiar y los de asentimiento para la disposición de bienes gananciales.

El último párrafo del artículo 470 del Código Civil y Comercial de la Nación establece la aplicación supletoria de lo normado por los artículos 456 a 459 del mismo cuerpo normativo; por lo que, como en toda aplicación supletoria del derecho, el texto supletorio deberá releerse a la luz del texto del que fue derivado.

Igual situación ocurre en otros casos de aplicación supletoria del derecho, como por ejemplo lo establecido en el artículo 1124 del Código Civil y Comercial de la Nación por el que las normas del capítulo destinado a la Compraventa se aplicarán supletoriamente a los contratos por los cuales una parte se obliga a transferir a la otra derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, o a constituir los derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, conjuntos inmobiliarios o servidumbre y dicha parte, a pagar un precio en dinero.

También existe aplicación supletoria respecto de la cesión de derechos cuando el artículo 1614 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las del capítulo destinado a la cesión de derechos.

En cualquiera de estos casos no sería consecuente con lo normado si quisiera argumentarse la no aplicación de cualquier situación regulada respecto de la compraventa razonando que el artículo respectivo habla de venta y no de cesión. Claramente la aplicación supletoria impuesta legalmente, hace que la interpretación de la norma supletoria deba hacerse relacionando las palabras con el instituto del que deriva. Ejemplo: El artículo 1132 del Código Civil y Comercial regula la venta de la cosa total o parcialmente ajena, diciendo que es válida, en los términos del artículo 1008 y que el vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador. Por la aplicación

subsidiaria establecida en el citado artículo 1614, por el que se aplican a la cesión de derechos las normas de la compraventa cuando exista contraprestación en dinero; se aplica a la cesión de derechos el artículo 1132 que refiere a la venta de cosa ajena, por lo que si la cesión versa sobre derechos ajenos, recibiendo a cambio un precio, la cesión será válida y el cedente se obliga a transmitir o hacer transmitir la propiedad del derecho al cesionario, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1629 del Código Civil y Comercial de la Nación respecto a la restitución de lo recibido con sus intereses o las consecuencias resultantes del actuar malicioso del cedente, si no cumple con la transmisión del crédito, según lo dispuesto en el artículo 1008 del Código Civil y Comercial de la Nación. No podría negarse la posibilidad argumentando que el artículo 1132 habla de “venta”, “cosa”, “vendedor” y “dominio” y no de “cesión”, “derecho”, “cedente” y “propiedad”.

Llevando el ejemplo a la cuestión que nos interesa diremos que el artículo 470 del Código Civil y Comercial en su último párrafo hace una aplicación supletoria de cuatro artículos que están incluidos en la sección tercera sobre “disposiciones comunes a todos los regímenes”, diciendo que al asentimiento conyugal y a su omisión se aplicarán las normas de los artículos 456 a 459.

No se hace una aplicación subsidiaria a un solo artículo, sino a un conjunto de normas, por lo que la lectura habrá de hacerse conforme lo expresado en los párrafos anteriores.

Todo lo normado en el núcleo común de artículos (456 a 459) será aplicable al asentimiento y su omisión respecto a los bienes gananciales que requieren asentimiento conyugal y no solamente a la vivienda familiar.

La nulidad ante la falta de asentimiento y caducidad del derecho a pedirla, las previsiones que debe contener el asentimiento, la autorización judicial en caso de ser requerida y la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del cónyuge, se aplican también en los casos del artículo 470 del Código Civil y Comercial de la Nación, ya que la aplicación supletoria de los artículos 456 a 459 del mismo Código, hace que donde dice “vivienda familiar” deba leerse “bien ganancial”.

