

## PODER GENERAL. CARENCIA DE FACULTAD PARA PRESTAR EL ASENTIMIENTO CONYUGAL. CONSENTIMIENTO GENERAL ANTICIPADO. NULIDAD RELATIVA. PRESCRIPCIÓN. SUBSANACIÓN\*

### Doctrina:

- 1- *Si el apoderamiento carece de facultad expresa al efecto, el mandatario no se halla legitimado para declarar el asentimiento exigido por el artículo 1277 del Código Civil.*
- 2- *Es nulo, de nulidad relativa, el acto de disposición de un inmueble ganancial que omitió el asentimiento exigido por el art. 1277 del Código Civil.*
- 3- *La prescripción de la acción de nulidad se opera a los diez años, contado ese plazo desde la fecha del acto viciado.*
- 4- *La subsanación del acto se produce por cualesquiera de los medios enunciados por el consultante: confirmación por la cónyuge cuya conformidad se omitió o por sus herederos, renuncia expresa de la acción; convalidación judicial, viable por aplicación del principio de conservación del negocio jurídico. En el caso sería procedente la acción dirigida contra los herederos de la cónyuge cuyo asentimiento se omitió, ejercida por el adquirente por subrogación de los derechos y acciones correspondientes al deudor (titular del derecho de disposición), transmitidos a sus herederos, lógicamente, será im-*

---

\* Aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 07/04/1998 sobre la base de un dictamen preparado por el Esc. Francisco Cerávoló.

*prescindible la apertura y tramitación de los respectivos procesos sucesorios.*

## I. Antecedentes:

I.1. En escritura del 31 de marzo de 1992, otorgada ante la escribana N. B., se documentó la venta efectuada por el señor M., casado, respecto de un inmueble que adquirió siendo del mismo estado civil; en dicha escritura, el nombrado señor M., en representación de su esposa, declaró el asentimiento exigido por el art. 1277 del Código Civil, acreditando personería con primer testimonio de escritura que documentó el poder conferido por su cónyuge “para que venda... o de cualquier otro modo enajene o transfiera a título oneroso toda clase de bienes muebles, inmuebles, ya sea que estén a su solo nombre, de la sociedad conyugal, o en condominio con otras personas... por los precios, formas de pago...; lo faculta para que transmita el dominio y para que otorgue y firme las escrituras públicas...”

I. 2. El colega consultante observa el título en razón de no resultar del poder facultades expresas para otorgar el asentimiento requerido, destaca la incorrecta terminología utilizada y, textualmente, añade: “... según nuestro sistema jurídico no es posible que existan bienes a nombre de la sociedad conyugal sino que los bienes son de uno u otro cónyuge, en carácter de propios o gananciales (conforme art. 1276 del Código Civil) y no creo tampoco que de ello pueda interpretarse que la otorgante dio poder para que su apoderado otorgue el asentimiento conyugal en su nombre, como aparentemente entendió la escribana que autorizó la escritura de venta, pues tuvo por válida la representación”. Consecuentemente, entiende el consultante que nos hallaríamos en presencia de “un acto nulo de nulidad relativa, o bien de un acto anulable de nulidad relativa, o bien de un acto inoponible a la cónyuge del vendedor, ello según la doctrina en la cual nos enrolemos; añade que habrían fallecido el señor M. y su esposa, por lo que la subsanación del acto debería proceder “por confirmación del mismo o renuncia de la acción efectuada por los herederos de la cónyuge cuyo asentimiento se omitió; por convalidación o autorización judicial o por prescripción decenal de la acción...”

## II. Consideraciones:

II.1. Estimamos acertado el enfoque de la cuestión; ergo, anticipamos coincidencia con las opiniones del colega que consulta.

II.2. La profunda modificación introducida por la ley 17711 al régimen jurídico patrimonial del matrimonio originó una tan nutrida como valiosa bibliografía. La administración y disposición de los bienes gananciales ha sido materia de exhaustivos análisis en tratados, colaboraciones en revistas jurídicas, congresos y consultas a colegios notariales, en los que cabe advertir coincidencias, totales o parciales, discrepancias y diferencias de matices con relación a los diversos aspectos atinentes a la materia.

