

Régimen jurídico del asentimiento en el Código Civil y Comercial*

Medio de protección de la familia y del patrimonio de la comunidad matrimonial

Eduardo M. Cursack

Juan Carlos Dallaglio

César L. Del Zoppo

Liliana I. Gatti

María Laura Rey

RESUMEN

La ineficacia puede plantearse tanto en el acto jurídico asentimiento como en el acto dispositivo que lo requiere. La ineficacia del acto dispositivo por la omisión del asentimiento lo es por una nulidad relativa, y puede ser subsanada y confirmada. El acto jurídico de asentimiento puede ser efectuado a través de un representante por no tratarse de un acto personalísimo a tal fin. El representante no debe ser el cónyuge. El poder otorgado entre cónyuges para asentir debe contener los elementos constitutivos del acto dispositivo. Se lo puede considerar como un asentimiento anticipado por la conversión sustancial del apoderamiento. Los asentimientos anticipados dados sobre bienes determinados durante la vigencia del CCIV serán válidos; lo mismo que los poderes para asentir con determinación del objeto dados a favor del otro cónyuge en vigencia del CCIV. No será necesaria la solicitud de libre inhibición por el cónyuge no titular en los casos de disposición de bienes gananciales durante la indivisión poscomunitaria. Ante la ausencia de pacto entre los cónyuges, se aplican las reglas de la comunidad.

* Versión revisada y corregida –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo presentado por los autores en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016). Asimismo, se le han incluido, desde la redacción, hipervínculos a textos legales y doctrinarios digitales.

Sumario: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. Concepto. 2.2. Caracteres. 2.3. Naturaleza jurídica. 2.4. Régimen patrimonial matrimonial. Disposiciones. 2.5. Gestión de bienes en la comunidad. Asentimiento conyugal en la disposición de bienes gananciales. 2.6. Uniones convivenciales. 2.7. Ineficacias. 2.8. Poder especial con facultades expresas para asentir. 2.9. Aplicación temporal de la ley respecto de los asentimientos anticipados dados con anterioridad a la vigencia de la Ley 26994. 2.10. Asentimiento en la indivisión poscomunitaria. 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

1. Introducción

El asentimiento conyugal ha suscitado distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales desde su origen con la modificación al artículo 1277 del derogado *Código Civil* (en adelante, CCIV o la legislación anterior), introducida por la *Ley 17711*. El requisito del asentimiento conyugal para los negocios jurídicos de mayor trascendencia económica constituye, desde el año 1968, un resguardo eficaz del derecho de los cónyuges.

El CCIV tutelaba los intereses del cónyuge no titular al limitar la libre disposición de los bienes gananciales del titular y establecía la protección del hogar conyugal, condicionada a la existencia de hijos menores de edad o incapaces, sin importar la naturaleza del inmueble.

El *Código Civil y Comercial* (en adelante, CCCN o la nueva legislación) amplió la protección de los bienes gananciales a otros supuestos no previstos en la antigua ley y mejoró también el régimen de protección de la vivienda familiar, independientemente de la existencia de hijos menores o incapaces, extendiendo el amparo a sus bienes muebles indispensables e incluyendo en esta última previsión las uniones convivenciales inscriptas. A su vez, como novedad, introdujo la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas posteriormente al matrimonio o la inscripción de la unión convencional, si no fueron contraídas por ambos cónyuges o convivientes o uno con el asentimiento del otro.

Uno de los fundamentos del asentimiento es la idea de igualdad entre cónyuges y convivientes, que se presenta en la ley no solo en términos de equiparación de derechos y deberes sino de respeto mutuo, de consideración y de colaboración de uno hacia el otro. También la protección patrimonial es argumento basal para la instauración del asentimiento conyugal en la disposición de los bienes gananciales, sirviendo de límite al principio de libre disposición de los acervos que componen la masa ganancial de titularidad de cada cónyuge. Sin embargo, es la protección de la familia y de la vivienda en un sentido amplio, y de todos los bienes muebles que la componen, el principal argumento en que se apoyan el CCCN y el sistema del asentimiento, que en este contexto no va a diferenciar el carácter de los bienes tutelados ni el estado del disponente. Puede tratarse de bienes propios o gananciales, dentro del régimen matrimonial de comunidad, o de bienes personales, dentro del régimen matrimonial de separación de bienes o dentro del régimen de uniones convivenciales inscriptas.

