

## Asentimiento conyugal. Poder para otorgar asentimiento y asentimiento general anticipado\*

Adriana M. Lefosso\*\* y Marina C. Zuvilivia\*\*\*

### Sumario:

**I. Introducción II. Generalidades del apoderamiento. Concepto. Contenido negocial III. A) Asentimiento conyugal: Concepto. Ausencia de asentimiento. Forma del asentimiento IV. Diferencias entre poder (apoderamiento) para otorgar asentimiento conyugal y asentimiento V. Diferentes efectos entre asentimiento anticipado y poder para dar asentimiento conyugal VI. Conclusiones VII. Tipos de asentimiento. A) Postura por la validez. B) Postura por la invalidez del asentimiento general VIII. Nuestra postura. Conclusiones IX. Propuestas**

### I. INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo procuraremos esclarecer las diferencias que, desde ya entendemos y adelantamos, existen entre *asentimiento conyugal* y *poder para otorgar* el referido asentimiento. Vale decir, las diversas *formas* viables para el otorgamiento del asentimiento conyugal en los casos de actos de disposición del cónyuge único titular de un bien ganancial, en un todo de acuerdo a lo prescripto por el artículo 1277 del Código Civil. Asimismo, abordaremos la "dialéctica" planteada entre el Asentimiento *General* Anticipado, en sus dos modalidades (Apoderamiento General y Asentimiento General Anticipado) y Asentimiento Anticipado *determinando* el *acto* en partición (y sus modalidades: Apoderamiento y Asentimiento Anticipado). Para lo cual deberemos analizar los diversos *efectos* jurídicos que acarrearán, conforme nos enrolemos en una u otra postura doctrinal.

(\*) Este trabajo fue distinguido con el primer premio en la XXXV *Convención Notarial* del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

(\*\*) Abogada. Escribana titular del Registro de Contratos Públicos n° 574 de la ciudad de Rosario.

(\*\*\*) Abogada. Escribana Pública. Escribana titular por concurso del Registro de Contratos Públicos n° 328, de la ciudad de Rosario. Profesora Adjunta por concurso de la materia Derecho Civil III de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesora Adjunta de la materia Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la UNR. Profesora Adjunta de la materia Derecho Notarial I de la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana. Sede Rosario. Docente de la materia Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNR, Argentina.

Finalmente, intentaremos superar dicha "dialéctica" y arribar felizmente a una "síntesis". Para lograrlo hemos considerado de vital importancia el análisis de la *ratio legis* del ordenamiento jurídico, relacionarlo con al Régimen Patrimonial Matrimonial actual y la conveniencia de una posible *modificación* del mismo.

## II. GENERALIDADES DEL APODERAMIENTO

### CONCEPTO

Al abordar el instituto del Apoderamiento, nos es preciso analizar la temática de los distintos conceptos de los términos *Poder*, *Mandato* y *Apoderamiento*. Si recurrimos a la normativa positiva, el artículo 1869 define al *Mandato* de la siguiente forma: "El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder que ésta acepta para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza".

En la *XI Jornada Notarial Bonaerense* se estableció que el poder de representación es la declaración de voluntad unilateral y recepticia, independiente de la relación interna que subyace, en cuya virtud los negocios concluidos por el apoderado en nombre del poderdante y en ejercicio de las facultades de obrar conferidas producirán efectos, inmediata y exclusivamente, en la esfera jurídica del presentado<sup>1</sup>.

Con lo cual podemos afirmar que la representación es –como a nosotros nos gusta definirla– la figura jurídica que permite otorgar en otro la facultad para actuar en nuestro nombre y por nuestra cuenta; el poder es el instrumento que exterioriza y/o representa la figura ante dicha, y ambos existen en la medida que existe un mandato, que es el contrato base que regula como tal la relación existente entre mandante y mandatario, y que puede ser exteriorizado como en el caso del mandato como representación que es al cual estamos refiriendo, o puede no ser exteriorizado (mandato sin representación: cuando el tercero ignora la relación existente de mandato oculto).

Bien se ha dicho<sup>2</sup> que la representación NO es un negocio jurídico, sino una situación jurídica, la cual posee diversas causas fuente. Puig Brutau la ha definido como "aquella institución en cuya virtud una persona, debidamente autorizada o investida de poder, otorga un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, recayendo sobre ésta los efectos normales consiguientes"<sup>3</sup>.

(1) *XI Jornada Notarial Bonaerenses*, Comisión III, A, *Revista Notarial*, Nº 772, pp. 856/57.

(2) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Mandatos*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1996, p. 70.

(3) ROCA SASTRE, Ramón M y PUIG BRUTAU, José, "Estudios de Derecho Privado", *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1948, Tomo I, p. 114.

Si analizamos esto, que hemos dado en llamar *figura de la representación* es dable distinguir una doble relación: desde un aspecto, entre el mandante y el mandatario y desde otra óptica, la relación entre el mandatario y los terceros. Esta doble relación es planteada por Carlos Gattari<sup>4</sup>, enunciando una doble relación jurídica: a) *Interna*: entre el representante y el representado; b) *Externa*: entre el representante y el tercero.