II.3. Uno de los temas que mereció especial atención por civilistas y notarios fue -sigue siendo- el de la eficacia de los denominados asentimientos ge-

nerales anticipados, exclusivamente como tales o como apoderamientos al cónyuge disponente o a un tercero en los que se incluye expresa y genéricamente la facultad de declarar el asentimiento prescripto por el art. 1277 del Código Civil.

II.4. A poco de sancionada la ley 17711, el entonces Instituto de Cultura Notarial se pronunció a favor de la viabilidad del asentimiento general anticipado en estos términos: “El asentimiento podrá exteriorizarse por cualquiera de los siguientes medios. a) En el mismo documento que contenga el acto que necesita el requisito legal... b) Declaración previa, en escritura pública (para los supuestos del art. 1184 inc. 7) ya sea con carácter especial para determinado caso o negocio concreto o con alcance general, aun sin limitación de tiempo, especificando claramente si abarca todos o parte de los actos enumerados en el art. 1277 y con expresa indicación de cuáles son ... c) Poder a favor del otro cónyuge o de un tercero, el que siempre deberá contener facultad expresa. Sea para un negocio concreto o para varios o todos los negocios, conforme se ha explicado en el apartado anterior”. Se expresó además: “No cabe objetar la declaración de consentimiento con carácter general, estimando que importa una renuncia a sus derechos. Así lo ha interpretado la doctrina en los países en que rigen disposiciones similares. En nuestro ordenamiento jurídico tiene respaldo en el art. 19 del C. Civil, ya que sólo mira al interés individual y no está prohibida dicha renuncia” (ley 17711. Aplicación en la Actividad Notarial. Publicación del Consejo Federal Argentino, pág. 99).

II.5. En ilustrada conferencia que tuvo lugar en la sede de este Colegio el 18 de julio de 1968, Carlos A. Pelosi, con apoyo de autorizada doctrina extranjera, llegó a conclusiones iguales a las recordadas en el precedente párrafo, destacando: a) “En nuestra ley no está en juego exclusivamente la salvaguardia de los derechos de la esposa, sino de ambos cónyuges. Desaparece, en consecuencia, el sostén biológico o sentimental que sirve para constituir la doctrina que atribuye debilidad o impericia... que ya no existe... en la mujer”. b) El art. 1276 del C. Civil, en su nuevo texto, admite que uno de los cónyuges pueda administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro con mandato expreso o tácito conferido por éste, sin obligación de rendir cuentas. c) El artículo 19 de nuestro C. Civil establece que podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal de que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia. d) No hay disposición alguna, anterior o posterior a la ley 17711 que prohíba la prestación del consentimiento general, ni la declare nula” (Cuestiones relativas al consentimiento. Ed. Abeledo-Perrot, págs. 44/45).

II.6. En la misma corriente doctrinal asevera Mazzinghi: “Por lo tanto, el mandato para prestar dicho asentimiento debe ser conferido con mención expresa de esa facultad, pero puede estar formulado en términos generales”; se funda, entre otras cosas, en estas razones “si un cónyuge puede dar al otro o a un tercero un mandato especial concebido en términos generales para disponer de sus bienes propios o gananciales, parece lógico que también pueda otorgarlo para prestar el asentimiento exigido por el artículo 1277, respecto

de los gananciales del cónyuge mandatario...” “Si el asentimiento... puede ser objeto de un mandato especial concebido en términos generales, nos parece obvio que tal asentimiento pueda ser prestado directamente por el cónyuge, con igual carácter -general y anticipado”... “Además, el artículo 1277 es una norma excepcional en cuanto restringe el principio general del artículo 1276..., procede interpretarla con criterio restrictivo...”; “... el asentimiento general y anticipado es un modo de cumplir con la exigencia legal que reclama ese asentimiento, pero no establece modalidades en cuanto a su formulación. Por cierto que es requisito indispensable que el asentimiento sea revocable, porque en caso contrario, se produciría la violación de la norma imperativa”... “Es necesario tener en cuenta que no existe norma prohibitiva sobre el punto que nos ocupa y por lo tanto, es de aplicación el artículo 19 de la Constitución Nacional, conforme al cual nadie está privado de hacer lo que la ley no prohíbe” (*Derecho de Familia*, T.II, págs. 351 y 352).