Si bien el CCCN ha sistematizado la regulación del instituto, previendo situaciones especiales no contempladas en la anterior legislación, hay variadas cuestiones que quedan libradas a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Por ello, el tema que abordaremos en este trabajo no se agota en la letra de la norma, sino que es relevante argumentar y abrir el debate al respecto, a fin de arribar a conclusiones que sirvan para una aplicación armónica de esta importante herramienta de protección familiar y patrimonial. Cuestiones como la nulidad como sanción por la invalidez del acto de asentimiento y del negocio jurídico que lo requiere, cuando aquel se hubiere omitido; la caducidad del derecho del cónyuge no titular a reclamar la nulidad del acto jurídico ante la omisión de asentimiento y la prescripción de la acción cuando se ha eliminado la posibilidad de caducidad del derecho; la validez de la representación dada a favor de quien no sea el cónyuge, con la determinación del objeto como único requisito; la validez de la representación dada a favor del cónyuge titular únicamente cuando la misma verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos; la validez de los asentimientos anticipados con determinación de bienes, dados durante la vigencia de la anterior legislación; y la posibilidad de dar el asentimiento conyugal durante la indivisión poscomunitaria, por divorcio o modificación del régimen matrimonial sin solicitar libre inhibición del excónyuge no titular, son temas que abordaremos en el desarrollo del presente.

2. Desarrollo

2.1. Concepto

Asentir es aceptar, acceder, aprobar, suscribir, adherir a la opinión o iniciativa ajena. Según el Diccionario de la Real Academia Española, asentir es “admitir como cierto o conveniente lo que otra persona ha afirmado o propuesto antes”. Asentimiento es la manifestación de conformidad que se da o se presta para la celebración de un contrato o para la realización de un acto jurídico.

2.2. Caracteres

El asentimiento es un acto jurídico unilateral, recepticio, expreso, revocable y no personalísimo. Es unilateral porque no depende de la voluntad de otro sujeto. Es recepticio porque su eficacia quedará supeditada a la recepción del mismo por el destinatario interesado y su utilización. Es expreso ya que debe manifestarse por escrito en todas las etapas de la contratación con las formalidades que sean exigibles en cada una. Es revocable mientras no se otorgue el acto jurídico para el que se dio, salvo los casos de negocios concluidos en los que podrá ser irrevocable y póstumo si reúne los supuestos legales. Es no personalísimo, ya que puede delegarse la manifes-

tación en un representante o pedirse la intervención judicial en los casos previstos legalmente.

2.3. Naturaleza jurídica

El cónyuge o conviviente que asiente solo debe manifestar su conformidad con el acto jurídico que su consorte o cohabitante va a celebrar, sin que ello lo haga parte, es decir que su voluntad no integra el acuerdo que supone el contrato.

En tal sentido, el asentimiento dado por el cónyuge o conviviente es un presupuesto de validez llamado a deponer los impedimentos con los que colisiona el poder dispositivo del consorte o cohabitante titular del bien.

2.4. Régimen patrimonial matrimonial. Disposiciones comunes

2.4.1. Actos que requieren asentimiento

En el régimen primario, se destaca el deber de contribución, la responsabilidad solidaria, la protección de la vivienda, del hogar, de los hijos comunes, en proporción a sus recursos, y de los cónyuges entre sí. Se extiende tal obligación a las necesidades de los hijos del otro cónyuge siempre que haya convivencia y minoría de edad, capacidad restringida o discapacidad.

El CCCN contiene normas de orden público aplicables a ambos regímenes patrimoniales matrimoniales (comunidad y separación de bienes), que tienen por objeto evitar que cualquiera de los cónyuges realice unilateralmente actos dispositivos (enajenación o gravamen) sobre la vivienda familiar y sobre sus bienes muebles indispensables. Sin importar cuál sea el régimen patrimonial elegido por los cónyuges (antes o después de la celebración del matrimonio), cualquier forma de disposición sobre los derechos de la vivienda familiar requiere del asentimiento del cónyuge no titular, siendo irrelevante la calificación del bien (puede ser propio, ganancial de titularidad exclusiva, personal e, incluso, de titularidad de un tercero).

La protección de la vivienda familiar no solo ampara el derecho de los propietarios del inmueble asiento del hogar conyugal, sino también el derecho a la vivienda que tienen quienes no son propietarios pero detentan sobre el inmueble asiento del hogar familiar un derecho real de disfrute (usufructo, uso y habitación) o un derecho personal (locación, comodato). Además, como ya lo hemos mencionado, la exigencia del asentimiento conyugal se extiende a la disposición de los derechos sobre los bienes muebles indispensables de la vivienda y a su traslado fuera de ella.

