

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

ASENTIMIENTO CONYUGAL

PODERES PARA ASENTIR OTORGADOS A FAVOR DEL CÓNYUGE

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: Escribana Ilda Graciela Sian.-

AUTOR: Escribana Alicia Verónica Castillo (Ciudad de Buenos Aires)

escribaniacastillo@yahoo.com.ar

Tel. 4362-1922

Ponencias

1. Es viable otorgar poder a favor del cónyuge para que éste en representación del otorgante preste el asentimiento en aquellos casos en que la ley lo requiere.- La única excepción está dada por la prohibición contenida en el artículo 459 del Código Civil y Comercial de la Nación que veda esta posibilidad cuando se disponga de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta.-
2. Si el cónyuge presta su asentimiento en forma anticipada deberá determinar el acto para el cual lo otorga y los elementos constitutivos del mismo conforme lo exige el artículo 457 del Código Civil y Comercial de la Nación.- Por el contrario, si otorga poder para asentar (ya sea a favor de un tercero o a favor del cónyuge –siempre y cuando el bien involucrado no sea la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta), no se requiere esta especialidad y bastará con que se identifique el bien conforme lo requiere el inciso b) del artículo 375 del citado cuerpo legal.-

Introducción:

En el presente trabajo se abordará la temática del poder para asentir a la luz del Código Civil y Comercial vigente desde el 01 de agosto de 2015, haciendo especial hincapié en los requisitos necesarios para su otorgamiento y en la posibilidad de que el mismo sea otorgado a favor del cónyuge.-

Además se diferenciará el asentimiento dado en forma anticipada, del poder que tenga por objeto expresar el asentimiento ya que difieren los requisitos exigidos por la ley para uno y otro otorgamiento.-

Supuestos en los que se requiere el asentimiento del cónyuge:

Independientemente del régimen patrimonial matrimonial que se aplique a la sociedad conyugal (ya sea régimen de comunidad o de separación de bienes) el Código Civil y Comercial de la Nación requiere el asentimiento del cónyuge para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y para disponer y/o trasladar los muebles indispensable de ésta (artículo 456 CCCN).- También se requiere la conformidad del cónyuge para administrar y disponer a título oneroso de cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente uno de los cónyuges, si se trata de los muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión (artículo 462 CCCN).-

Si el régimen aplicable a la sociedad conyugal es el de comunidad de bienes, además se requerirá el asentimiento conyugal para realizar los actos enunciados en el artículo 470¹, el cual viene a reemplazar al artículo 1.277 del Código Civil Velezano.-

Si se omite el asentimiento en los supuestos en que éste es requerido, el cónyuge que no asintió 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 patrimonial. (artículos 456, 462 y 470 CCCN).-

¹ ARTICULO 470: Bienes gananciales. La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar: a) los bienes registrables; b) 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. c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores. Al asentimiento y su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459.

Requisitos del asentimiento:

El artículo 457 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que el asentimiento debe versar sobre **el acto en sí y sus elementos constitutivos**.- De esta manera la norma echa por tierra la doctrina, mayoritariamente notarial, que admitía la posibilidad de otorgar asentimiento general en forma anticipada² y que tan criticada fue por la doctrina civilista³.- Con la reforma legislativa queda claro que el asentimiento debe ser otorgado respecto de cada acto en particular especificándose además los elementos constitutivos del mismo.-

La finalidad que este artículo persigue es la protección del cónyuge no titular y la protección del patrimonio familiar.- Sostiene parte de la doctrina que la norma apunta a que el cónyuge no titular *“exprese una real aprobación respecto a todas la especificidades del negocio jurídico que se pretende concluir, por lo que necesariamente le deben de haber sido expuestas y explicadas en forma anterior. En la práctica, ello lleva a un resultado harto positivo, al traducirse en una mas acabada protección hacia el cónyuge no disponente, quien podrá así formar un juicio propio con la mayor cantidad de elementos posibles que le permitan decidir de un mejor modo respecto a la conveniencia de brindar el asentimiento que le es solicitado”*⁴.-

Disentimos con esta postura ya que, a los fines de protección del patrimonio familiar, hubiera sido suficiente exigir que el asentimiento versara sobre la naturaleza del acto y la identificación del bien como pacíficamente lo admitía la doctrina y jurisprudencia en forma unánime.

