

Algunas cuestiones relativas al asentimiento conyugal

Karina Andrea Martínez y Mariana Claudia Massone

Asentimiento conyugal

Concepto

“El asentimiento constituye un acto autónomo de declaración de voluntad que tiene por finalidad complementar la voluntad del cónyuge titular, añadiéndole el requisito que la ley exige para disponer”.

Si bien en el artículo 1277 del Código Civil se usa la expresión *consentimiento* –gramaticalmente correcta pues *consentir* es ‘permitir’ o ‘autorizar’–, jurídicamente puede inducir a confusión, ya que *consentimiento* como elemento de los contratos, es ‘el que proviene de las partes del acto’.

Es por esta razón que, mayoritariamente, se prefiere utilizar el vocablo *asentimiento* por tratarse de la conformidad de un tercero que no es parte y su trascendencia es fundamental para determinar, por ejemplo, quién debe garantizar por evicción o, en caso de bienes inmuebles, quién debe estar libre de inhibiciones. Por el contrario, Fassi sostiene que se trata de un *consentimiento* y que la libre administración respecto de los bienes gananciales deja de subsistir cuando se trata de los casos enumerados por el citado art. 1277; la norma consagra una excepción a las facultades de administración, porque ya no es suficiente su única voluntad para ejecutar una enajenación válida¹.

La redacción del artículo 1277 del Código Civil inspiró distintas definiciones.

Borda explica que la reforma propuso acentuar la idea de comunidad en el matrimonio y reafirmar que los bienes gananciales pertenecen a ambos cónyuges, protegiendo al cónyuge no administrador.²

Spota estima que la norma está dirigida al amparo de la

1. FASSI, Santiago Carlos, “El consentimiento del cónyuge del artículo 1277 del Código Civil”, *La Ley*. 1976-B, 528.

2. BORDA, Guillermo, “La reforma de 1968 al Código Civil”, Buenos Aires: Perrot, 1971, pag. 482; CNac.Civ. Sala F 21-4-81 ED 95-576.

3. SPOTA, Alberto G., *Sobre las reformas al Código Civil: Capacidad, Contratos, Derechos Reales, Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1969.

4. GUAGLIANONE, Aquiles Horacio, *Régimen patrimonial del matrimonio*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 321.

5. MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Abaco, Universidad Austral, 3ª ed., 1995-96, T. II, p. 352.

6. Art. 974 Código Civil: "Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes". Art. 918 del Código Civil: "La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria."

7. "El Registro de la Propiedad Inmueble al examinar los instrumentos presentados para su registración puede controlar el cumplimiento de los requisitos relativos al poder de disposición de las partes impuestos por el CC, art. 1277. A esos efectos, podrá requerir que en el documento inscribible conste la expresión del asentimiento del cónyuge no disponente, o de la autorización judicial; si se tratare de bienes propios de

familia, provocando la coparticipación de los cónyuges en los negocios jurídicos de mayor trascendencia patrimonial.³

Guaglianone sostiene que la norma pretende sin duda, proteger al cónyuge no titular de los bienes contra los actos del otro, que por fraude o mera ignorancia, impericia o prodigalidad tiendan a disminuir el patrimonio ganancial en forma no razonable.⁴

Mazzinghi dice que el artículo tiende a proteger los intereses de ambos cónyuges, subrayando que no se confiere en interés exclusivo del vendedor, sino de ambos, ya que ambos se beneficiarán al disolverse la sociedad conyugal, de la gestión patrimonial cumplida.⁵

Formas del asentimiento

Principio General: La norma no dispone una forma especial para otorgar el asentimiento, por lo que resultan de aplicación los artículos 974 y 918 del Código Civil⁶, que establecen el principio de libertad de formas y dan entidad a la expresión tácita de la voluntad.

Excepción: Sin embargo, la norma contenida por el artículo 1184, inciso 10, del Código Civil parecería introducir una salvedad o excepción a lo anteriormente expuesto, indicando que este asentimiento, como acto accesorio, debe extenderse en escritura pública cuando el principal deba revestir tal forma. Esta idea parece reforzarse con la admisión, dentro de las facultades de calificación del Registro de la Propiedad Inmueble, de controlar la prestación del mismo, como lo establece la doctrina del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil⁷.