El artículo 456 CCCN refiere a la “disposición de los derechos sobre la vivienda familiar”, de manera tal que introduce la exigencia del asentimiento conyugal respecto de determinados actos (antes no contemplados), tales como la cesión de un contrato de locación o la cesión de un boleto de compraventa. El artículo 456 es una

norma más amplia y mucho más tuitiva de la vivienda familiar que el derogado artículo 1277 CCIV, que requería, con el fin de hacer operativo el amparo en los bienes propios, el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble en que estaba radicado el hogar conyugal, siempre que hubiera hijos menores o incapaces. Por último, la norma en estudio dispone la inejecutabilidad de la vivienda familiar por los acreedores de uno solo de los cónyuges y establece que puede ser embargada por deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio o bien por deudas posteriores a su celebración si fueron contraídas por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

2.4.2. Requisitos del asentimiento

El cónyuge que presta asentimiento (tanto en el supuesto de vivienda familiar como de bienes gananciales en general) manifiesta su aprobación o anuencia con el negocio que su consorte va a celebrar, sin que ello lo haga parte. Es decir, el cónyuge titular del bien, a quien le corresponde decidir sobre el acto dispositivo, y su consorte no titular, quien manifiesta su conformidad con el acto dispositivo de aquel, enfrentan distintas responsabilidades. En virtud de ello, el cónyuge que da asentimiento no se obliga ni responde por las deudas que origine el negocio, ni tampoco responde por evicción ni vicios redhibitorios.

En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge, aquel debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 457 CCCN). Asimismo, el sentimiento no necesita ser concomitante o simultáneo con el acto para el cual se otorga; puede ser anterior o posterior.

Los requisitos establecidos para el asentimiento en el artículo 457 CCCN se aplican tanto para el caso del artículo 456 como para los regulados en el artículo 470, por la expresa remisión que hace el último párrafo de este último. La expresión “el acto en sí” del artículo 457 hace improcedente el asentimiento general anticipado.

Los elementos constitutivos son aquellos que permiten ejercer el control que la ley le otorga de manera irrenunciable al cónyuge no titular, siendo estos la naturaleza del acto jurídico o negocio, los sujetos, el bien sobre el cual versa, el precio mínimo y, eventualmente, la forma y el plazo de pago.

2.4.3. Autorización judicial

A fin de evitar el congelamiento del régimen patrimonial matrimonial, el CCCN, en el artículo 458, prevé la autorización judicial como una solución legal para aquellos casos de actos jurídicos que requieren del asentimiento del cónyuge y este no puede prestarlo o se encuentra involuntariamente impedido para otorgarlo o se niega a darlo, y esa negativa causa un perjuicio al interés familiar o al interés patrimonial del cónyuge titular. La actuación del juez, en sustitución del cónyuge que se encuen-

tra impedido o se niega injustificadamente a prestar asentimiento, debe ser solicitada por el cónyuge titular del bien o del derecho sobre la vivienda familiar. El acto jurídico otorgado por el cónyuge titular con autorización judicial es oponible a su consorte, sin que ello le imponga obligación personal alguna a su cargo, salvo la obligación de desocupar el inmueble.

2.5. Gestión de bienes en la comunidad. Asentimiento conyugal en la disposición de bienes gananciales

El régimen de comunidad es de carácter supletorio, por ser al que se someterán los cónyuges en caso de no optar por el de separación de bienes. En este régimen continúa la existencia de las masas de bienes de cada cónyuge con respecto a los gananciales y a los propios.

Los principios rectores para la calificación de los bienes siguen vigentes: el tiempo y el título de adquisición determinarán su carácter, ya que este variará si son adquiridos antes o durante la existencia de la comunidad o si su origen es gratuito u oneroso.

El CCCN revalida el régimen de gestión separada que estatuyó el CCIV¹. En el artículo 469, establece, respecto de los bienes propios, que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, excepto lo dispuesto en el artículo 456 (la exigencia del asentimiento conyugal se extiende a los actos de disposición sobre la vivienda familiar, sobre sus bienes muebles indispensables y sobre su traslado fuera del hogar). Y, en el artículo 470, estipula que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido pero siendo necesario el asentimiento del otro, como excepciones al principio general, para enajenar o gravar: a) los bienes registrables; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública (sin perjuicio de la aplicación del art. 1824); c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; y e) las promesas de los actos anteriores.