Si interpretamos la norma en análisis de forma restrictiva, parecería ser que la misma exige, además de la individualización del bien, que se consignen las partes contratantes, el monto de la operación, plazo y forma de pago, intereses y demás condiciones del negocio; lo cual, lejos de brindar resultados positivos,

² SPOTA, Alberto G.: “Sobre las reformas al Código Civil”, Editorial Depalma, Año 1.969, pag. 48.-
MAZZINGHI, Jorge: “Derecho de Familia”, Editorial Abeledo Perrot, Año 1.972, Tomo II, pag. 350.-
CICHERO, Néstor: “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, El Derecho, Tomo 63, pag. 40.-

³ BELLUSCIO, Augusto C. y ZANNONI, Eduardo A: “Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Tomo 6, pag. 177.-
LLAMBIAS, Jorge J.: “Estudio de la Reforma del Código Civil”, Revista de Jurisprudencia argentina, Año 1969, pag. 56.-

⁴ LORENZETTI, Ricardo L.: “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo III, pag. 48.-

no hace mas que crear complicaciones y entorpecer el otorgamiento del asentimiento en determinadas situaciones.- Como bien advierte el escribano Giralt Font⁵ *“esto no generará inconvenientes cuando el cónyuge preste su asentimiento en forma coetánea con la celebración del negocio. En cambio, si quien deba conferir su asentimiento necesite formalizarlo previamente..... el sistema previsto atentará contra la posibilidad de celebrar el negocio. En efecto, es frecuente que algunas de las condiciones de la operación –en especial el precio y la forma de pago- se convengan en el acto en que el negocio se concreta, ya que son el fruto de una negociación que puede extenderse hasta el momento mismo de la celebración de la operación”*.-

Por tal motivo, otro sector de la doctrina ha entendido que el requisito de especialidad no puede ser tan estricto. *“No todos los elementos son relevantes para decidir el asentimiento conyugal; por ejemplo, los motivos subjetivos relevantes, o quién es la parte contratante con el cónyuge titular, que pueden ser indiferentes a la protección del interés familiar, o incluso el precio de la compraventa, si se respeta un piso mínimo...- Por ello bastarán solo esos elementos básicos que permitan apreciar la lesión o no al interés familiar, no siendo exigibles todos los elementos del acto jurídico”*⁶.-

En el mismo sentido se ha interpretado que por “elementos constitutivos” debemos entender: 1) Negocio a realizar (venta, permuta, dación en pago, etc.); 2) Individualización del bien; y 3) Precio mínimo de venta (eventualmente)⁷.-

Este requisito de especialidad se exige en aquellos supuestos en que el cónyuge preste personalmente el asentimiento, ya sea que lo otorgue simultáneamente con el acto de disposición o en forma anticipada.-

Requisitos cuando se otorga poder para asentir:

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación cobra nuevamente importancia la antigua distinción doctrinaria entre “asentimiento

⁵ GIRALT FONT, Jaime: “Informe del Colegio del Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista del Notariado N° 914, Año 2.014, pag. 68.-

⁶ CLUSELLAS, Eduardo G.: “Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado”, Editorial Astrea, Tomo 2, pag. 420.-

⁷ Revista Noticias de Consejo Federal del Notariado Argentino, “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Pautas y criterios para el ejercicio de la función notarial frente a las nuevas normas y los cambios que implica”, Agosto 2015, pag. 14.-

anticipado” y “poder para asentir”, tratándose de situaciones totalmente diferentes.-

Cuando el cónyuge otorga su asentimiento en forma anticipada, con esa declaración agota su actividad. El asentimiento ya ha sido manifestado y no se requiere ninguna otra declaración para su aplicación⁸.- Esta es la razón por la cual la ley exige en estos casos que el asentimiento sea “específico”, para que el cónyuge no disponente pueda ejercer en forma efectiva su facultad de control respecto del acto a otorgarse.-

Distinto es el supuesto en el cual el cónyuge otorga poder para que otro asienta en su nombre y representación.- En esta situación, se garantiza la protección del cónyuge no titular ya que éste delega en el apoderado el análisis del caso y, en base a dicho análisis, el apoderado tomará la decisión de otorgar o no el acto en ejercicio de su representación.- Es el apoderado quien ejerce el control de cada acto en concreto al momento de utilizar el poder, y es por tal motivo que el artículo 375 inciso b) del código vigente establece como único requisito que el poder contenga facultades expresas para otorgar el asentimiento debiendo identificarse los bienes a que se refiere.- Como bien sostiene el escribano Giralt Font⁹, esta disposición limita los requisitos a cumplir para conferir un poder que tenga por objeto expresar el asentimiento.-

