

SOCIEDAD CONYUGAL. Administración de los bienes. Asentimiento general anticipado. Actos de disposición del cónyuge. MANDATO.

DOCTRINA: 1) El asentimiento general anticipado con los actos de disposición del cónyuge implica una convención matrimonial, pues modifica el régimen patrimonial del matrimonio al tener el mismo efecto práctico que la supresión del asentimiento prescripto por el art. 1277 ( Adla, XXVII-B, 1979). Por lo tanto, viola la prohibición de los arts. 1218 y 1219, según que sea hecho -respectivamente- antes o después del matrimonio. Su revocabilidad no cambia la cuestión, pues no por revocable dejaría de alterar el régimen matrimonial, aunque fuese transitoriamente.

2) El espíritu del art. 1277 del Cód. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799) es el de requerir la conformidad con cada acto en particular y con las condiciones de cada acto, instando a la actuación común de los esposos; sus propósitos no quedan satisfechos con la autorización genérica, que quizás quisiera ser revocada cuando ya fuese demasiado tarde - por haberse enajenado el patrimonio ganancial - , frustrándose la protección legal.

3) La posibilidad de que un cónyuge dé mandato general al otro para disponer de sus bienes existe, pero no implica que también deba aceptarse el asentimiento general para la disposición de los del segundo, pues las situaciones son diferentes: en el primer caso, el mandatario debe rendición de cuentas, queda obligado a entregar al mandante lo obtenido como contraprestación de los actos de disposición, mientras que en el segundo puede sustraer definitivamente del patrimonio ganancial lo obtenido, ya que como propietario puede incluso dilapidarlo sin ninguna responsabilidad.

4) El art. 1892 in fine prohíbe dar mandato en el interés exclusivo del mandatario y el asentimiento general anticipado con los actos de disposición del cónyuge equivaldría a dar al cónyuge un mandato para que a su vez se diese a sí mismo el asentimiento para los actos de disposición, vale decir, a un mandato en el solo interés del mandatario.

Cámara Nacional Civil, Sala C.

Autos: "C., P. c/K., P. H. " (\*).

2ª INSTANCIA. - Buenos Aires, octubre 7 de 1987.

Considerando: A fs. 298 los hijos del demandado - herederos de su cónyuge fallecida - solicitaron la actualización de la mitad del saldo de precio conforme lo dispuesto en la sentencia de autos, fundados en que debió requerirse la autorización prevista por el art. 1277 del Código Civil. El juez desestimó la petición, por entender que los herederos no gozan de un mayor derecho que su causahabiente, y que ésta no hubiera podido formular oposición alguna a la venta del inmueble motivo de la litis, en los términos de la norma citada. Para arribar a tal conclusión el magistrado consideró que, dada la profesión de martillero del demandado y su constante disposición de inmuebles, debía presumirse que contaba con autorización de su cónyuge para realizar las ventas que efectuó en el doble carácter de rematador y dueño.

Al margen de señalar que no se advierte la existencia de ningún acto que revele un asentimiento tácito de la esposa del demandado, lo cierto es que las consideraciones del juez

implican admitir que existió un asentimiento general anticipado, para los actos previstos en el art. 1277 a favor de su cónyuge martillero.

Ese genérico asentimiento no sería válido, como lo sostiene gran parte de la doctrina. Tal criterio es el que triunfo en las V Jornadas de Derecho Civil celebradas en Rosario en 1971. Y las razones que llevan a dicha solución negativa son básicamente las siguientes: a ) el asentimiento general anticipado con los actos de disposición del cónyuge implica una convención matrimonial, pues modifica el régimen patrimonial del matrimonio al tener el mismo efecto práctico que la supresión del asentimiento prescripto por el art. 1277. Por lo tanto, viola la prohibición de los arts. 1218 y 1219, según que sea hecho - respectivamente - antes o después del matrimonio. Su revocabilidad no cambia la cuestión, pues no por revocable dejaría de alterar el régimen matrimonial, aunque fuese transitoriamente; b) el espíritu de la ley es el de requerir la conformidad con cada acto en particular y con las condiciones de cada acto, instando a la actuación común de los esposos; sus propósitos no quedan satisfechos con la autorización genérica, que quizá quisiera ser revocada cuando ya fuese demasiado tarde por haberse enajenado el patrimonio ganancial, frustrándose la protección legal; c) el art. 1892 in fine, prohíbe dar mandato en el interés exclusivo del mandatario, y el asentimiento general anticipado equivaldría a dar al cónyuge un mandato para que a su vez se diese a sí mismo el asentimiento para los actos de disposición, vale decir, a un mandato en el solo interés del mandatario; d ) la posibilidad de que un cónyuge dé mandato general al otro para disponer de sus bienes existe, pero no implica que también deba aceptarse el asentimiento general para la disposición de los del segundo, pues las situaciones son diferentes: en el primer caso, el mandatario debe rendición de cuentas, queda obligado a entregar al mandante lo obtenido como contraprestación de los actos de disposición, mientras que en el segundo puede sustraer definitivamente del patrimonio ganancial lo obtenido, ya que como propietario puede incluso dilapidarlo sin ninguna responsabilidad ( conf. Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil argentino, Familia, t. I, núm. 396; Fassi, Santiago C. Bossert, Gustavo, Comentario al art. 1277, núm. 17, p. 56; Zannoni, Eduardo A. Derecho de familia, t. I, núm. 409. p. 599; Méndez Costa, María J., "Mandato entre cónyuges", J.A., doctrina 1971, p. 311; Cafferata, José, "Invalidez del asentimiento conyugal general anticipado" ( Rev. LA LEY, t. 1975-D, p. 603; Vidal Taquini, Régimen, núm. 288, p. 361; Cornejo, Raúl, "El régimen de bienes en el matrimonio y la ley 17711", Rev. LA LEY, t. 132, p. 1350; Belluscio, Augusto C., Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado; t. 6. núm. 24, ps. 177/8) .