En la relación interna se da entre las partes un carácter pasivo y activo a la vez: a) al otorgar el poder, el mandante es activo, declara su voluntad; el mandatario es pasivo, sólo acepta la manda; b) al utilizar el poder, el mandatario es activo, él declara su voluntad; el mandante es pasivo, recibe los efectos jurídicos.

## CONTENIDO NEGOCIAL

Planteada esta doble relación jurídica, entre mandante y mandatario (interna) y entre mandatario y los terceros (externa), es posible proyectar tal distinción en el campo del "negocio".

Algunos han hablado de un doble negocio<sup>5</sup>, postura con la que no estamos totalmente de acuerdo, ya que entendemos que resta claridad a la figura. En realidad cuando hablamos de contrato de mandato estamos en presencia de una relación jurídica que se entabla entre dos partes: mandante y mandatario, y en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el mandatario en dicho contrato, este realiza uno o una serie de actos jurídicos con terceros que son ajenos a dicha relación contractual, pero que se verán afectados por la misma, en tanto y en cuanto el accionar del mandatario se debe a la existencia de dicho contrato. Nada más ni nada menos. Es confuso pretender mezclar el contrato de mandato con los contratos que el mandatario realice en tal carácter: no son dos caras de una misma moneda.

Ahora trataremos de desarrollar la "forma" de otorgamiento del asentimiento conyugal anticipado.

(4) GATTARI, Carlos, "Consentimiento Conyugal y Poder", *Revista del Notariado* Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 836, p. 35.

(5) Así GATTARI, Carlos, op. cit. Este autor distingue dos negocios: 1) Respecto al mandante y mandatario, una vez aceptado el mandato, el mandatario se obliga e cumplirlo y responde por los daños y perjuicios. Artículo 1904. El mandante a su vez debe retribuir y librarlo al mandatario de las obligaciones contraídas en su nombre, proveerle de los fondos necesarios. Artículo 1951. 2) Respecto del mandante con el tercero, es la cara externa de la relación, se entablan obligaciones entre el mandante y el tercero. Cuando el mandatario realiza con el tercero un negocio dentro de los límites de su mandando, produce efectos negociales en la esfera patrimonial del representado. 3) Efecto negocial: Conforme lo enunciado por la "Teoría de la Representación", los efectos jurídicos, derechos y obligaciones que surgen del actuar del mandatario, los efectos negociales, si actúa dentro de los límites del mandato, recaen en la esfera patrimonial del mandante. Aún si el mandatario actuara fuere de los límites del mandando, si el negocio ha sido ventajoso y el mandante lo ratifica, es válido. 4) Forma.

### III. ASENTIMIENTO CONYUGAL

#### CONCEPTO

Resulta imposible abordar el tema del "Asentimiento Conyugal" sin realizar un somero análisis de su naturaleza jurídica, que también debe ser tenido en cuenta al momento de pretender dar una definición de esta.

La doctrina no es pacífica en cuanto a la "Tesis del Asentimiento Conyugal", ya que el término consentimiento ha generado, con el transcurso del tiempo, diversas críticas: algunas a favor, otras en contra. Algunos autores hablan de "consentimiento", mas la mayoría coincide que se trata de un "asentimiento". El artículo 1277 utiliza el término *consentimiento* pero entendemos que es de mala técnica jurídica, y compartimos la idea de que el término correcto a utilizar es el de *asentimiento*: quien asiente es quien no es titular del derecho que se transmite; quien consiente es quien es parte del negocio<sup>6</sup>.

Conforme lo afirma Zannoni, el asentimiento es una suerte de control de mérito que la ley confiere al cónyuge y que se traduce en su exigibilidad. Se trata de un "derecho-deber"<sup>7</sup>.

En cuanto al contenido del negocio, si continuamos con la línea de análisis, podemos sostener que quien realiza el negocio, el cónyuge titular, modifica el status jurídico de su patrimonio. Se desprende de la titularidad de un bien o restringe el dominio, y para que a dicho acto le sea requerible el asentimiento conyugal de su cónyuge, deben darse alguna de las situaciones contempladas en el artículo 1277 del Código Civil. Mientras, que el cónyuge no titular que da su asentimiento al acto no es sujeto negocial, como dijéramos *no es parte en el contrato*. El derecho de propiedad se encuentra en cabeza del otro cónyuge a quien le corresponde la manifestación de su voluntad negocial.

Dado el asentimiento conyugal, el acto se torna plenamente eficaz. Ahora bien, de no existir tal asentimiento, de haberse omitido, cuáles son los posibles efectos que acarrea tal omisión. La doctrina no es unánime al respecto. Existen diversas posturas: 1) el acto es nulo, de nulidad relativa 2) el acto es anulable 3) el acto es inoponible. Posturas que trataremos más adelante del presente trabajo.

(6) En este sentido: GATTARI, Carlos, op. cit., p. 40 dice: "El asentimiento conyugal consiste en una declaración unilateral y recepticia, de una persona que no es parte del negocio y que actúa como requisito de eficacia del mismo".