El CCCN utiliza en su artículo 470 el vocablo *asentimiento* con precisión, corrigiendo un error terminológico en el que incurría el artículo 1277 del derogado CCIV,² que exigía el *consentimiento* del cónyuge. La normativa actual es exacta,

1. Art. 1276 CCIV: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277".

2. Art. 1277 CCIV: "Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes. También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar

puesto que el consentimiento es prestado por el cónyuge que es parte del contrato (es decir, el cónyuge titular del bien ganancial), mientras que el cónyuge no titular presta su asentimiento, es decir, su conformidad con el negocio jurídico del consorte. Queda claro, entonces, que el cónyuge no titular no es parte del contrato y, en consecuencia, no se obliga, por lo que no puede ser demandado por incumplimiento, evicción o vicios redhibitorios. Asimismo, el artículo 470 CCCN determina con una redacción más precisa que el derogado 1277 las limitaciones o restricciones al poder dispositivo del cónyuge titular del bien ganancial, al utilizar las terminologías *enajenar* y *gravar* en lugar de *disponer* y *gravar*, puesto que los actos de disposición comprenden los actos de gravamen.

En el régimen de separación de bienes, regulado en los artículos 505 a 508 del CCCN, cada cónyuge será dueño exclusivo de los bienes que adquiera. Estos no se encontrarán sometidos a ningún tipo de régimen de ganancialidad, por lo que no corresponde hablar de bienes propios o gananciales, sino de bienes personales de cada uno de los cónyuges. Asimismo, en caso de cotitularidad o condominio, no es aplicable lo dispuesto por el artículo 471, por lo que las decisiones deberán tomarse atendiendo a la proporción indivisa que cada uno posea. La libre administración y disposición de los bienes de cada cónyuge solo encuentra su limitación en el supuesto de la vivienda familiar (art. 456 CCCN).

Con respecto a la posibilidad de contratar entre cónyuges, el CCCN establece un sistema de prohibición, de manera que solo algunos actos quedan expresamente autorizados legalmente. En el régimen de separación de bienes existe plena libertad de contratación entre cónyuges. En consecuencia, el asentimiento conyugal es una declaración unilateral autónoma, que tiene como finalidad complementar la voluntad del cónyuge titular del derecho. Hoy, ese asentimiento se exige no solo a los cónyuges, en los dos regímenes patrimoniales, sino también a los convivientes. Y ese requisito que la ley anterior imponía para la disposición de bienes inmuebles, muebles y derechos registrables se amplía a otros actos que lo exigen, al regularse además los requisitos para el asentimiento, los poderes para otorgarlo y las consecuencias en el caso de su omisión.

2.6. Uniones convivenciales

En la República Argentina, las uniones convivenciales están presentes en la comunidad en un número cada vez más relevante, como ocurre en casi todas las sociedades occidentales. En este sentido, advertimos que la visualización del matrimonio como arquetipo esencial e irremplazable para fundar una familia se fue dejando paulatinamente de lado. En la actualidad, las uniones de hecho son una modalidad de con-

conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, tratase en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido”.

vencia plenamente aceptada, no solo como forma alternativa al matrimonio, sino que muchas veces lo preceden o se intercalan como modo de vida entre dos matrimonios de una persona.

El CCCN, que consolida normativamente el proceso de constitucionalización del derecho privado, ofrece una plataforma reglamentaria que protege no solo los derechos de la familia matrimonial, sino también los de otras formas de familia, entre ellas, la basada en una unión convivencial.

2.6.1. Relaciones patrimoniales

El artículo 518 CCCN dispone que, ante la existencia de un pacto de convivencia, la administración y disposición de los bienes se regirá de conformidad a lo allí acordado por los convivientes,³ priorizándose la autonomía de la voluntad. A falta de pacto (régimen supletorio), cada integrante de la unión convivencial ejerce con total libertad la administración y disposición de los bienes de su propiedad (salvo lo dispuesto en el art. 522, única restricción a ese poder dispositivo, en aras de proteger la vivienda familiar y los muebles indispensables que se encuentren en ella).

2.6.1.1. Protección de la vivienda familiar

El artículo 522 CCCN dispone que, en las uniones convivenciales inscriptas, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento de su cohabitante, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar⁴ ni de los bienes muebles indispensables, ni transportarlos fuera de ella. La norma en análisis, al igual que el artículo 456, no requiere para la aplicación de este principio tutelar la existencia de hijos menores o incapaces. Los convivientes por pacto de convivencia no pueden modificar las reglas establecidas en el artículo 522 CCCN. Asimismo, para que opere el amparo, es requisito esencial que la unión convivencial esté registrada.