Expreso o tácito: surge precisamente por la falta de una exigencia formal. El caso típico de asentimiento tácito sería el del cónyuge que da poder al otro para disponer de un bien. En tal supuesto, se entiende que el cónyuge mandatario que cumple con el objeto del mandato sin reserva alguna presta su asentimiento para el acto de enajenación del bien ganancial.⁸

Personal o por un mandatario: Por no estar establecida su forma legal para prestarlo, puede ser cumplido personalmente o a través de un mandatario, que puede ser un tercero o bien

el otro cónyuge, ya que el mandato entre cónyuges no está prohibido.

General o especial: se discute entre los autores si el asentimiento dado por un cónyuge al otro para disponer debe ser otorgado respecto de cada acto o, por el contrario, puede ser general y anticipado, es decir, si puede autorizar genéricamente al otro a otorgarlos.

Al respecto, en la *V Jornada de Derecho Civil* celebrada en Rosario en 1971, se sostuvo la solución negativa basándose en las siguientes razones: a) que el asentimiento general anticipado modifica el régimen patrimonial del matrimonio al tener el mismo efecto práctico que la supresión del asentimiento prescripto por el art. 1277 Código Civil; b) que 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 conjunta de los esposos; c) que el art. 1982 *in fine* prohíbe dar mandato en el interés exclusivo 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 tiene que rendir cuentas y entregar lo obtenido; en el segundo caso puede sustraer definitivamente del patrimonio ganancial lo obtenido, ya que como propietario puede incluso dilapidarlo sin ninguna responsabilidad⁹.

Adhiriendo a esta posición, el doctor Belluscio aduce que el asentimiento conyugal implica una renuncia a la facultad de oponerse, por lo cual su otorgamiento en forma general y anticipada implicaría una modificación al régimen de bienes del matrimonio que es imperativo, y por ser tal, una renuncia sería irrevocable.

En una posición contraria, Mazzinghi afirma que se trata de una declaración de voluntad susceptible de ser revocada antes que se integre con el acto principal y, por aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional, nadie puede estar privado de hacer lo que la ley no prohíbe.

Con respecto al asentimiento especial anticipado, nada obsta para que pueda ser dado en estas condiciones ya que no necesita ser coetáneo con el segundo; pero el anticipado es re-

uno de los cónyuges, deberá prescindirse del asentimiento siempre que el disponente manifieste que no se dan los supuestos de radicación del hogar conyugal y de existencia de menores o incapaces". Fallo JA 26775, Cámara Nacional Civil en pleno, 27/7/77, Autos: "Feidman, Mauricio". También publicado en *E.D.*, Tomo 74 - 253.

8. MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *op. cit.*, p. 391.

9. BELLUSCIO Augusto, *Código Civil y leyes complementarias: comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978-79-81/2/4/6-98/9-2004/05/07/09, tomo 4, pp. 177 y ss.

vocable hasta que el acto se otorgue.

Efectos de la falta de asentimiento

La disposición de un bien, sin asentimiento conyugal, constituye un acto incompleto. El artículo 1277 del Código Civil no ha previsto la sanción aplicable para el supuesto de su ausencia, lo que ha originado dos posiciones:

a) Tesis de la invalidez: entiende que el acto así configurado adolece de una nulidad. Como veremos más adelante, dentro de esta postura, existen diferencias entre quienes consideran al acto nulo o anulable.

b) Tesis de la inoponibilidad: entiende que el acto constituye una declaración válida de voluntad, productora de efectos entre las partes y con relación a terceros, excepto el cónyuge omitido.

Casuística

El asentimiento en juicio por escrituración

Lo que se va a plantear a través de este trabajo es el caso de una venta común, en la que dos partes se ponen de acuerdo sobre la venta de un inmueble, con las obligaciones que dicho acto acarrea a cada una, y el vendedor no cumple con su obligación.

Tendríamos pues, un boleto de compraventa en donde la obligación de la parte vendedora es la de transmitir el dominio y, en el caso de corresponder, que el cónyuge no titular preste su asentimiento.

Luego de sustanciarse el juicio por escrituración, el juez condena al vendedor a cumplir con su obligación y, en este caso, a diferencia de la protocolización de subasta donde la tarea del notario se limita a protocolizar las actuaciones, el escribano debe autorizar la escritura como una venta común cumpliendo todos sus recaudos, inclusive lo preceptuado por el artículo 1277 del Código Civil.