(7) Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 1978, T. I, p. 598.

En cuanto a la titularidad del negocio desde ya que el cónyuge disponedor es el verdadero titular. La propiedad le corresponde al disponedor. Sin dudas, el verdadero sujeto negocial, quien tiene el derecho de uso, goce y disposición. El cónyuge asentidor es un "sujeto instrumental". Su asentimiento completa el acto, hace que este produzca sus efectos, de ahí que planteamos que el término indicado es el de *asentimiento* y no *consentimiento* ya que no integra la voluntad negocial.

## AUSENCIA DEL ASENTIMIENTO

Diversas son las posturas de la doctrina respecto del acto de disposición del cónyuge de titularidad exclusiva, sin el asentimiento del no titular. Consideramos de vital importancia el análisis de la problemática de referencia ya que, según sea nuestra postura, distintos serán los "efectos" que acarrea la ausencia del asentimiento.

- 1) *Acto nulo*: el acto es inválido y en consecuencia no produce los efectos propios del mismo.
- 2) *Acto anulable*: el acto es válido hasta que se declare nulo, artículo 1046 "Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean declarados nulos".
- 3) *Acto inoponible*: el acto es válido entre partes y frente a terceros, sólo que es inoponible frente al cónyuge no asentidor (nulidad relativa).

Ya hemos afirmado en otras ocasiones que, a nuestro criterio, el acto jurídico al cual le falte el asentimiento conyugal, siendo este claro, exigible al mismo, resultará válido pero inoponible al cónyuge que debió prestar dicho asentimiento omitido.

## FORMA DEL ASENTIMIENTO CONYUGAL

### Forma Libre

**1)** Conforme al "Principio de la Libertad de las Formas", el artículo 974 establece que cuando ni las leyes, ni el código designen una forma especial para algún acto jurídico, las partes pueden usar las formas que estimen convenientes. En consecuencia, el Asentimiento Conyugal Anticipado podría darse tanto en Instrumento Público como en Instrumento Privado.

**2)** Si el asentimiento anticipado es otorgado en Apoderamiento, podría aplicarse la normativa propia de tal instituto jurídico: expreso, tácito, instrumento público, privado, por cartas y aún verbalmente (artículo 1873 del Código Civil). En los casos en que se otorga el Asentimiento Conyugal Anticipado (no por Apoderamiento) existe jurisprudencia.

dencia que sostiene que es viable toda forma, aún el sentimiento "tácito"<sup>8</sup>. El artículo 1277 no aclara si la manifestación de voluntad del cónyuge que debe asentir el acto debe ser expresa, tácita, inducida de una presunción legal. Por ende, pueden aplicarse los principios de los artículos 918 y 919 en cuanto establece a la expresión tácita de la voluntad como una forma válida de exteriorizarla.

### **Instrumento Público**

**1)** Si bien el artículo 1277 del Código Civil no establece la forma en que debe otorgarse el Asentimiento Conyugal, debemos nuevamente recurrir al análisis de su "naturaleza jurídica" para determinar la "forma" en que debe prestarse. Consideramos que se trata de un derecho de control, veto que busca la protección, garantía de igualdad jurídica. El negocio consentido es el "principal", el asentimiento conyugal es "accesorio" al mismo. Por lo que cabe considerar que el Asentimiento Conyugal es accesorio al acto de disposición. Por ende, inferimos que debe cumplir con la forma propia del acto principal. Si de disposiciones se trata, inferimos que es necesario el Instrumento Público.

### **IV. DIFERENCIAS ENTRE PODER (APODERAMIENTO) PARA OTORGAR ASENTIMIENTO CONYUGAL Y ASENTIMIENTO CONYUGAL ANTICIPADO**

En un primer distingo entre los términos *Apoderamiento* y *Poder*, entendemos por *Apoderamiento* al acto jurídico unilateral por el cual el sujeto llamado poderdante otorga al sujeto llamado apoderado la representación mediante un instrumento denominado "poder" –que en otros supuestos, como hace Vélez, puede ser utilizado con el significado de "facultad"–.

Hecha esta primera distinción, vamos entonces al punto que entendemos más conflictivo en este trabajo: sobre si es lo mismo el otorgamiento de un poder para dar asentimiento conyugal al otorgamiento "simplemente" de un "asentimiento" anticipado. Desde ya, anunciamos que no. Y en esta distinción han participado numerosos doctrinarios<sup>9</sup>.

Tratando, entonces, de formular distinciones entre ambos, decimos:

(8) Autos "Cabáñez Arce, Abelardo c/ Stagnitt, Egidio y otra" Cám. Civil, Comercial y Minas, San Luis, 14/10/69, L.L., T.136, 14/10/69.