Para el supuesto de que el conviviente no titular se niegue a prestar el asentimiento o no pueda hacerlo, este puede suplirse con autorización judicial si el bien es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. La negativa a prestar el asentimiento debe apoyarse en justa causa, correspondiéndole al conviviente que lo niega la carga de la prueba y demostrando los motivos de su oposición.

Nuestro ordenamiento jurídico garantiza en las uniones convivenciales inscriptas, al igual que en las uniones matrimoniales, el amparo de los derechos sobre la vivienda familiar, tanto en la relación entre convivientes, exigiendo el asentimiento, como frente a terceros acreedores, estableciendo la inejecutabilidad de la vivienda

3. Los convivientes pueden pactar libremente un régimen de administración y disposición separado, conjunto o indistinto de los bienes.

4. Consideramos que el asentimiento del conviviente será necesario tanto para los actos de enajenación o gravamen como para aquellos actos que comprometan el uso de la vivienda familiar (locación o comodato) u otorguen sobre ella un derecho real de disfrute (usufructo, uso y habitación).

por deudas contraídas después de la inscripción de la unión (excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro).

2.7. Ineficacias

La ineficacia de los actos jurídicos vinculada al asentimiento conyugal para la disposición de la vivienda familiar, los muebles que la componen (art. 456) y los bienes gananciales (art. 470) puede analizarse desde dos puntos de vista: a) ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal; b) ineficacia del acto jurídico de disposición de la vivienda familiar o bienes gananciales que requieren el asentimiento conyugal, por la omisión o declaración de invalidez del acto jurídico asentimiento conyugal.

La doctrina mayoritaria coincide en que el asentimiento conyugal es un acto jurídico **unilateral, autónomo, recepticio y revocable**. Al ser un acto jurídico unilateral y autónomo, el asentimiento conyugal puede ser dado con anterioridad al acto de disposición, cumpliendo los requisitos legales exigidos por el artículo 457 CCCN; puede ser dado en forma coetánea o simultánea, o a posteriori, lo que muchos califican como una especie de aprobación o confirmación del negocio dispositivo.

El artículo 456 CCCN pone fin a la vieja discusión relacionada a la sanción del acto dispositivo de los bienes gananciales y el inmueble que es sede del hogar conyugal, hoy vivienda familiar, y los muebles que la integran por la falta del asentimiento conyugal del cónyuge no titular. Esta discusión se daba en torno a si se trataba de un acto sancionado con nulidad relativa o si era un acto inoponible para el cónyuge no titular, que derivaba en un crédito para este último a hacer valer al momento de la liquidación de la sociedad conyugal. El CCCN sanciona el acto con la nulidad relativa. Por consiguiente, podemos decir que el asentimiento conyugal es exigido en el CCCN como un requisito de validez del acto de disposición de la vivienda familiar y del acto por el cual se enajenan o gravan los bienes gananciales que así lo exigen.

Frente a las premisas planteadas, se analizará primero la ineficacia del asentimiento conyugal dado en distintos momentos y, luego, la ineficacia del negocio por la falta de asentimiento conyugal y sus efectos.

2.7.1. Ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal

Es sabido que el CCCN desarrolla una teoría general de la ineficacia a partir del artículo 382 (libro I, "Parte general", título 4, capítulo 9).

Como expresamos, el asentimiento puede ser dado en forma anticipada, coetánea o a posteriori del acto dispositivo de la vivienda familiar o bienes gananciales que lo requieran. En cuanto al contenido del acto jurídico asentimiento conyugal, el artículo 457 CCCN aclara que "debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos". Por consiguiente, despeja toda duda, receptando soluciones jurisprudenciales y dejando de lado la posibilidad de dar un asentimiento conyugal genérico. Por su

parte, en cuanto a la forma de exteriorización del asentimiento conyugal, el CCCN no establece alguna, por lo que rige el principio de libertad de formas (art. 284), situación que es entendible ante la inmensidad y complejidad de los bienes que pueden ser objeto del acto dispositivo que requieren el asentimiento conyugal (derechos, inmuebles, muebles, participaciones societarias, etc.), ya sea por exigencia de lo normado en el artículo 456 (vivienda familiar) o en el artículo 470 (bienes gananciales).