Es por ello que frente a un boleto de compraventa sin la firma del cónyuge asintiente y ante la negativa de su titular a fir-

mar, en un juicio por escrituración, no debería perderse de vista al cónyuge que debería prestar su conformidad, que si bien no integra el negocio -es decir, no codispone-, es necesario para la eficacia de aquel.

La circunstancia que se condenara al demandado a escriturar no significa que no deba requerirse el asentimiento de su cónyuge, tal como lo exige el art. 1277 de nuestro ordenador, y como es evidente el juez actuante no puede suplir dicho asentimiento sin antes citar al interesado a fin de que haga valer sus derechos.¹⁰

La pregunta que se nos plantea es si, como notarios, podríamos autorizar una escritura en la que se condena a otorgar la escritura, bajo apercibimiento de ser suscripta por el juez, o deberíamos contar con el asentimiento en autos.

En autos “Vázquez Alfredo c/ Autillo Pablo”, la Sala E de la Cámara Nacional Civil, con fecha 16 de junio de 1977, dispuso

(...)que en los casos de juicios por escrituración y existiendo boleto de compraventa con fecha cierta anterior a la reforma de la Ley 17.711 es posible obviar judicialmente el asentimiento; a *contrario sensu*, es imposible obviarlo cuando tiene fecha posterior a la ley 17.711.¹¹

Frente a esto, deberíamos determinar si el asentimiento fue prestado o no en el boleto para analizar, en cada caso, lo que se debe observar. En caso de ser afirmativo, es decir, si constare su firma en el boleto, el juez bien podría llamar -por ejemplo- a un reconocimiento de firmas, o bien tener por prestado el asentimiento, o bien -previa citación para hacer valer sus derechos- podría otorgarlo en sustitución del renuente.

Si por el contrario, el asentimiento no fue prestado en oportunidad de la celebración del boleto de compraventa, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas. En opinión del doctor Jorge Alterini, el supuesto se asimila a la venta de una cosa ajena¹², por prometerse la venta de una cosa cuya legitimación para disponer debe integrarse con el asentimiento del cónyuge. La jurisprudencia en fallo de la Cámara Civil Sala D el 31-03-1977 “Haanamm de Bianchi Esther Z c/Loveri Juan C. y otra”¹³ establece que el hecho de que el boleto fuera firmado por

10. *Revista Notarial* 881 año 1985 pag. 785.

11. *Revista Notarial* 850 año 1980 pag. 877.

12. *Idem* nota 11, pag. 878.

13. *La Ley*, 1977- D-121

solo uno de los cónyuges (el esposo) de ninguna forma puede ser equiparado a la venta de cosa ajena, pues sería olvidar las reglas especiales que regulan la administración de la sociedad conyugal, en la cual hay cabida al mandato tácito a favor del cónyuge que de hecho se encontrará ejerciendo esa función.

En cambio en los considerandos del fallo de la Sala C de la Cámara Nacional Civil del 8-5-77, autos "Savalich Juan c/Balvi Julio"¹⁴, los doctores Santos Cifuentes, Jorge Alterini y Augusto Belluscio llegan a las siguientes conclusiones:

Si el promitente silencia que la operación está condicionada al consentimiento de su consorte, su frustración lo responsabiliza; si no lo silencia y asegura su obtención, su fracaso lo responsabiliza; y si no lo garantiza, sólo está obligado a prestar las diligencias necesarias para obtenerlo. Así también lo dispuso la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 26 de abril de 1978, en los autos "Villarino Álvarez, Gumersindo c/ Arcos Valcarcel, Manuel.

Frente a lo expuesto, cuando el juez suple la inactividad del demandado condenado a escriturar, no podemos entender que su actividad lleve implícita la manifestación del asentimiento conyugal cuando el cónyuge que debe asentir no ha sido comunicado ni ha intervenido en la misma. Es indispensable que el juez tome audiencia al otro cónyuge que no tuvo participación en autos previo a resolver la viabilidad de la autorización a que alude el mentado artículo 1277 del Código.

Recién cuando se produce el otorgamiento del asentimiento por el cónyuge, o supletoriamente por el juez, con el cumplimiento de los recaudos procesales pertinentes, queda expedita la vía para cumplir la sentencia que obliga a escriturar.