(9) Entre ellos: GATTARI, Carlos N., op. cit. sostiene que: 1) En el Apoderamiento la relación jurídica tiene dos aspectos: INTERNA e EXTERNA.- INTERNA: entre mandante y mandatario. Es de contenido negocial en cuanto el mandatario acepta la manda. Este responde por inejecución (artículo 1904). EXTERNA: entre el mandatario y los terceros ante quien actúa a nombre del mandante. 2) En el Asentimiento Anticipado sólo se da el aspecto INTERNO: es la relación interna que se da entre el cónyuge asentidor y el cónyuge titular disponente. No existe una relación EXTERNA del cónyuge con los terceros adquirentes ya que el negocio lo celebran con el cónyuge titular.

Ante todo, tanto el poder como el asentimiento anticipado son actos jurídicos unilaterales, siempre en la medida en que el poder sea otorgado como un acto jurídico en el cual el único compareciente sea el poderdante. Es decir, si bien el acto de apoderamiento trasunta la existencia de un contrato de mandato que sea la causa fuente de dicho acto de apoderamiento, las más de las veces, el acto que se instrumenta en sede notarial sólo es eso: un mero apoderamiento, y no la formalización del contrato de mandato (para cuya existencia se requerirá no sólo la comparecencia del mandatario-apoderado, sino más aún la existencia de cláusulas claras que regulen así lo dicho en el contrato. No basta la conformidad del apoderado al otorgamiento del poder, ya que si sólo es un apoderamiento, podrían faltarle elementos esenciales del contrato de mandato.

En realidad, los actos jurídicos de poder y de asentimiento conyugal son diferentes, así como también su forma y sus destinatarios. En el otorgamiento del poder-apoderamiento, sin dudas el destinatario es el apoderado que puede ser el cónyuge titular o un tercero, quien *a posteriori* emitirá la declaración que será imputada a la esfera de intereses del poderdante-cónyuge asentidor. En tanto, en el asentimiento anticipado, podemos decir que hay un destinatario general: que sería el contrato a instrumentarse en sí mismo, con el fin de que dicho acto a otorgarse tenga completitud, si bien el "beneficiario" último de dicha declaración es el cónyuge titular del derecho.

El punto será tratar de analizar si los efectos difieren según sea la forma en que este "asentimiento" quiera otorgarse.

## **V. DISTINTOS EFECTOS ENTRE EL ASENTIMIENTO ANTICIPADO Y EL PODER PARA DAR ASENTIMIENTO CONYUGAL**

El Asentimiento Anticipado, sea este general o particular, es una *renuncia* tácita al derecho del cónyuge no titular de ejercer el control sobre los actos del otro. Entra dentro de las prohibiciones expresas del artículos 1218 y 1219 del Código Civil, en cuanto modifican el régimen de bienes del matrimonio. Aunque parte de la doctrina sostiene que tal prerrogativa del control es renunciable, conforme lo dispuesto al artículo 19 del Código Civil (según el cual podría entenderse como *renunciable*). Pero el cónyuge titular que dispone no tiene la obligación de rendir cuentas.

Mientras que el Poder para asentir otorgado al cónyuge titular o a un tercero implica delegar a otro el análisis del caso y, en base a dicho análisis, el apoderado tomará la decisión adecuada para el acto y, en consecuencia, otorgará o no el mismo en base a la representación ejercida. En este caso no existe la desprotección ya que el mandatario debe *rendir cuentas*. Finalmente, quien da poder para asentir no estaría renunciando a nada, ya que puede revocarlo en cualquier momento.

## COMPARACIÓN DEL ASENTIMIENTO GENERAL CON OTRAS MANIFESTACIONES DE IGUAL CARÁCTER

Se nos ocurre en este punto que podríamos asemejar el asentimiento general a otras manifestaciones –en este caso de tipo negocial que son cuestionadas habitualmente por la doctrina–. En este sentido, bien dice Spota<sup>10</sup> que “obligarse a vender todos los bienes que una persona tenga no identificándolos, o bien, obligarse a vender los que se tengan en el futuro, y ello sea en el todo, sea en parte, significa una indeterminación de la cosa vendida que torna ineficaz el negocio jurídico de que se trata”. Esto lo dice el artículo 1334 del Código Civil que tiene como fuente el proyecto de Freytas.

Esta prohibición también es acorde a lo que establece el artículo 1651 del Código Civil, respecto a las sociedades, ya que la sociedad no puede comprender todos los bienes presentes y futuros de los socios, ni todas las ganancias que se obtienen, pero sí la sociedad puede vender todos los bienes presentes si se los designa, así como las ganancias que correspondan a determinados negocios.

Y esto también armoniza con lo dispuesto por el artículo 1800 del Código Civil pero sólo en parte (al decir de Spota). Este artículo establece que la donación puede comprender todos los bienes presentes pero no los bienes futuros de una persona. Sin embargo, el legislador tiene el cuidado de establecer que esta donación de todos los bienes presentes sólo es viable si existe una reserva patrimonial (usufructo o porción de bienes), a favor del donante para que este pueda subvenir a sus necesidades, y esto más allá de quedar sometida esta donación de todos los bienes presentes a la acción de reducción, de colación y también a la acción pauliana, sea que existan herederos legítimos y acreedores del donante.