2.7.1.1. Asentimiento conyugal anticipado

La falta de asentimiento causa la nulidad relativa del acto jurídico por el que se transfiere la vivienda familiar, los muebles indispensables que la componen u otros bienes gananciales. El acto quedará subsanado por la caducidad del derecho, por la prescripción de la acción o por el asentimiento posterior. Como expresamos, el asentimiento debe referirse al acto de disposición para el que se otorga y debe precisar sus elementos constitutivos. En caso de no cumplimentar los extremos establecidos, será nulo.

El CCCN establece que todas las nulidades deben sustanciarse. La sentencia declarativa de la nulidad traerá aparejada la ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal (art. 382). Ante un asentimiento conyugal dado en forma anticipada y genérica, que no cumple con los extremos consagrados en el artículo 457, nos preguntamos ¿de qué tipo de nulidad se trata? A nuestro criterio, debido a que se encuentran en juego regímenes patrimoniales matrimoniales, principios y normas de orden público, el caso amerita que la sanción encuadre dentro de la clasificación de nulidades absolutas, definidas en el artículo 387 CCCN. Por consiguiente, el acto puede ser declarado nulo de oficio por el juez y es inconfirmable.

Hacemos referencia aquí únicamente a la invalidez del acto jurídico asentimiento conyugal y no a la invalidez del acto de disposición que se efectúe omitiendo el asentimiento. En el primer caso, por la nulidad absoluta que acarrea su invalidez, la única solución posible será la realización de un nuevo acto jurídico de asentimiento válido por parte del no titular. Ante la invalidez del acto jurídico de disposición por omisión del asentimiento o por resultar inválido el otorgado, la sanción prevista legalmente es la nulidad relativa, por lo que podrá ser subsanado mediante el otorgamiento del asentimiento posterior y la confirmación del acto por el no titular.

En cuanto a la forma del asentimiento conyugal anticipado, reiteramos que rige el principio de libertad de formas, la que debe analizarse en función de la forma documental exigida para el acto dispositivo al cual debe referirse el asentimiento conyugal. No es el mismo rigor formal para la venta de una heladera indispensable para la vivienda familiar que para la venta del inmueble donde radica la vivienda familiar o para ceder las cuotas de participación de naturaleza ganancial de una sociedad de responsabilidad limitada.

La doctrina anterior al CCCN está de acuerdo con que la forma del asentimiento conyugal anticipado esté determinada por la del negocio que asiente. Los

problemas que se pueden presentar son, por ejemplo, el asentimiento conyugal dado en el boleto de compraventa. ¿Podría el escribano autorizar la venta de un inmueble ganancial de titularidad de uno de los cónyuges y relacionar el boleto donde el cónyuge no titular dio su asentimiento, sin hacerlo comparecer en la escritura de compraventa? Consideramos que el asentimiento dado en el boleto servirá de expresión de la voluntad a la que le falta la forma, aplicándose el artículo 1018 CCCN. Por ello, entendemos que el asentimiento conyugal anticipado debe exteriorizarse respetando la forma documental del negocio que asiente, en virtud de que el documento que exterioriza el negocio sirve para acreditar la titularidad del derecho subjetivo que se alega (título formal) y este tiene que despejar todo tipo de duda en cuanto al cumplimiento de los requisitos de validez del mismo, ya que será objeto de calificación constante por futuros adquirentes, terceros interesados y registros públicos donde se inscriben dichos documentos para su publicidad, según la naturaleza de los bienes objeto del acto.

Teniendo en cuenta este criterio, si el asentimiento conyugal anticipado no es dado respetando la forma documental del negocio que asiente, el adquirente se encontraría facultado para exigir judicialmente la forma documental pertinente, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 1017 y 1018 CCCN. No se debe confundir esta acción que tiene el adquirente con la acción prevista en el artículo 458 CCCN, que se refiere a la autorización judicial que puede solicitar uno de los cónyuges para otorgar un acto que requiere el asentimiento del otro cónyuge que se encuentra ausente, es persona incapaz, está impedido transitoriamente de expresar su voluntad o su negativa no está justificada por el interés familiar.