El asentimiento general anticipado

El espíritu del artículo 1277 ha sido el de protección al cónyuge consentidor con el fin de preservar el patrimonio común y la armonía del matrimonio, rodeando de seguridades al que no es titular ante el evento del empobrecimiento, el abuso o el fraude de uno de los esposos.

14. *La Ley* 29-10-77, bajo el nº 74448.

Como bien se expresó, la conformidad del cónyuge no titular no integra el negocio, sino que es considerado elemento necesario para la eficacia de aquel.

Según hemos dicho previamente, y en el entendimiento de que para el caso rige el principio de libertad de forma establecido en el art. 974 del Código Civil, sostenemos que el asentimiento pueda ser prestado por anticipado, tanto en forma especial como en forma general.

Con respecto a la validez del *asentimiento general anticipado* (en adelante A.G.A.), encontramos dos posiciones antagónicas, a saber:

a) Autores que opinan *en contra de su validez*, consideran que el A.G.A. implica una convención matrimonial que viola la prohibición de los arts. 1218 y 1219 Código Civil. Entienden que la posibilidad de que uno de los cónyuges dé poder general al otro existe, pero ello no implica que esté permitido hacer lo mismo con el asentimiento conyugal y consideran que debe ser otorgado en cada caso.

En el mismo sentido se manifestaron estipulando que podría ser válido sólo para casos concretos y determinados, es decir, no con carácter general y aplicable a los bienes que el cónyuge tenga ahora o en el futuro, entendiendo que, de lo contrario, se desvirtuaría el propósito tuitivo de la ley y se facilitaría el despojo que ha querido evitar.

En este orden de ideas, el despacho de la *Minoría de la XV Jornada Notarial Argentina*, celebrada en la Ciudad de Córdoba en 1974, determinó que el asentimiento tiene que ser otorgado en forma específica.¹⁵

b) La doctrina que entiende *posible y válido el A.G.A.* sostiene que de ninguna manera éste puede ser equiparado a una renuncia de derechos puesto que, al contrario, constituye la afirmación de un derecho que la ley le acuerda al cónyuge, el de oponerse a los actos de disposición o autorizarlos. Lo contrario implicaría impedir realizar actos que la ley no prohíbe, cuando no hay ningún indicio de voluntad viciada.¹⁶

La Comisión Tercera de las XII Jornadas Notariales Argentinas declaró que el consentimiento puede prestarse con respec-

15. "XV Jornada Notarial Argentina: actos y despachos", *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 77, n° 737, septiembre-octubre 1974, p. 2001.

16. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Alfonso, "Asentimiento general anticipado", *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, año 110, n° 888, abril-junio 2007, p. 231.

to al contenido, en forma especial o general. El consentimiento general respecto de varios actos o negocios o todos los previstos en el art. 1277 C.C. no comporta renuncia de derechos, dado que siempre queda la posibilidad de su revocación.¹⁷

Asimismo, el Instituto Argentino de Cultura Notarial en su obra titulada “Estudio sobre la validez del asentimiento general anticipado”¹⁸, demuestra cómo se puede conciliar el requisito legal con las exigencias propias de la vida de los negocios jurídicos y con nuestro ordenamiento, ya que el A.G.A. no lesiona ningún interés que la reforma de 1968 tiende a proteger.

El *XIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Barcelona, 1975)* se expide en igual sentido.

El despacho de la Mayoría de la *XV Jornada Notarial Argentina* declaró que el A.G.A. tiene eficacia jurídica.¹⁹

La *Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal* (19 al 21 agosto de 1993) resolvió que el asentimiento previsto por el art. 1277 del Código Civil puede ser expresado en forma genérica con antelación al otorgamiento del acto; puede ser expresado a través de un poder de representación genérico mediante cláusula expresa; nada obsta para que el cónyuge titular actúe en representación del otro para prestar el asentimiento al acto jurídico que realiza, si ha sido investido de facultad suficiente para ello. Se ratifica así la doctrina notarialista mayoritaria.²⁰

Más allá de lo referenciado, creemos -como muchos otros- que no parece posible que un cónyuge pueda otorgar un poder general amplio para disponer de todos sus bienes y que, a pesar de ello, él esté impedido de otorgar el asentimiento prescripto por el art. 1277 del Código Civil en forma genérica y anticipada. La norma en cuestión no especifica cómo debe ser dado el asentimiento, por lo tanto es dable sostener la validez del otorgado en forma general y anticipada, en la medida que, por aplicación de las normas generales, los otorgantes sean capaces de comprender y entender el acto que otorgan y a quién se lo otorgan. En este supuesto, el cónyuge no titular no queda desprotegido por cuanto siempre tiene la posibilidad de limitar o revocar su asentimiento, de la misma forma que se revoca un poder general anticipado, ya que no surge prohibición de dicha renuncia.