Fundamentamos lo dicho en cuestiones de técnica legislativa respecto a la aplicación subsidiaria de normas, según lo expresado anteriormente y en que las necesidades familiares no quedan solo aseguradas con la vivienda familiar y los muebles que la componen, sino que cualquier detrimento que ocurra en los bienes de la comunidad matrimonial afectará el bienestar familiar. El Código Civil y Comercial no quiso dar una mayor protección a la vivienda familiar que a los bienes gananciales, sino que quiso protegerla aun cuando se trate de bienes propios o los cónyuges estén sometidos a un régimen de separación de bienes. La regulación de un mismo instituto en capítulos distintos responde a cuestiones meramente metodológicas.

La disposición legal inserta en el último párrafo del artículo 459 del Código Civil y Comercial de la Nación, respecto a que en los apoderamientos entre cónyuges el representante no está obligado a rendir cuentas, la importancia económica que revisten los bienes gananciales y la aplicación supletoria establecida en el último párrafo del artículo 470 del Código Civil y Comercial de la Nación, hace que la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del otro cónyuge debe aplicarse también para los bienes gananciales.

Un poder para asentir a favor del otro cónyuge únicamente será válido si versa sobre el acto jurídico en sí y sus elementos constitutivos, ya que en este caso habría una determinación del asentimiento que haría improbable todo desvío y aprovechamiento; pudiendo también aplicarse la teoría de la conversión del negocio, conforme al artículo 384 del Código Civil y Comercial de la Nación.

9.- Aplicación temporal de la ley respecto de los asentimientos anticipados dados con anterioridad a la vigencia de la ley 26994.

El asentimiento es un acto jurídico unilateral, autónomo y recepticio. La ley aplicable respecto a su validez y eficacia será la vigente al momento de su otorgamiento.

El artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación mantiene la irretroactividad de la ley respecto de las relaciones o situaciones jurídicas ya concluidas.

El asentimiento es un acto jurídico unilateral, autónomo y recepticio. Es revocable mientras no se otorgue el acto jurídico para el cual se dio y se configura sin necesidad de la existencia de aquel.

Los efectos propios del asentimiento se producirán con la concreción del acto jurídico asentido, lo que no disminuye su autonomía.

“Se está ante una situación jurídica agotada y el efecto y consecuencia del acto unilateral quedó cumplido al momento de su otorgamiento.”⁷

Aplicarle a un acto jurídico concluido y agotado una ley distinta a la vigente al momento de su otorgamiento sería lesiva de derechos constitucionales, ya que habría una aplicación retroactiva de la ley y se estaría juzgando como inválido aquello que nació a la vida jurídica como un acto válido, conforme la ley vigente al momento de su celebración.

“El efecto y consecuencia de haber autorizado el cónyuge la disposición de estos bienes es inmediato, si se ha otorgado en la forma prevista para el acto final permitido.”⁸

Por el carácter autónomo del asentimiento, la ley aplicable respecto a su validez y eficacia será la vigente al momento de su otorgamiento y no la ley vigente al momento de la producción de los efectos.

Esta conclusión no puede llevarnos a aceptar un asentimiento general anticipado, ya que el mismo no estaba previsto en la legislación anterior; más allá que cierta doctrina lo calificaba como válido, era abundante la doctrina y jurisprudencia que lo estimaba contrario a derecho.

Por lo tanto, deberán receptarse favorablemente los asentimientos anticipados con determinación del inmueble o los poderes para asentir dados a

⁷ Lamber, Néstor D. en Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Coordinador: Gabriel Clusellas. Ed. Astrea – FEN, 2015, página 422.

⁸ Lamber, Néstor D. Op. Cit., página 422.

favor del cónyuge titular; aunque no cumplan los demás requisitos del artículo 457 del Código Civil y Comercial, dados durante la vigencia del derogado Código.

10.- Asentimiento en la indivisión post comunitaria.

En la disposición de bienes incluidos en una indivisión postcomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial con asentimiento del no titular, no corresponde solicitar libre inhibición por éste, ya que se aplican las reglas de la comunidad entre los cónyuges y respecto a sus acreedores.

El artículo 482 del Código Civil y Comercial de la Nación permite que se otorgue el asentimiento conyugal en los actos de disposición de bienes sujetos a una indivisión postcomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial cuando los excónyuges no acordaron las reglas de administración y disposición de los bienes.