Por estas consideraciones, se resuelve: revocar la resolución de fs. 307/8 y admitir el reajuste pretendido a fs. 298. Con costas (art. 69, Cód. Procesal ). - Jorge Alterini. - Agustín Durañona y Vedia. - Santos Cifuentes. ( Sec.: Luis A. Dupou).  
(Ver comentario siguiente)

#### ASENTIMIENTO GENERAL ANTICIPADO. SU VALIDEZ NOEMÍ DELLE COSTE DE SOSA

El artículo 1277 del Cód. Civil es objeto de análisis desde el año 1968. Hoy, veinte años después de la introducción de la figura del asentimiento conyugal a nuestra legislación, debemos seguir ocupándonos del tema, lo cual no deja de ser sintomático; es la muestra de que existen en el derecho dificultades que nos mueven como sociedad; los temas nos ocupan tanto tiempo, los discutimos, los escribimos y los analizamos de tal manera que no acabamos nunca de resolverlos en forma definitiva.

El motivo de la controversia es hoy, el alcance que puede tener el asentimiento, esto es, general y anticipado o especial para cada acto que lo requiera.

El fallo que antecede niega valor al general y anticipado en base a los siguientes argumentos:

I. El asentimiento general anticipado, con los actos de disposición del cónyuge, implica una convención matrimonial, al tener el mismo efecto práctico que la suspensión del asentimiento, violando así los arts. 1218 y 1219 del Cód. Civil (según sea prestado antes o después del matrimonio).

II. Su revocabilidad no cambia la cuestión, pues no por revocable dejaría de alterar el régimen matrimonial, aunque fuere transitoriamente.

III. El espíritu del art. 1277 del Cód. Civil es el de requerir la conformidad con cada acto en particular.

IV. Existe la posibilidad de que un cónyuge dé a otro mandato general para disponer de sus bienes, lo que no implica que también deba aceptarse el asentimiento general; en el primer caso, el mandatario debe rendición de cuentas; en el segundo, puede sustraer definitivamente del patrimonio ganancial lo obtenido.

V. El art. 1892, Cód. Civil in fine prohíbe dar mandato en el interés exclusivo del mandatario, y el asentimiento general anticipado equivaldría a dar al cónyuge un mandato para que a su vez se diese a sí mismo el asentimiento para los actos de disposición.

El primero de los argumentos utilizados expresa que el asentimiento general anticipado implica una "convención matrimonial". Siguiendo los comentarios de Bellusci(1) al art. 1217 y siguientes del Cód. Civil, entiéndese por convención o capitulación matrimonial, contrato de matrimonio o convención prenupcial, el acuerdo celebrado entre los futuros cónyuges con el fin de determinar el régimen matrimonial al que quedarán sometidos, o bien alguno de los aspectos de sus relaciones patrimoniales. Sólo pueden tener hoy por objeto la designación de los bienes que cada uno llevará al matrimonio y las donaciones que el esposo hiciera a la esposa. Sólo puede ser hecha antes de contraerse el matrimonio, y tiene los siguientes caracteres:

- 1) son solemnes (ad solemnitatem, art. 1223, Cód. Civil);
- 2) son condicionales: dependen de la celebración y validez del matrimonio;
- 3) son inmutables: art. 1219, Cód. Civil.

Como vemos, aun cuando el fallo sigue en su argumentación al mismo autor que citamos, no guarda coincidencia el primer argumento utilizado con la definición de convención matrimonial que transcribimos; ésta se celebra "antes" del matrimonio, el asentimiento conyugal exige un matrimonio constituido y la necesidad de disponer o gravar los bienes gananciales 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 o el inmueble propio de uno de los cónyuges en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Tampoco serían aplicables en esta etapa, por el mismo motivo, los arts. 1218 y 1219 del Cód. Civil.