II.7. En dictamen del escribano Jorge F. Dumón, vocal titular de la Comisión de Consulta del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, se juzgó insuficiente para el cumplimiento del recaudo prescrito por el art. 1277 del C. Civil el poder para actos de disposición conferido por el esposo de una cotitular del dominio por no contener la expresa facultad de asentir (*Rev. Notarial* N° 805, pág. 1642). En igual sentido se pronunció la escribana Silvia R. Martinelli -miembro de la Comisión de Consultas de la Delegación San Isidro- colacionando, además de las conclusiones a que arribó el Instituto Argentino de Cultura Notarial, el dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas de este Colegio, publicado en *Revista del Notariado* N° 747 y dictámenes reiterados de la comisión respectiva del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires publicados en *Revista Notarial*; en el mismo expediente vertió su opinión contraria el escribano Carlos N. Gattari, -vocal de la Comisión Central de Consultas- llegando a la conclusión de que debe considerarse implícito el consentimiento conyugal del artículo 1277 del C. Civil en un poder general amplio otorgado por ambos cónyuges.” (*Rev. Notarial*, N° 825, pág. 1824). La buena doctrina vuelve a lucir en dictamen del escribano Rubén A. Lamber que así expresa su opinión: “... el poder general por amplio que sea, en la enunciación de actos de disposición autorizados, incluyendo tanto los que se refieran a bienes propios o gananciales, como los que ya tiene en su patrimonio o los que ingresen en el futuro, no es suficiente para otorgar el asentimiento conyugal prescrito por el art. 1277 del C. Civil, si así no se lo expresó en forma expresa e indubitable.” (*Rev. Notarial*, N° 905, pág. 1050).

II.8. Adherimos a la doctrina referida en los incisos 4 a 7 precedentes. No obstante advertimos que en la interpretación mayoritaria de nuestros civilistas y en la jurisprudencia patria prevalece la tesis que niega eficacia a los asentimientos generales anticipados y, coherentemente, a los apoderamientos que, en términos generales, autorizan su declaración por el representante. Al abordar el tema de la forma de otorgar el asentimiento, afirma Belluscio: “El cónyuge no propietario debe consentir individualmente cada acto del otro que requiere el consentimiento. No bastaría, a mi juicio, una autorización general ni

un mandato del cónyuge en favor del otro que lo autorice a prestar el consentimiento; en ambos casos quedaría desvirtuado el propósito de la ley, que es que el cónyuge consienta los actos que puedan ocasionar una disminución del activo de la sociedad conyugal, fuera de que en el segundo, mal podría aceptarse que el cónyuge propietario se diese a sí mismo el consentimiento como mandatario del otro. En caso de que el cónyuge propietario dé mandato a un tercero para efectuar el acto, el otro cónyuge deberá, o bien concurrir al acto ejecutado por el tercero, o bien consentir el otorgamiento del mandato. Pero no bastaría que consintiese un mandato general otorgado para realizar todos o algunos de los actos que requieren consentimiento suyo, pues por esa vía también se desvirtuaría la necesidad de otorgarlo con relación a actos particulares y en condiciones determinadas.” (*El régimen matrimonial de bienes en la reforma del Código Civil*, L.L., T. 131, págs. 1458 a 1473).

II.9. Llambías, luego de criticar con dureza el nuevo texto del art. 1277, se muestra contrario a la viabilidad de un poder general entre esposos para disponer, aduciendo que “no sólo choca con el principio esencial que veda para esa clase de actos el mandato general, sino que implicaría, en los hechos, volver a la situación precedente a la reforma.” (*Estudio de la Reforma del Código Civil*, pág. 56 y nota 49).

II.10. Escribe Borda que “debe considerarse insuficiente y, por consiguiente inválida, una autorización general para disponer de los bienes gananciales dada por el cónyuge no administrador al administrador, porque si se lo admitiera se frustraría el propósito tuitivo de la ley y se facilitaría el despojo que se ha propuesto evitar” (*La Reforma de 1968 al Código Civil*, N° 345, pág. 489).