¿No es entonces el espíritu del legislador coincidente de un modo general en la protección del sujeto, sea este vendedor o “asentidor” conyugal?

## VI. CONCLUSIONES

Por lo anteriormente expresado, convenimos en que el Asentimiento Conyugal puede otorgarse de diversas maneras: 1) en una escritura de *apoderamiento* a un mandatario para que manifieste oportunamente tal asentimiento en la escritura de compraventa, en representación del cónyuge no titular; 2) en escritura pública de *Asentimiento Conyugal*.

(10) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 102.

## VII. TIPOS DE ASENTIMIENTO ANTICIPADO

Dentro del asentimiento anticipado encontramos dos variantes o posibilidades: por un lado, el asentimiento general y, por otro, el asentimiento especial o particular. El primero implica que el asentimiento brindado lo es para todos los actos jurídicos que otorgue en el futuro el cónyuge titular, y que requieran del mismo, sin precisar ninguno de ellos, ni tampoco determinar bien alguno respecto al cual dicho asentimiento se da.

Pues bien, tal asentimiento ¿bajo qué modalidad puede otorgarse? ¿Es viable el Asentimiento Conyugal *general*? Vale decir, ¿el cónyuge no titular puede asentir la disposición de *todos* los bienes gananciales de titularidad exclusiva del otro cónyuge, o, por el contrario, es necesario el asentimiento conyugal *especial*, individualizando cada uno de los actos de disposición?

La doctrina no es uniforme al respecto y cada corriente cuenta con argumentos basándose en la finalidad de la ley al imponer la necesidad del asentimiento conyugal.

### POSTURA POR LA VALIDEZ

Parte de la doctrina sostiene la validez del asentimiento general anticipado. Ya sea instrumentado mediante forma de un Apoderamiento General al cónyuge disponente o titular, o a un tercero, otorgando la facultad para declarar el asentimiento previsto en el artículo 1277, o bien sea otorgando un Asentimiento General anticipado. Sin embargo, a nuestro criterio no resulta igual, como lo expresáramos previamente, hablar de un Asentimiento General anticipado o de un poder general para dar Asentimiento Conyugal.

Como señaláramos, el poder general implica dar a otro una facultad de control sobre los actos que va a otorgar en uso de dicha representación, por lo cual además deberá rendir cuentas cosa, situación que no se da en el asentimiento general.

No obstante lo cual, la doctrina, a la hora de argumentar, en la mayoría de los casos unifica ambas formas generales anticipadas. Siendo los *argumentos* que se esgrimen para sostener tal postura los siguientes:

- 1) El Instituto de Cultura Notarial<sup>11</sup> a poco de sancionada la ley 17.1711, sostuvo que el asentimiento puede exteriorizarse por cualquiera de los siguientes medios: a) En el mismo documento; b) en declaración previa en escritura pública (para los supuestos del artículo 1184 inciso 7), ya sea con carácter especial para determina-

(11) *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 852, p. 117.

do negocio o con alcance *general*, sin limitación de tiempo; c) como poder a favor del otro cónyuge o de un tercero, para un negocio concreto o para todos los negocios. Y fundó la admisibilidad de la declaración del asentimiento con carácter *general* en que la misma importa una *renuncia* a sus derechos. Respecto al ordenamiento local la fundó en el Artículo 19 del Código Civil en cuanto que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes siempre que los mismos miren al interés individual, en ese marco la renuncia no está prohibida. Tal doctrina entiende que los derechos han sido conferidos sólo en el interés individual, y por ende son renunciabiles.

**2)** Pelosi<sup>12</sup>, apoyándose en la doctrina extranjera, sostiene que: a) nuestra ley tiende a salvaguardar no sólo los derechos de la esposa sino de ambos cónyuges. Desaparece el argumento "biológico o sentimental" en que se basa la doctrina que habla de la "debilidad, impericia" de la mujer, que, por otro lado, ya no existe; b) el artículo 1276 del Código Civil admite que uno de los cónyuges puede administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, con mandato expreso o tácito conferido por este, sin obligación de rendir cuentas; c) el artículo 19 del Código Civil establece la facultad de renunciar a los derechos conferido por las leyes en interés individual.

**3)** Mazzinghi<sup>13</sup>, expresa que si un cónyuge puede otorgar a otro o a un tercero un mandato especial para disponer en términos generales de todos sus bienes propios o gananciales, parece lógico que pueda otorgarlo para prestar el asentimiento exigido por el artículo 1277. Además, el artículo 1277 es una norma *excepcional* en cuanto que restringe el Principio General del artículo 1276, por lo que procede aplicarlo con criterio *restrictivo*. La norma no establece la "modalidad" en que debe prestarse tal asentimiento. Debe ser *revocable*. No existe norma prohibitiva en cuanto a la posibilidad de otorgar tal asentimiento en forma General, por lo que es de aplicación del artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto a que nadie está privado de hacer lo que la ley no prohíbe.