Con relación al "espíritu" del art. 1277 del Cód. Civil debemos recordar, como dice Mazinghi(2), que "el asentimiento no es un acto de disposición, sino que constituye un acto jurídico específico, que tiende a integrar la facultad de disponer del cónyuge titular. Además, el artículo 1277 es una norma excepcional, en cuanto restringe el principio general

del artículo 1276, conforme al cual, cada cónyuge está facultado para la libre administración y disposición de los gananciales que adquiriera. Y como norma excepcional que es, procede interpretarla con criterio restrictivo..." Tampoco es posible equiparar el asentimiento general anticipado a una renuncia de derecho, al contrario. Sostiene Cichero(3): "Constituye la afirmación de un derecho que la ley acuerda al cónyuge no titular: el de oponerse a los actos de disposición o autorizarlos..." "Su interpretación debe ser lo más acorde con el espíritu de la comunidad de vida que el matrimonio implica, el cual se ve robustecido por la prueba de confianza que constituye el otorgamiento de un poder especial, concebido en términos generales, por parte de un cónyuge en favor del otro, para que éste preste en su nombre el asentimiento conyugal", o, agregaría yo, prestarlo directamente con anticipación sin necesidad de apoderamiento alguno al cónyuge o un tercero, ya que el art. 1277 no establece modalidades para su formulación. Recordando a su vez que el mismo es esencialmente revocable(4).

El tercero de los argumentos esgrimidos es el más endeble. Reconocer la posibilidad del otorgamiento de mandato general al cónyuge para disponer de sus bienes, basado en la rendición de cuentas del mandatario y negar la posibilidad del asentimiento general anticipado, por la posibilidad de sustracción del patrimonio ganancial de lo obtenido, es confundir conceptos. Si el asentimiento general y anticipado puede ser objeto de un mandato especial concebido en términos generales, es obvio que tal asentimiento puede ser prestado por el cónyuge con igual carácter, general y anticipado, pues, como dice Mazzinghi(5), "de lo contrario se llegaría a la absurda conclusión de que el cónyuge en cuestión no puede hacer directamente lo que puede hacer por medio de un mandatario". Con relación a la segunda parte del argumento debemos recordar que los efectos del negocio dispositivo sólo alcanzan al cónyuge titular; el asentidor queda al margen de los efectos del negocio fundamental(6), aun cuando desde el punto de vista económico pueda suponérselo interesado en su resultado. Por tal razón, sea el asentimiento otorgado en forma general y anticipada o en forma especial para cada acto, los riesgos de dilapidación del patrimonio ganancial por el cónyuge titular son idénticos. Nadie mejor que el cónyuge asentidor para controlar dicha situación y, ante la disminución o pérdida de su confianza, revocar el asentimiento general otorgado y "reasumir el derecho conferido y no ejercido"(7). Con relación a la prohibición del art. 1892 del Cód. Civil, en cuanto prohíbe el mandato conferido en interés exclusivo del mandatario, "no nos parece consistente, señala Mazzinghi(8), pues de aplicarse dicho criterio, tampoco procedería el mandato especial para un acto determinado, por un cónyuge al otro, a fin de que preste el asentimiento en su nombre, ya que podría interpretarse tal mandato respondería al exclusivo interés del mandatario. Y la verdad es que el asentimiento para disponer de un bien ganancial no se confiere en interés exclusivo del cónyuge vendedor, sino en el interés de ambos, pues ambos se beneficiarían, al disolverse la sociedad conyugal, de la gestión patrimonial cumplida".

También es dable destacar que la declaración del asentimiento no es un derecho personalísimo (de lo contrario no cabría la posibilidad de la autorización judicial supletoria)(9) sino de contenido patrimonial, pudiendo por lo tanto ser ejercido personalmente por el cónyuge interesado, o por otra persona en la que puede delegar tal facultad.

Resulta además incongruente que un cónyuge pueda conferir al otro poder para que disponga de sus bienes propios y de los gananciales cuya administración le corresponde, y no pueda otorgar su asentimiento general para que el otro cónyuge pueda disponer de los bienes que la ley pone bajo su administración(10).

Luego de lo expuesto, resulta obvio que discrepo de la conclusión a la que arriba el fallo analizado, siendo congruente mi postura con la mayoría de la doctrina notarial, que no tiene mayores dudas al respecto (XII Jornada Notarial Argentina, Chaco, 1968; consulta Colegio

de Escribanos Capital Federal, 1968; Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1974). Tal vez por la perspectiva tan particular que, como operadores del derecho, el tema nos brinda cotidianamente. Es mi deseo que nuestra persistencia consiga un cambio de criterio jurisprudencial, pero "antes de los próximos veinte años".