El Código Civil y Comercial vino a modificar los requisitos del asentimiento cuando el mismo se otorga en forma anticipada pero no cuando se otorga poder para asentir.- Bastará en este último caso con que se consignen los datos del bien, sin necesidad de hacer constar además los requisitos del artículo 457.-

Durante la vigencia del Código de Velez Sarsfield, la doctrina admitía en forma unánime la posibilidad de que un cónyuge otorgara poder a favor del otro para asentir siempre y cuando constara en el mismo la facultad expresa individualizando el bien.- Como sostenía Pelosi, *“ninguna dificultad existe para que el cónyuge titular formalice el negocio en su propio nombre y a la vez intervenga en representación del otro consorte, en ejercicio del respectivo*

⁸ GIRALT FONT, Jaime: “Consentimiento General a priori”, Revista del Notariado N° 714, Noviembre-Diciembre Año 1.970, pag. 2021.-

⁹ GIRALT FONT, Jaime: “Informe del Colegio del Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista del Notariado N° 914, Año 2.014, pag. 68.-

*poder para prestar el consentimiento*¹⁰.- En el mismo sentido, en la XXII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires se concluyó que el asentimiento puede ser conferido válidamente a través de un poder genérico con cláusula expresa. Nada obsta a que el cónyuge titular actúe en representación del otro para prestar el asentimiento si fue investido de facultad suficiente para ello.-

El interrogante que se plantea con el nuevo régimen legal es el siguiente: ¿Continúa vigente la posibilidad de otorgar poder para asentir a favor del cónyuge?.-

Mandato entre cónyuges en el Código Civil y Comercial:

A diferencia de lo que ocurría en el código velezano, donde la regla general era la libre contratación entre cónyuges, salvo en aquellos supuestos en que la contratación estuviera expresamente prohibida (vgr. compraventa, donación); el artículo 1.002 inciso “d” del Código Civil y Comercial de la Nación establece como regla general la prohibición de contratar entre cónyuges que se encuentren sometidos al régimen de comunidad de bienes.-

Esta regla general encuentra su excepción en el artículo 459 del mismo cuerpo legal, que admite que un cónyuge otorgue poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, excepto para darse a si mismo el asentimiento en los supuestos en que se vaya a disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y/o se vaya a disponer o trasladar los bienes muebles fuera de ella.

De lo expuesto se infiere que un cónyuge puede dar poder al otro para que disponga de los bienes gananciales de su titularidad e incluso para que asienta en su nombre respecto de actos de disposición de cualquier bien ganancial siempre y cuando no se trate de la vivienda familiar y de los muebles que en ella se encuentran (vgr. sería viable otorgar poder al cónyuge para disponer de un automóvil o de una casa de veraneo de titularidad del otorgante o incluso para asentir la disposición de estos bienes si fueran de titularidad del cónyuge apoderado).-

¹⁰ PELOSI, Horacio: “Artículo 1.277 del Código Civil. Cuestiones relativas al consentimiento”, Revista del Notariado N° 700, Julio-Agosto Año 1.968, pag. 738.-

El artículo 459 prohíbe el otorgamiento de poder entre cónyuges en un único supuesto: Para que el cónyuge se dé a si mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456 (actos de disposición sobre vivienda familiar y/o bienes muebles que se encuentren en ella).- A contrario sensu, debemos interpretar que en todos los demás casos, el otorgamiento de poder a favor del cónyuge es viable.- La interpretación armónica de los artículos 456, 459 y 470 (que remite a los dos primeros artículos) nos permite afirmar que la prohibición no puede aplicarse extensivamente para la disposición de otros bienes registrables que integran la sociedad conyugal y a otros supuestos de asentimiento.-

Entender lo contrario significaría interpretar la norma en forma abusiva creando excepciones que la misma no contempla. Las excepciones deben interpretarse restrictivamente.-

En la 39 Jornada Notarial Bonaerense se estableció que *“la prohibición de dar poder a favor del otro cónyuge para otorgar el asentimiento, sólo es aplicable a los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables”*¹¹.-