17. *Revista del Notariado* año 1968 pag. 1548

18. El Instituto Argentino de Cultura Notarial, en la obra *Estudio sobre la validez del asentimiento general anticipado*, reúne trabajos individuales realizados por Miguel N. Falbo, José María Orelle, Jaime Giralt Font, Osvaldo S. Costa, Eduardo B. Pondé, Alfredo Arce Castro y Carlos A. Pelosi.

19. Despacho de la mayoría suscripto por las provincias de Entre Ríos, Santa Fe, Río Negro, Santiago del Estero, Capital Federal, Buenos Aires, Mendoza, La Rioja, San Juan y Tucumán.

20. *Revista Notarial*, n° 916, p. 768.

Diferencia entre asentimiento general anticipado y poder general con facultad para asentir

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente y a modo de síntesis, podríamos decir que, para la doctrina civilista, el asentimiento debe ser especial para cada acto de disposición y, en cambio, para la doctrina notarialista, el asentimiento general anticipado o el que se otorga dentro de un poder de administración y disposición son válidos.²¹

Como lo expresa la jurisprudencia, el A.G.A. implicaría una tácita renuncia del cónyuge no titular al derecho que tiene de ejercer el control sobre los actos del otro.

En cambio, el poder para asentir significa delegar en otro el análisis del caso y tomar una decisión afirmativa o negativa adecuada al acto. Dar poder para asentir es igual a todo otro poder que se quiera dar para los actos permitidos y de ninguna manera implica restricción alguna, sino una verdadera previsión responsable para permitir y facilitar la libre contratación. No puede equipararse el A.G.A. con un poder para asentir, porque en este último caso, naturalmente revocable, el control de cada acto se mantiene a través del apoderado (cónyuge o no). En el caso que sea el cónyuge, estaría en la posición de los que sostienen que no es válido (art. 1892 *in fine*, que prohíbe dar mandato en interés exclusivo del mandatario). Por el contrario, Cichero²² sostiene que el mandato conferido por un cónyuge al otro no es legalmente objetable porque la circunstancia de que uno de ellos pueda oponerse a la venta que el otro pretende realizar no significa que entre ambos exista conflicto de intereses incompatibles con el mandato ni que el mandatario intervenga en su interés exclusivo; debe entenderse que la operación se realiza en el interés de ambos.

En conclusión, quien da poder para asentir no renuncia a nada, puede revocar en cualquier momento el poder o puede intervenir directamente.²³ Ahora bien, como la interpretación de los poderes es restrictiva, no sería suficiente el poder para otorgar asentimiento, si así no se expresó en forma absolutamente clara.

El tema de la interpretación nos llevaría a considerar el caso de que ambos cónyuges otorgan conjuntamente un poder general amplio de administración y disposición o bien que se

21. *Revista Notarial*, nº 916, 1993, p. 766.

22. CICHERO, Néstor, "El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales", *E.D.* 63, 470.

23. Comisión de Consultas de la Provincia de Buenos Aires Dr. A. Lamber C. Apuntes. II consulata oral p. 7 y 8.

refiera a la disposición del todo en un poder especial, cuando el mismo les pertenece en condominio. Parecería innecesario que se agregue expresamente que además de dar poder para vender la parte, se lo da para asentir en la venta de la parte titularizada por el otro. Igual razonamiento siguieron los jueces de la Cámara Civil, Sala A, fallo 94400 del 26 de septiembre de 1995, LL 20 06 1996: “Prestado el asentimiento para la venta total del inmueble ganancial de titularidad conjunta por si y por el cónyuge, quien mediante poder le otorgó suficientes facultades para enajenar, la voluntad expresada de ese modo torna superfluo el asentimiento previsto por el art. 1277 del Código Civil”