II.11. Tras colacionar la declaración de las V Jornadas de Derecho Civil (año 1971) en el sentido de la invalidez del asentimiento general anticipado, bajo cualquier forma, incluida la del mandato en favor del otro cónyuge o de un tercero, sostiene Zannoni que “el control de mérito que la ley confiere al cónyuge y que se traduce en la exigibilidad de su asentimiento es imperativo, y por ende irrenunciable...” “Porque un asentimiento general anticipado contiene, de un modo u otro una abdicación de ese control, al importar para el cónyuge que lo obtiene a su favor, la posibilidad de ejecutar los actos de disposición en el futuro por su sola decisión”; en notas 124 y 125 cita opinión concordante de Cafferata y fallos de la Sala A de la Cámara Nacional Civil y Cámara Primera Civil y Comercial del Mar del Plata, publicados en *E.D.*, T. 55, pág. 337 y T. 41, pág. 738, respectivamente (*Derecho de Familia*, T. I, N° 451, pág. 550).

II.12. En la la misma línea de pensamiento se ubican Vidal Taquini (*El régimen de Bienes en el Matrimonio*, N° 250, págs. 250 y 251) y el Código Civil Anotado de Jorge J. Llambías y Atilio A. Alterini (T. III-A, art. 1277, acápite *Jurisprudencia*, parágrafo 1, Generalidades, Nota 16, donde se apunta como doctrina correcta la emanada del fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala A, antes citado. También Cornejo, Guastavino, Fassi-Bossert, etcétera.

II.13. Consta más arriba nuestro acuerdo con la tesis que propugna la eficacia del asentimiento general anticipado; participamos de los fundamentos

que la sostienen. No obstante, la predominancia de la posición contraria entre nuestros civilistas y la tendencia de las decisiones judiciales en tal sentido constituyen una realidad actual insoslayable y, consiguientemente, obligan al notario a profundizar el examen del título en los casos particulares en que debe intervenir y a adoptar las previsiones pertinentes en la redacción de las escrituras que documenten sentimientos conyugales y poderes que faculten para declararlo, indagando la voluntad del otorgante y plasmándola en el instrumento con la mayor precisión y claridad.

II.14. En el caso sub examen cabe concluir -en razón de la insuficiencia del poder- que se ha omitido el asentimiento ordenado por la ley; ello no importa ignorar que el asentimiento puede ser tácito y que es posible que hubiera estado en la voluntad de la poderdante conferir esa facultad, pero apreciaciones de tal índole han de juzgarse excedentes de la órbita notarial, reservadas exclusivamente a los órganos jurisdiccionales en el debido proceso.

II.15. Como destaca el autor de la consulta, la omisión del asentimiento provoca la nulidad relativa del acto de disposición o, en la opinión de parte de los tratadistas, su inoponibilidad al cónyuge no disponente o sus herederos. Si se entiende que el asentimiento conyugal es un negocio jurídico, unilateral y recepticio, integrativo del poder de disposición que la ley atribuye al cónyuge titular del dominio de bienes gananciales, inmuebles, derechos o muebles registrables (inclusive del inmueble propio en el supuesto especial contemplado en el segundo párrafo del art. 1277), forzoso es colegir que su omisión determina la insuficiencia de legitimación de quien así pretendió disponer. La violación del requisito impuesto por la ley torna nulo al acto, con sujeción a la norma del art. 1042 del Código Civil y también con arreglo a lo dispuesto por el art. 1043, aplicable en adecuada interpretación extensiva. Se trata de nulidad relativa, sólo invocable por el cónyuge que debió declarar conformidad o por sus herederos, doctrina ampliamente mayoritaria (Belluscio, ob. cit., N° 20, págs. 1470/71; Llambías, ob. cit., pág. 381 y nota 453, Borda, *La reforma de 1968 al Código Civil*, N° 353, pág. 497; Mazzinghi, ob. cit., T. II, N° 278, pág. 360; Llambías y Alterini, ob. cit., T. III-A, pág. 301; Zannoni, ob. cit., N° 455, pág. 554 y fallos citados por el autor en nota 141, pág. 555. Ver en este autor crítica a la tesis de la inoponibilidad, pág. 557, con la que coincidimos). Además, resúmenes de fallos en reseña jurisprudencial en *E.D.*, T. 95.