2.7.1.2. Asentimiento conyugal coetáneo o simultáneo

Con respecto al asentimiento conyugal en forma simultánea al negocio dispositivo, no hay muchos inconvenientes ya que hay unidad de texto leído, consentido por las partes y asentido por el cónyuge no titular. Lo que hay que analizar en la hipótesis planteada es cuando el cónyuge no titular da su asentimiento al negocio que lo requiere por medio de un representante convencional. Es importante que se cumplan los requisitos de validez del acto de apoderamiento, ya que, de lo contrario, el asentimiento dado en el negocio que lo requiere sería nulo. Hipótesis:

- a) *Apoderamiento a favor de un tercero*: Hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 375, inciso b, del CCCN, donde se requieren facultades expresas para otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, debiendo identificar los bienes objeto del acto. Esta norma es aplicable tanto para la disposición de la vivienda familiar y los bienes muebles que la integran en el régimen de comunidad y en el de separación de bienes como para la disposición de los bienes gananciales.
- b) *Apoderamiento a favor del cónyuge*: ¿Puede un cónyuge apoderar a otro para que se dé a sí mismo el asentimiento conyugal cuando el acto lo requiera? Tan-

to en relación a la disposición de la vivienda familiar y sus muebles como con respecto a la disposición de bienes gananciales, un cónyuge no puede apoderar al otro para dar asentimiento. Pero si en el apoderamiento se referenció el acto y todos sus elementos constitutivos, como reza el artículo 457 CCCN, puede considerarse válido o aplicarse la teoría de la conversión prevista en el artículo 384 –como veremos en el punto 2.8–.

¿Qué forma debe cumplir el acto de apoderamiento para asentir? ¿Debe realizarse por escritura pública si quien asiente no es parte del negocio, no dispone, no consiente? El artículo 363 CCCN establece que la forma del apoderamiento está condicionada a la forma del acto que debe celebrar. A pesar de que estamos de acuerdo en que, en materia de asentimiento conyugal, rige el principio de libertad de formas, a nuestro entender, como expresamos oportunamente, el poder para asentir debe respetar la forma documental del negocio que el apoderado asiente.

2.7.1.3. Asentimiento conyugal *a posteriori*

El asentimiento conyugal dado posteriormente al acto o negocio que lo requiere importa la confirmación del negocio jurídico cuya validez está afectada por la omisión del mismo o por haber sido dado sin cumplir con los requisitos de validez (p. ej., el asentimiento anticipado genérico, la falta de poder expreso para darlo, el incumplimiento de la forma impuesta por el negocio que se asiente, etc.). Como expresamos oportunamente, el asentimiento conyugal es exigido por el nuevo ordenamiento como un requisito de validez del negocio que lo requiere y, en caso de omisión o de haber sido dado con defectos, la sanción prevista es la nulidad relativa del negocio que se asiente. Por lo tanto, para la subsanación del acto jurídico, deberá otorgarse un asentimiento conyugal posterior válido.

No se trata de un acto jurídico de confirmación, sino un acto jurídico de asentimiento conyugal que tiene efectos confirmatorios del acto nulo. Para ser de confirmación, debería cumplirse con los requisitos legales exigidos en los artículos 393 y 394 CCCN. Por lo tanto, debería haber desaparecido la causal de nulidad antes de otorgarse el acto de confirmación, pero esto ocurre recién luego del asentimiento *a posteriori*.

La confirmación debe contener la mención precisa de la causa de la nulidad, su desaparición y la voluntad de confirmar el acto; en el asentimiento posterior no es necesario mencionar la causa de la nulidad del acto jurídico que se asiente, ni su desaparición, ya que aún persiste hasta que se otorgue el asentimiento, ni la voluntad de confirmar el acto, ya que solo habrá que expresar la voluntad de asentir. La confirmación es el acto jurídico por el que el titular de la acción de nulidad relativa (cónyuge no titular) manifiesta en forma expresa o tácita su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad.

Podríamos concluir que **al dar el asentimiento *a posteriori*, este importa un acto de confirmación, ya que desaparece el vicio que afecta la validez del mismo.**

Por consiguiente, si el asentimiento del cónyuge no titular implica un acto complejo que requiere además otorgar la confirmación, en cuanto a la forma o instrumentación del mismo, debemos observar lo establecido en el artículo 394 CCCN, es decir, que la forma del acto jurídico de confirmación está determinada por la forma del acto que se sanea. Por consiguiente, la doctrina en cuanto a la forma del acto del asentimiento debe respetar la misma forma establecida para el acto o negocio que se asiente. También existirá asentimiento conyugal, como confirmación tácita del negocio, si el cónyuge titular dispone del inmueble propio que es la vivienda familiar y el cónyuge no titular procede a la desocupación del mismo con el retiro de sus pertenencias; esta conducta exterioriza el asentimiento.