**4)** Gattari<sup>14</sup> llegó a la conclusión de que debe considerarse implícito el asentimiento conyugal del artículo 1277 en un Poder General Amplio otorgado entre ambos cónyuges.

**5)** López de Zavalía<sup>15</sup> establece que es viable otorgar poder para asentir sin identificar concretamente a los bienes, siempre que tal facultad esté expresamente conferida. El andamiaje de su postura radica en que no violamos el espíritu de la ley ya

(12) PELOSI, Carlos, Conferencia en la Sede del Colegio, 18 de julio de 1968.

(13) MAZZINGHI, Jorge Rodolfo, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972, t. II, pp. 350/52.

(14) GATTARI, Carlos, *Revista Notarial* N° 825, p. 1824.

(15) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría General de los Contratos, Parte Especial*, t. I, Buenos Aires, Zavalía, 1976, pp. 107 y ss.

que ésta no lo prohíbe. Por otro lado, afirma, si es posible que el cónyuge otorgue poder para vender los bienes propios, por qué no admitir poder para vender los gananciales. Finalmente sostiene que si puede el cónyuge delegar el otorgamiento del asentimiento a un tercero mediante apoderamiento, por qué no poder confiar en el mismo cónyuge.

**6)** Cichero<sup>16</sup> considera que el asentimiento general anticipado no implica una “renuncia” de derechos, por el contrario, es una afirmación de un derecho que la ley acuerda: el de oponerse a los actos de disposición o autorizarlos. Considerar lo contrario implicaría llevar muy lejos la aplicación del artículo 1277, ya que se trata de personas “capaces” realizando actos que la ley no prohíbe, actuando con una voluntad no viciada. Además, considera que el artículo de referencia es una limitación al artículo 1276, por lo que su interpretación debe aplicarse en forma restrictiva. Por otra parte, afirma que los abusos del cónyuge disponedor se atenúan ante la posibilidad de “revocar” la autorización general dada anticipadamente.

**7)** Spota<sup>17</sup>, en igual sentido, admite el apoderamiento de forma general de disposición, siempre y cuando no se trate de una donación.

**8)** Giralt Font<sup>18</sup>, afirma que el asentimiento general anticipado no implica una “renuncia” de derechos, ya que conserva la posibilidad de revocar tal asentimiento cuando considere que se están violando sus intereses; revocación que considera procedente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Suponer que el asentimiento anticipado consiste en una renuncia de derechos equivaldría a sostener que igual renuncia se produce al conferir un Poder General Amplio con facultades para disponer.

Del estudio de los argumentos de los diversos autores citados, podemos inferir que la mayoría que sostiene la validez del asentimiento general –en la forma que este fuere–, basa su teoría por la afirmativa, en que el mismo no viola el “espíritu de la ley”. Cuando existe una confianza robustecida entre cónyuges es dable que el cónyuge no titular otorgue tal asentimiento en forma genérica, sosteniendo a la vez que de no continuar tal armonía existe la posibilidad de la revocación, ya que no implica una “renuncia” al derecho conferido por el artículo 1277 del Código Civil.

(16) CICHERO, Néstor, “El Asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, ED, t. 63, p. 40 y ss.

(17) SPOTA, Alberto G., *Sobre las Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 48.

(18) GIRALT FONT, Jaime, “Consentimiento General a Priori”, *Revista del Notariado* 714, p. 2021.

## POSTURA POR LA INVALIDEZ DEL ASENTIMIENTO GENERAL

La interpretación mayoritaria de los civilistas y de la jurisprudencia niega la eficacia a los asentimientos anticipados otorgados en términos generales. En tal sentido destacamos el siguiente detalle:

**1)** LAMBER<sup>19</sup> expresa que el poder general por amplio que sea en la enunciación de actos de disposición, incluyendo tanto los bienes propios como los gananciales, los que tenga en su patrimonio como los que adquiera en un futuro, no es suficiente para otorgar el asentimiento conyugal, si así no se lo expresó en forma *expresa e indubitable*.

**2)** BELLUSCIO<sup>20</sup> manifiesta que no basta la autorización general ni un mandato a favor del otro cónyuge que lo autorice a prestar el asentimiento ya que en ambos casos quedaría desvirtuado el *propósito* de la ley. El fundamento de la ley al establecer el asentimiento en los términos del artículo 1277 es que el cónyuge consienta los actos que puedan ocasionar una disminución del activo de la sociedad conyugal.

**3)** LLAMBÍAS<sup>21</sup> establece que la posibilidad del asentimiento general anticipado choca con el principio general que veda para esa clase de actos el mandato general. Implicaría, en los hechos, volver a la situación precedente a la Reforma.

**4)** BORDA<sup>22</sup> considera que es insuficiente e inválida la autorización general para disponer de bienes gananciales ya que se frustraría el *propósito tuitivo* de la ley. Se facilitaría el despojo que se ha propuesto evitar.

**5)** ZANNONI<sup>23</sup> entiende que el control de mérito que la ley confiere al cónyuge se traduce en la exigibilidad de su asentimiento y es *imperativo* y por ende *irrenunciable*. Es una abdicación a ese control.