El asentimiento conyugal para la disposición de bienes sujetos a indivisión postcomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial permite la aplicación del artículo 458 del Código Civil y Comercial, solicitando el excónyuge titular la autorización judicial cuando el no titular niegue injustificadamente el asentimiento, lo que no podría aplicarse si se tratara de la codisposición de bienes sujetos a una indivisión.

En el caso del asentimiento conyugal para la disposición de bienes incluidos en una indivisión postcomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial, no corresponde solicitar libre inhibición por el excónyuge no titular, en virtud de que es de aplicación lo establecido en los artículos 486 y 487 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 486 establece que en las relaciones con terceros acreedores, durante la indivisión postcomunitaria se aplican las normas de los artículos 461, 462 y 467 del Código Civil y Comercial de la Nación sin perjuicio del derecho de éstos de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición

de la masa común. El artículo 487 del Código Civil y Comercial de la Nación expresa que la disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integralidad del patrimonio de su deudor.

La parte final del artículo 461 del Código Civil y Comercial de la Nación dice que salvo disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro. En relación a la responsabilidad el primer párrafo del artículo 467 del Código Civil y Comercial de la Nación expresa que cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos.

En consecuencia, observamos que ocurrida la indivisión postcomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial, cuando no existe pacto de división y administración de los bienes sujetos a la indivisión, se continúan aplicando las reglas de la comunidad, no solo entre los cónyuges, por lo cual el titular es quien dispone y el otro da su asentimiento; sino también en relación a los terceros acreedores de los excónyuges. Éstos no pueden verse perjudicados por la nueva situación de los bienes de su deudor; es decir, que un acreedor del cónyuge titular de bienes gananciales, que tiene dichos bienes como garantía del cumplimiento de la obligación por parte de su deudor, no podrá encontrarse con que esta garantía se ve disminuida por la intromisión de los acreedores del otro cónyuge; sin perjuicio de la distribución que se haga de los bienes en la partición, en la que el acreedor tendrá derecho a participar.

Aún luego de la comunidad, durante el estado de indivisión, ninguno de los cónyuges responderá por las obligaciones del otro, salvo por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos.

“La referencia a los arts. 486 y 487 demuestra que los acreedores sólo podrán subrogarse en el derecho de peticionar la partición, por lo cual el régimen de responsabilidad y gestión se mantiene frente a ellos como si no hubiese acaecido causal de extinción alguna, y por ello se debe proceder de igual modo en las acreditaciones registrales, es decir, basta con solicitar sólo inhibiciones por el titular, y el otro no tiene derecho sobre el bien en particular, sino únicamente sobre el resultado de la liquidación de la masa de gananciales.

La disposición de un bien no importa en modo alguno la partición del bien, y el precio de él obtenido se mantiene por subrogación del bien enajenado en la masa de gananciales en estado de liquidación y pendiente de partición, del mismo modo que los frutos de los gananciales durante este período acrecen en la indivisión. Por ello, si el titular de estado civil divorciado, sin haber celebrado partición y adjudicación de las masas, pretende reinvertir ese dinero en la adquisición de otro bien registrable, éste será de carácter ganancial e integrará la indivisión (...)"⁹

En consecuencia, mientras los bienes se encuentren en estado de indivisión, sin la existencia de un convenio de administración, se aplicarán las reglas de la comunidad, tanto en la relación interna entre los excónyuges, como en la relación respecto a los acreedores de éstos, debido a que no se constituye un condominio forzoso, teniendo el excónyuge una acción de partición y su acreedor derecho a subrogarse en sus derechos en caso de inacción de aquel.