En consecuencia, si bien se recomienda una redacción clara y precisa que contenga la facultad para asentir, no sería observable la falta de la expresa facultad, siempre que del mismo resulte:

- a.** “Que en el poder no surja limitación alguna en cuanto a la administración y disposición de bienes propios y gananciales. Cualquier duda debe limitar el asentimiento al tipo de bienes comprendidos en el poder.
- b.** Que ambos cónyuges otorguen el poder en forma conjunta.
- c.** Que si se trata de un poder especial para vender un bien en condominio de ambos cónyuges, surja del mismo la venta del todo y no de la parte indivisa, limitación esta que estaría limitando toda extensión interpretativa.
- d.** Acorde con el avance jurisprudencial, recomendar extremo cuidado con poderes para la venta de inmuebles de una sola titularidad, sean generales o especial, en cuyo caso la facultad de asentir debe estar expresamente contenida en el poder”.²⁴

24. *Idem* 18, pag.9

25. MOSSET ITURRASPE, “Omisión del asentimiento conyugal ¿nulidad o inoponibilidad?”, *Jurisprudencia Argentina*, 1982-II, 396.

26. CCiv. Familia y Suc., Tucumán, 14/5/1981, *Jurisprudencia Argentina*, 1982-II, 386.

Efectos de la falta de asentimiento

Como ya lo adelantáramos, existen distintas posturas en la doctrina y jurisprudencia respecto a las consecuencias del acto de disposición que se ha celebrado sin el asentimiento del cónyuge no titular.

La doctrina y jurisprudencia mayoritarias entienden que, en este supuesto, existe una nulidad por cuanto la exigencia

contenida por el art. 1277 del Código Civil es de cumplimiento inexcusable y constituye un requisito para la validez del acto²⁵ que no se supera con la perspectiva de un crédito futuro a favor del cónyuge afectado²⁶.

Para algunos de los sostenedores de esta doctrina se trataría de un acto nulo mientras que, para otros, de un acto anulable.

Así, Malaspina²⁷ sostiene que considerar a este acto como nulo puede implicar una sanción excesiva; en cambio, si se lo considera anulable, el juez podrá examinar los intereses conyugales y familiares en juego en el caso particular, las particularidades del negocio y su incidencia patrimonial, entre otras cuestiones, lo que le permitirá arribar a un resultado valioso, ya sea en el sentido de declarar la nulidad del acto, o de rechazarla.

Para De Ambrosi²⁸, la calificación del acto como nulo o anulable dependerá de que la necesidad del asentimiento sea o no conocida. De esta forma, el acto será nulo si de los antecedentes resulta que el bien fue adquirido por el cónyuge disponente cuando ya estaba casado con la persona que continúa siendo su cónyuge. Por el contrario, el acto será anulable cuando, por ejemplo, se tratare de un inmueble propio del disponente actualmente casado en el que residen sus hijos mejores, y en el otorgamiento del acto de disposición manifestare que el inmueble se encuentra desocupado y por ello no se requiere el asentimiento.

Sí existe coincidencia respecto del carácter relativo de la nulidad. Por aplicación del artículo 1048 del Código Civil, esta nulidad o anulación sólo puede ser solicitada por el cónyuge omitido o sus herederos. El vicio que comporta la nulidad puede ser subsanado mediante cualquier forma de confirmación (arts. 1059 a 1065 del Código Civil) y aún ser prestado con posterioridad al acto viciado. El plazo de prescripción de esta nulidad o anulabilidad relativa, por no haberse previsto uno específico, es el contenido por la norma del art. 4023 del Código Civil, es decir, 10 años, siempre con relación a los terceros; entre los cónyuges, la acción debe considerarse imprescriptible por aplicación del art. 3969 del Código Civil. La declaración de la nulidad conllevará la reivindicación del bien (arts. 1050, 1052 y 1053 del Código Civil) quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe y título oneroso por aplicación del art. 1051 del Código Civil.

27. MALASPINA, José Rafael, "La falta de asentimiento conyugal y sus efectos según la doctrina de la Corte Suprema de la Justicia de la Provincia de Tucumán", *La Ley*. 1982-D, 1027, citado por SOLARI, Néstor E. "Consecuencias por la falta de asentimiento conyugal / Artículo 1277 del Código Civil", *La Ley* 2005-C, 1075.