**6)** Conforme lo expresa el dictamen emitido con motivo de una consulta oral al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires<sup>24</sup>, el Asentimiento General Anticipado importa una verdadera *renuncia* al derecho que tiene el cónyuge no titular de ejercer el control sobre los actos del otro. Tal renuncia está *prohibida* en la ley por los artículos 1218 y 1219 del Código Civil, que sostienen que toda renuncia que

(19) LAMBER, Rubén A., *Revista Notarial*, N° 905, p. 1050.

(20) BELLUSCIO, "El Régimen Matrimonial de Bienes en la Reforma del Código Civil", LL, T. 131, p. 1458 y ss.

(21) LLAMBÍAS, Jorge J., "Estudio de la Reforma del Código Civil", *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 1969, p. 56.

(22) BORDA, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, p. 489.

(23) ZANNONI, *Derecho de Familia*, T. I, op. cit., p. 550.

(24) Consulta oral al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 1, N° 2, Junio 1997.

efectúe un cónyuge a favor del otro o del derecho de los gananciales es de ningún valor. Tal renuncia "a ciegas" no es un acto de confianza, sino de desprotección legal.

**7)** Cámara Nacional Civil, sala A, Autos "De N., F. A. c/Del V .J. de N. B." La Ley de 20/06/96, Fallo 94.400: "En relación al tema de la aptitud del Poder para prestar el asentimiento que impone el artículo 1277, el recurrente recuerda la opinión de un sector de la doctrina que entiende que el espíritu de la ley es el de requerir la conformidad con cada acto en particular y con las condiciones de cada acto, por lo cual su propósito no quedaría satisfecho con una autorización genérica que no individualice la operación para la cual se presta. Pero en el caso jurisprudencial concreto no es relevante el asentimiento conyugal del artículo 1277 ya que se trata de un bien de titularidad compartida".

**8)** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C (CNCiv), del 07/10/1987, Partes C.P C/ K.P.H, La Ley 1988 C, 64-DJ 19882, 455:

"El espíritu del artículo 1277 del Código Civil 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. No está cubierta tal finalidad con la autorización genérica, que quizá quisiera ser revocada cuando ya fuese demasiado tarde, por haberse enajenado el patrimonio ganancial, frustrándose la protección legal. 2) La posibilidad de que el cónyuge dé mandato general al otro para disponer no implica que deba aceptarse el Asentimiento General anticipado para la disposición. Las situaciones son diferentes. En el Mandato el mandatario debe rendir cuentas, queda obligado a entregar al mandante lo obtenido como contraprestación de los actos de disposición. En el Asentimiento General anticipado, en cambio, el cónyuge puede sustraer definitivamente del patrimonio ganancial lo obtenido, puede dilapidarlo sin ninguna responsabilidad. 3) Según el artículo 1982 *in fine* del Código Civil prohíbe que el mandato pueda darse en interés *exclusivo* del mandatario. El asentimiento general anticipado, con los actos de disposición del cónyuge equivaldría a dar al cónyuge un mandato para que realice actos de disposición sólo en su interés. Se daría el caso del mandato en interés exclusivo del mandatario. 4) El asentimiento General anticipado implica una *convención matrimonial*, ya que modifica el Régimen Patrimonial Matrimonial. Suprime el Asentimiento prescripto por el artículo 12.777. Por lo que viola la prohibición de los artículos 1218 y 1219. Implica renuncia a favor del otro, renuncia de un derecho a favor del otro. Aún cuando sea revocable, no cambia la cuestión ya que de igual modo altera el régimen matrimonial, aunque fuese transitoriamente".

### VIII. NUESTRA POSTURA. CONCLUSIONES

Primeramente volvemos a disentir con buena parte de la doctrina –no toda– que agrupa en una misma bolsa los supuesto de asentimiento anticipado otorgados bajo la forma de poder con aquellos otorgados mediante la “simple” forma de declaración.

A nuestro criterio, ambas formas implican distintas consecuencias. Tal vez, ustedes nos dirán que parecería ser que desde el punto práctico final la situación es igual, pero si esta postura se analiza en profundidad, se aprecia la veracidad de nuestro planteo.

Es que, a nuestro entender, el otorgamiento de un asentimiento general mediante forma de poder general o especial es válido. Nuestro fundamento radica justamente en las diferencias que hemos advertido con antelación: de modo totalizador el poder permite por parte del poderdante un mayor control de la actuación del apoderado, teniendo en consecuencia mayores limitaciones el apoderado en ejercicio del mismo, situación que no se da en modo alguno en el asentimiento general otorgado con forma de simple declaración.