II.16. La ley no fijó un plazo especial para la prescripción de la acción competente al cónyuge cuya conformidad se omitió (o a sus herederos), por consiguiente, es aplicable la norma del art. 4023 que dispone el transcurso de diez años “para interponer la acción de nulidad, trátase de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor.” Belluscio entiende que el plazo decenal “corre a partir del conocimiento del acto viciado por el cónyuge no propietario”. Por su parte, Zannoni aprueba el criterio respecto de la aplicabilidad del art. 4023 sin referirse al momento de iniciación del plazo (pág. 556). A su vez, Llambías coincide en la afirmación de la prescripción decenal, disintiendo del criterio de Belluscio en punto al inicio del plazo; sobre el particular asevera que el plazo “se cuenta desde la celebración del acto, porque desde entonces

hay acción de impugnación, sin perjuicio de la prolongación del plazo si mediare imposibilidad de accionar, tal vez por desconocimiento del hecho, y el titular de la acción la promoviere dentro de los tres meses siguientes al cese del impedimento (conf. nuevo art. 3980). Es un lapso excesivo que debió ser acortado para esta hipótesis a dos años como en otros supuestos semejantes.” A renglón seguido critica este autor la posición de Belluscio afirmando: “Es un criterio que exagera la duración de una acción ya muy larga...” (ob. cit., nota 453, pág. 381).

II. 17- En artículo publicado en *Revista del Notariado*, N° 790, pág. 1089, Vernengo Prack afirma que el plazo de la prescripción de la acción fundada en la omisión del asentimiento es de dos años contados desde la fecha del acto de disposición; para ello argumenta que el plazo menor a que se refiere el párrafo final del art. 4023 “está explícitamente previsto en el art. 4031”, cuyo párrafo inicial reza: “Se prescribe también por dos años la acción de nulidad de las obligaciones contraídas por mujeres casadas, la de los menores de edad y los que están bajo curatela”, continúa diciendo este autor: “...después de la ley 17711, cualquier cónyuge necesita autorización competente. Es decir, el consentimiento expreso del otro cónyuge o, en su defecto, del juez. Por ende, el art. 4031 tiene plena vigencia y aplicación. Si surgiera alguna duda hermenéutica, el art. 3, inc. 1 de la ley 17711, que equiparara la mujer con el hombre, incluso la casada, la diluye...” (“Prescripción bienal de la acción de nulidad por falta del consentimiento del cónyuge”). No parece aceptable esta tesis por dos razones decisivas: a) El art. 4031, como excepción que es a la regla general del 4023 no puede ser objeto de interpretación analógica. b) El asentimiento conyugal es exigido en el negocio de disposición y no en el de obligación; al respecto se recuerda y comparte por Zannoni la afirmación del Guaglianone (*Régimen patrimonial del matrimonio*, T. II, p. 348) en el sentido de que el cónyuge titular tiene libre facultad para otorgar por sí actos que generen la obligación de transmitir y éstos, en puridad, no requieren ese asentimiento” (ob. cit., N° 439, p. 535).

II. 18- Finalizamos el tratamiento de ese aspecto del tema, expresando coincidencia con el temperamento que afirma la aplicación de la prescripción decenal consagrada por el art. 4023 del Código; al no determinar este precepto el momento en que comienza el plazo, como lo hacen otros del mismo título (v.g.: arts. 4030 y 4031), debe concluirse que el mismo se computa desde la fecha del acto de disposición. Adviértase que en materia de transmisión de inmuebles, el adquirente con buena fe y justo título podrá oponer al eventual accionante la prescripción consagrada por el art. 3999; esa buena fe se presume (art. 4008) y consiste en “la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa” (art. 4006).

## Conclusiones:

III.1- Si el apoderamiento carece de facultad expresa al efecto, el mandatario no se halla legitimado para declarar el asentimiento exigido por el artículo 1277 del Código Civil.

III.2- Es nulo, de nulidad relativa, el acto de disposición de un inmueble ganancial que omitió el asentimiento exigido por el art. 1277 del Código Civil.

III.3- La prescripción de la acción de nulidad se opera a los diez años, contado ese plazo desde la fecha del acto viciado.

III.4- La subsanación del acto se produce por cualesquiera de los medios enunciados por el consultante: confirmación por la cónyuge cuya conformidad se omitió o por sus herederos, renuncia expresa de la acción; convalidación judicial, viable por aplicación del principio de conservación del negocio jurídico. En el caso sería procedente la acción dirigida contra los herederos de la cónyuge cuyo asentimiento se omitió, ejercida por el adquirente por subrogación de los derechos y acciones correspondientes al deudor (titular del derecho de disposición), transmitidos a sus herederos, lógicamente, será imprescindible la apertura y tramitación de los respectivos procesos sucesorios.