28. DE AMBROSI, Eduardo A., "Algunas consideraciones sobre el art. 1277 del Código Civil", *La Ley* 144-1074.

En esta línea de pensamiento, Borda²⁹ entiende que se trata de una nulidad relativa, sólo oponible por el cónyuge que no asintió y que sólo puede hacerse valer contra el primer adquirente y sus sucesores a título gratuito o de mala fe, ya que los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso están protegidos de la reivindicación por el citado art. 1051 del Código Civil.

Por otra parte, una postura que puede ser considerada minoritaria, sostiene que el acto de disposición que carece del asentimiento prescripto por el art. 1277 del Código Civil, constituye un supuesto de inoponibilidad frente al cónyuge omitido, pero el acto conserva su plena vigencia entre las partes que lo suscribieron. La ley ampara al cónyuge no titular de los posibles abusos del otro cónyuge y, por ello, sólo el primero (o sus sucesores universales) se encuentran legitimados para ampararse en la ineficacia del acto. La nulidad no es la sanción que corresponde al acto celebrado sin el asentimiento del cónyuge, por cuanto no se trata de un acto prohibido (art. 18 del Código Civil).

Cichero³⁰ sostiene que el asentimiento requerido por la primera parte del art. 1277 del Código Civil no implica una co-disposición ni su exigencia debe entenderse como una limitación a la capacidad del cónyuge titular del bien. La declaración de voluntad de este último es suficiente por sí misma y sólo ella es necesaria para producir un acto jurídico válido. Lo que sucede cuando, en el supuesto, se omite el asentimiento es que el acto en cuestión es inidóneo para operar sus efectos frente al cónyuge omitido. Para este autor, considerar al acto celebrado sin asentimiento como nulo, significaría aniquilarlo, privándolo de sus efectos propios cuando no surge de la letra ni del espíritu de la norma que lo exige que su ausencia lleve aparejada la nulidad expresa o implícita del acto.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido esta teoría³¹, determinando que la falta o renuencia de asentimiento no conllevan la invalidez del acto, ya que el déficit puede ser salvado por el juez si no existiese justa causa en la negativa. Mientras la invalidez se produce cuando el negocio padece defectos intrínsecos (vicios en alguno de sus elementos esenciales), la ineficacia aparece cuando encontrándose el negocio en regla, la inidoneidad proviene de alguna circunstancia de hecho extrínseca al negocio, pero requerida por la ley, como

29. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial La ley, 2008, p. 337.

30. CICHERO, Néstor, *op. cit.*

31. Autos "Martínez de Oubiña, Teresa c/ Corbanini, Delmar E. y otros s/ Resolución de Compraventa" (22/12/1987); "Ale, Roberto Amado c/ Dall'Orto, Jorge Lorenzo s/ Escrituración" (26/3/1991)

será el supuesto del asentimiento conyugal del art. 1277 del Código Civil

Quienes sostienen la doctrina de la inoponibilidad se dividen en dos corrientes respecto a la oportunidad en la que puede intentarse la acción.

Así, para Vidal Taquini³² no es necesario esperar la disolución del matrimonio para deducir la acción, pero la reivindicación del bien enajenado sólo se podrá hacer después de la terminación del régimen y antes de la partición, al sobrevenir la indivisión en la medida de su mitad indivisa. Producida la partición, el bien podrá ser reivindicado por el cónyuge omitido si ha sido adjudicado en su lote y siempre que la disposición hubiese sido declarada inoponible con anterioridad.

Para otros doctrinarios³³, la acción por inoponibilidad sólo puede ser ejercida una vez disuelta la sociedad conyugal, exigiendo que el bien se incluya en la formación masa partible. Si el bien se mantiene en el lote de quien lo enajenó, el acto de disposición será válido; si, por el contrario, se lo incluyera en el lote del cónyuge cuyo asentimiento fue omitido, éste quedaría facultado para reivindicarlo o exigir una compensación en dinero si la reivindicación no fuera posible³⁴.

32. VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 366.

33. CAFFERATA, José I., "Administración y disposición de bienes de la sociedad conyugal", Córdoba, *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Córdoba*, p. 57.

34. Fue la postura avalada en el fallo de la Corte Suprema de la Prov. de Tucumán en autos "G. de D.P. c/ D. V. H.", del 10 de diciembre de 1983.