Sí reconocemos que las diferencias entre las formas planteadas son disímiles según el apoderado sea un tercero o el cónyuge titular o disponente de la cosa. Si el apoderado es un tercero, el cónyuge no titular está obteniendo con dicha forma (y de ella) un mayor control respecto al acto a otorgarse, que no se da en el caso en que el apoderado sea el cónyuge disponente. Pero aún en este caso –cuando el apoderado es el propio cónyuge disponente– la figura del poder para otorgar asentimiento general sigue “saliendo gananciosa” respecto a la que hemos dado en denominar “simple declaración”. Es que, a nuestro criterio no resulta tan clara la posibilidad de revocación de dicha voluntad, que sí es posible y regulada legalmente en el caso del apoderamiento, que de entenderse como posible resulta de difícil aplicación, sobre todo en cuestiones de oponibilidad a terceros.

Con lo cual, si bien entendemos como viable y válido el asentimiento conyugal otorgado bajo la forma de apoderamiento, sea al cónyuge disponente o titular del bien, sea a un tercero, encontramos inviable el asentimiento conyugal general anticipado otorgado mediante “simple declaración”.

Entonces, conjugando las normas de nuestro sistema jurídico *actual* inferimos que el el Asentimiento General Anticipado otorgado de este modo no es viable ya que implica una verdadera modificación del Régimen Patrimonial Matrimonial, de orden público.

Y esto impera más allá de la madurez de los sujetos conyugales, o de lo que entendamos justo o injusto para la sociedad actual. El régimen fue pensado no para un caso concreto, sino para la generalidad de casos, en tanto ello, su lesión implica una verdadera afectación al orden público. Cuando analizamos la procedencia de un supuesto

determinado como acorde o no al ordenamiento y visualizamos sus efectos, siempre (no nos cansamos de afirmar) debemos tener en miras algo más allá del caso concreto: el valor perseguido por el ordenamiento y, en consecuencia la finalidad tuitiva del mismo.

En concordancia con lo expresado, entendemos que los artículos 1218 y 1219 de nuestro Código Civil prohíben toda "renuncia" de un cónyuge a favor del otro, o del derecho a los gananciales, renuncia que entendemos se da en este caso ya que, si bien existe un derecho de compensación entre cónyuges, si el cónyuge titular vació el patrimonio ganancial, la perseguida protección legal queda frustrada.

Además, el verdadero espíritu de la ley en el artículo 1277 del Código Civil, al establecer el asentimiento conyugal para disponer de los bienes gananciales, radica en el control del cónyuge no titular en los actos de disposición de los bienes gananciales.

Del análisis exegético de la normativa y de la *ratio legis* concluimos que es necesario, tanto en el caso del Asentimiento Anticipado otorgado bajo la forma de simple declaración, una determinación específica del acto a realizar (determinar el bien a disponer), considerando inviable la posibilidad de tipo general en tal caso. No es nuestra postura considerar anatema el Asentimiento General Anticipado ya que compartimos ciertos argumentos del andamiaje de tal doctrina. Pero dado nuestro actual ordenamiento jurídico, no lo consideramos viable, teniendo en vista la seguridad jurídica que nos cabe guardar como notarios al encuadrar jurídicamente la realidad.

Pero estas afirmaciones formuladas no pueden escapar a un reconocimiento por nuestra parte de la imperiosa necesidad existente respecto a una verdadera modificación del Régimen Patrimonial Matrimonial. El sistema jurídico actual se basa en un extremado "carácter tuitivo" de la parte más débil, que por los tiempos de la sanción de la normativa, va de suyo, era la mujer. Dado el transcurso del tiempo y la modificación de la realidad familiar, social, el acceso de la mujer al campo laboral y la posibilidad de esta misma de adquirir bienes, la situación es otra. Entre las modificaciones deseables al régimen, consideramos importante que se dé la posibilidad de la opción a los cónyuges de elegir sistemas regulatorios de su Régimen Patrimonial Matrimonial, y que los derechos que del mismos deriven también sean renunciables. Dejar librado a cada cónyuge la decisión de renunciar, disponer de sus derechos individuales es reconocer las variaciones producidas. El carácter tuitivo del Orden Público no es necesario, por el correr de los tiempos, en el campo del Régimen Patrimonial Matrimonial.

## IX. PROPUESTAS

### PROPUESTA DE *LEGE LATA*

1. Debe distinguirse en cuanto a su forma y a sus efectos el asentimiento conyugal dado mediante poder especial o general y mediante simple declaración.
2. En el régimen legal vigente resulta inviable la posibilidad de un asentimiento conyugal anticipado efectuado bajo la forma de simple declaración.
3. En el derecho vigente, el asentimiento conyugal anticipado efectuado bajo la forma de simple declaración es violatorio del carácter tuitivo del artículo 1277.
4. En el régimen patrimonial –matrimonial argentino vigente– el derecho a otorgar asentimiento conyugal conforme lo establece el artículo 1277 es irrenunciable.
5. En el derecho argentino vigente es posible el otorgamiento de un asentimiento general anticipado mediante un acto de apoderamiento (forma de poder).

### PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

1. Es conveniente, a la luz de la situación actual, modificar el Régimen Patrimonial Matrimonial de nuestro país.
2. Se debe contemplar regular conjuntamente con la modificación del régimen patrimonial-matrimonial la posibilidad de otorgar válidamente los cónyuges un asentimiento general anticipado con forma de simple declaración.