Ante un acto dispositivo de un bien comprendido en las previsiones del artículo 470 del Código Civil y Comercial de la Nación, corresponderá exigir el asentimiento del excónyuge no titular, sin la solicitud de libre inhibición respecto de éste, ya que si un acreedor quisiera subrogarse en sus derechos para pedir la partición, debería haber trabado las medidas cautelares correspondientes sobre los bienes que componen a la masa de indivisión, no siendo la inhibición de bienes la medida cautelar adecuada a tal fin.

⁹ Lamber, Néstor D. Op. Cit. página 502.

III – CONCLUSIÓN.

Luego del análisis efectuado durante el desarrollo del presente trabajo hemos logrado mantener los postulados efectuados al comienzo del mismo bajo la denominación de “ponencia”.

Consideramos que la ineficacia puede plantearse tanto en el acto jurídico asentimiento como en el acto dispositivo que lo requiere. La ineficacia del acto dispositivo por la omisión del asentimiento, es provocada por una nulidad relativa, pudiendo ser subsanado dicho vicio por un acto complejo del cónyuge no titular consistente en el asentimiento posterior y la confirmación del acto.

Concluimos que el acto jurídico de asentimiento puede ser efectuado a través de representante, por no tratarse de un acto personalísimo, siendo necesario un poder especial con facultades expresas con determinación del inmueble, quedando facultado el representante para establecer los demás elementos del acto jurídico al momento de ejercer la representación. Este representante no debe ser el cónyuge.

No podrán darse los cónyuges entre sí poder para asentir en la disposición de la vivienda familiar ni en la disposición de cualquier tipo de bien ganancial, salvo que el mismo verse sobre los elementos constitutivos del acto jurídico cumpliendo con el artículo 457 del Código Civil y Comercial. También se lo podrá considerar como un asentimiento anticipado por la conversión sustancial del apoderamiento.

No podrá aplicarse retroactivamente la ley, por lo que los asentimientos anticipados dados sobre bienes determinados durante la vigencia del Código Civil derogado, serán válidos aunque no refieran a los demás elementos constitutivos del acto jurídico; lo mismo que los poderes para asentir con determinación del objeto dados a favor del otro cónyuge en vigencia del Código velezano.

Por último, vimos también que no será necesaria la solicitud de libre inhibición por el cónyuge no titular en los casos de disposición de bienes gananciales durante la indivisión postcomunitaria, ya que no hay un condominio

forzoso en relación a los bienes de la comunidad, sino que el cónyuge no titular tiene una acción para exigir la partición. Ante la ausencia de pacto entre los cónyuges se aplican las reglas de la comunidad conforme lo normado por el artículo 482 del Código Civil y Comercial de la Nación.

BIBLIOGRAFÍA

- **Álvarez Juliá, Luis y Sobrino Reig, Ezequiel.** “Representación” en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Directores: Julio César Rivera y Graciela Medina. Coordinador: Mariano Esper. Tomo I. Thomson Reuters La Ley. 1° ed. Buenos Aires. 2015.
- **Casabé, Eleonora.** “Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario” en Incidencias del Código Civil y Comercial. Editorial Hammurabi. 2015.
- **Cerávolo, Angel F, Di Castelnuovo, Gastón R.,** “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Pautas y criterios para el ejercicio de la función notarial frente a las nuevas normas y cambios que implica”. C.F.N.A., Foro II Asamblea Ordinaria 2015 (Rosario, Santa Fe, 07-08-2.015)
- **Cerinello, Romina Ivana, Goicochea, Néstor Daniel,** “Aproximaciones al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista del Notariado Nro. 992, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, junio de 2.016.
- **Dallaglio, Juan Carlos.** “La representación voluntaria”, en Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación. Director: Claudio Kiper. Coordinador: Luis O. Daguerre. Tomo II. Rubinzal – Culzoni Editores. 1° ed. Santa Fe. 2015.
- **Falbo, Marcelo,** en Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Coordinador: Gabriel Clusellas. Ed. Astrea – FEN, 2015.
- **Giralt Font, Jaime.** “Mandato entre cónyuges” en Revista del Notariado número 914. Director: Álvaro Gutiérrez Zaldivar. Octubre / Diciembre 2013. Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Páginas 71 y 72.
- **Giralt Font, Jaime.** “Requisitos para el otorgamiento del asentimiento conyugal” en Revista del Notariado número 914. Director: Álvaro Gutiérrez Zaldivar. Octubre / Diciembre 2013. Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Páginas 68 a 70.
- **Hernández, Lidia B.** “De la Sociedad Conyugal” en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Dirección: Alberto J. Bueres. Coordinación: Elena I. Highton. Tomo 3C. Ed.