Al poder para asentir otorgado a favor del cónyuge, en aquellos casos en que la ley lo admite, se le aplicará lo dispuesto en el artículo 375 inciso b) del Código Civil y Comercial, no siendo necesario consignar en estos casos los elementos constitutivos del acto.- En el mismo sentido se concluyó en la jornada relacionada al establecerse que *“cuando no se trate de la vivienda familiar los cónyuges pueden válidamente conferirse poder entre sí o a terceras personas, con la sola identificación del bien a que se refiere, sin necesidad de expresar el acto en sí y sus elementos constitutivos (arts. 375 inc. b. y art. 459 y su remisión al 456)”*¹².-

Conclusión:

En un primer análisis parecería existir una contradicción entre el artículo 457 que establece que el asentimiento debe versar sobre los elementos constitutivos del acto y el artículo 375 inciso b) que sólo exige la

¹¹ 39 Jornada Notarial Bonaerense: Conclusiones del Tema 7: “Matrimonio” - Mar del Plata, 25 al 28 de noviembre de 2.015.-

¹² 39 Jornada Notarial Bonaerense: Conclusiones del Tema 4: “Mandato y Representación” - Mar del Plata, 25 al 28 de noviembre de 2.015.-

individualización de los bienes, pero ambos artículos se refieren a situaciones distintas y, por lo tanto, no existe tal contradicción.- El artículo 457 hace referencia al supuesto en que el cónyuge presta su asentimiento en forma “personal”, ya sea simultáneamente con el otorgamiento del acto de disposición o anticipadamente, mientras que el inciso b) del artículo 375 se refiere al supuesto en que el asentimiento es otorgado por un “apoderado”.-

Si el cónyuge presta su asentimiento en forma anticipada deberá determinar el acto para el cual lo otorga y los elementos constitutivos del mismo conforme lo exige el artículo 457 del Código Civil y Comercial de la Nación.- Por el contrario, si se otorga poder para asentir (ya sea a favor de un tercero o a favor del cónyuge –siempre y cuando el bien involucrado no sea la vivienda familiar), no se requiere esta especialidad y bastará con que se identifique el bien conforme lo requiere el inciso b) del artículo 375 del citado cuerpo legal.-

De esta manera, la herramienta del poder para asentir otorgado a favor del cónyuge cobra fundamental importancia, ya que es de gran utilidad en aquellos supuestos en que, al momento en que el cónyuge desea o puede otorgar el asentimiento aún no están determinados los elementos constitutivos del acto y no se quiere involucrar a terceros en el otorgamiento del mismo.-

Bibliografía:

1. BUERES, Alberto J.: “Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado”, Editorial Hammurabi, Año 2014, Tomo 1.-
2. RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela: “Código Civil y Comercial de la nación comentado”, Editorial La Ley, Año 2014, Tomo II.-
3. CLUSELLAS, Eduardo G.: “Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado”, Editorial Astrea y FEN Editora Notarial, Año 2015, Tomo 2.-
4. ALTERINI, Jorge H.: “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”, Editorial La Ley, Año 2015, Tomo III.-
5. LORENZETTI, Ricardo L.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Editorial Rubinzal Culzoni, Año 2015, Tomo III.-
6. HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián: “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Infojus, Año 2015, Tomo II.-
7. 39 Jornada Notarial Bonaerense, Conclusiones del Tema 4 y Tema 7, Mar del Plata, 25 al 28 de Noviembre de 2.015.-
8. “Informe del Colegio del Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista del Notariado N° 914, Año 2.014, pag. 68.-
9. “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Pautas y criterios para el ejercicio de la función notarial frente a las nuevas normas y los cambios que implica”, Revista Noticias de Consejo Federal del Notariado Argentino, Agosto 2015, pag. 14.-
10. GIRALT FONT, Jaime: “Consentimiento General a priori”, Revista del Notariado N° 714, Noviembre-Diciembre 1.970, pag. 2021.-
11. PELOSI, Horacio: “Artículo 1.277 del Código Civil. Cuestiones relativas al consentimiento”, Revista del Notariado N° 700, Julio-Agosto 1.968, pag. 738.-

12. MARTINEZ, Karina A. y MASSONE, Mariana C: "Algunas cuestiones relativas al asentimiento conyugal", Revista del Notariado N° 901, pag. 87.-
13. LEFOSSO, Adriana M. y ZUVILIVIA, Marina C.: "Asentimiento conyugal. Poder para otorgar asentimiento y asentimiento general anticipado", Revista del Notariado N° 898, pag. 137.-