Hammurabi – José Luis Depalma Editor. 2ª reimpresión. Buenos Aires. 2007.

- **Herrera, Marisa**, "Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 2014-3, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2015, p. 11 y ss.
- **Herrera, Marisa**, "El nuevo Código y las diversas realidades familiares", Doctrina, Publicación 15-12-2.014 - www.nuevocodigocivil.com
- **Herrera, Marisa**, "El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo", Rubinzal Online, RC D 351/2014.
- **Herrera, Marisa**, "Las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: una opción legal válida", Rubinzal Online, RC D 1062/2014.
- **Herrera, Marisa**, "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial, reformar para transformar", Suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), Editorial La Ley - Thompson Reuters, Buenos Aires, 2.014, P.39 y ss.
- **Herrera, Marisa, Pellegrini, María Victoria**, "La protección de la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial", Doctrina, Publicación 30-05-2.015 - www.nuevocodigocivil.com
- **Herrera, Marisa**. "Régimen patrimonial del matrimonio", en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Director: Ricardo Luis Lorenzetti. Tomo III. Rubinzal – Culzoni Editores. 1º ed. Santa Fe. 2015.
- **Kemelmajer de Carlucci, Aida**, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino de 2.014", (publicado en Revista Jurídica La Ley el 08-10-2.014) ", Doctrina, Publicación 12-12-2.014 - www.nuevocodigocivil.com
- **Lamber, Néstor D.** "Eficacia temporal de la ley ante el asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir previos en el Proyecto de unificación" en Revista del Notariado número 912. Director: Álvaro Gutiérrez Zaldivar. Abril / Junio 2013. Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Páginas 71 a 76.
- **Lamber, Néstor D.** "Primera aproximación al asentimiento en interés familiar en el Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial" en Revista del Notariado número 912. Director: Álvaro Gutiérrez Zaldivar.

Abril / Junio 2013. Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Páginas 77 a 88.

- **Lamber, Néstor D.**, “Relaciones de familia” en Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Coordinador: Gabriel Clusellas. Ed. Astrea – FEN, 2015.
- **Medina, Graciela.** “Disposiciones comunes a todos los regímenes” en Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Directores: Julio César Rivera y Graciela Medina. Coordinador: Mariano Esper. Tomo II. Thomson Reuters La Ley. 1° ed. Buenos Aires. 2015.
- **Medina, Graciela.** “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”. Rubinzal – Culzoni Editores. 2014.
- **Méndez Costa, María Josefa.** “Derecho de Familia patrimonial (arts. 1217 a 1322) en Código Civil de la República Argentina Explicado. Directores de la obra: Compagnucci de Caso, Ferrer, Kemelmajer de Carlucci, Kiper, Lorenzetti, Medina, Méndez Costa, Mosset Iturraspe, Piedecabras, Rivera y Trigo Represas. Tomo IV. Rubinzal – Culzoni Editores. 1ª ed. Santa Fe. 2011.
- **Méndez Costa, María Josefa.** “Visión Jurisprudencial de la Sociedad Conyugal”. Rubinzal – Culzoni Editores.
- **Müller, Enrique Carlos.** “Representación” en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Director: Ricardo Luis Lorenzetti. Tomo II. Rubinzal – Culzoni Editores. 1° ed. Santa Fe. 2015.
- **Pellegrini, María Victoria,** "Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil", JA, 2012 II, 1255.
- **Solari, Néstor E.** “Derecho de Familia”.