2.7.2. La ineficacia del acto jurídico a causa de la omisión o invalidez del asentimiento conyugal

En la primera parte, se analizó la ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal por existencia de defecto o vicio al momento de otorgarlo, sea con anterioridad, en forma coetánea o posteriormente. Ahora, se analiza la ineficacia del acto o negocio jurídico que requiere el asentimiento causada por su omisión o invalidez.

El acto o negocio que requiere el asentimiento conyugal y no lo tiene o es inválido es sancionado con nulidad de carácter relativo. Declarada judicialmente la nulidad, todo debe volver al estado en que se encontraba al momento de la celebración del acto inválido. Pero no siempre es así, ya que existen excepciones, como las plasmadas en el artículo 392 CCCN, que se relaciona con los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe. Al respecto, debemos hacer las siguientes consideraciones:

- a) *Tratándose tanto de la vivienda familiar como de los bienes gananciales*, quien tiene que dar el asentimiento no es parte del negocio, por lo que no podrán ampararse o fundar su defensa en la última parte del mencionado artículo respecto de los terceros subadquirentes, ya que no codisponen (el art. 392 reza: “los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”).
- b) *Cuando se trata de la disposición de la vivienda familiar*, el expresado destino del bien consiste en una situación de hecho ajena a la instrumentación, por lo que puede estar o no exteriorizada en la dimensión papel. De no estarlo, la omisión del asentimiento por el cónyuge o conviviente inscripto no titular le permitirá al tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe ampararse en el primer párrafo del artículo 392 CCCN. En este supuesto, la buena fe del subadquirente consistirá en el desconocimiento o la imposibilidad de conocer que el bien enajenado o gravado era la vivienda familiar. Agregamos que también se encontraría amparado el adquirente a título oneroso y de buena fe si el cónyuge o conviviente titular manifiesta en el acto dispositivo que el mismo no es asiento de la vivienda familiar.

- c) *En relación con la omisión del asentimiento en la enajenación o gravamen de bienes gananciales que lo requieran*, el adquirente y el subadquirente a título oneroso no podrán ser considerados de buena fe, ya que el vicio es ostensible, excepto que el cónyuge titular haya declarado falsamente su estado civil tanto en la adquisición como en la enajenación del bien. Por consiguiente, el tercero subadquirente podrá ampararse en la norma contemplada, y el adquirente a título oneroso y de buena fe, en la teoría de la apariencia. La buena fe en el supuesto contemplado consistirá en el desconocimiento o imposibilidad de conocer el estado civil del enajenante, que lo ha declarado falsamente.

2.7.3. Caducidad y prescripción

El artículo 456 CCCN impone un plazo de caducidad de seis meses para el ejercicio del derecho del cónyuge no titular que no dio el asentimiento para la disposición de la vivienda familiar y los muebles indispensables de ella y para la disposición de los bienes gananciales comprendidos en las previsiones del artículo 470. Una vez cumplido el plazo de caducidad sin haber exteriorizado fehacientemente la voluntad de ejercer sus derechos, desaparece el derecho y el acto jurídico respecto del que se omitió el asentimiento queda subsanado. Pero si, dentro del plazo de caducidad, el interesado comienza a ejercer su derecho mediante la interposición de medidas judiciales o extrajudiciales dirigidas a hacerlo valer, la posibilidad de caducidad desaparecerá, ya que esta no puede suspenderse ni interrumpirse pero sí eliminarse al ejercer el derecho. Sin embargo, el hecho de haber iniciado maniobras tendientes al ejercicio de un derecho no significa que haya sido inmediatamente satisfecho. Más aún, distintas vicisitudes pueden hacer que dicho período sea más o menos prolongado, según el impulso que el interesado tenga, la resistencia de la contraparte y la celeridad que el sistema judicial aplique al caso. Una vez ejercido un derecho o iniciado el camino para su ejercicio efectivo, no habrá más posibilidad de caducidad, sino que comenzarán a correr los plazos de la prescripción.

La prescripción tiene un efecto totalmente distinto a la caducidad. Mientras esta última hace desaparecer el derecho si se cumple el plazo sin haberlo ejercido, aquella afecta a la acción, quedando el derecho íntegro y subsistente. Por lo tanto, transcurridos los seis meses previstos en la norma sin haber ejercido el derecho a pedir la nulidad del acto jurídico por el que se omitió el asentimiento, desaparece el derecho del cónyuge no titular y queda subsanado el acto. Pero si dentro del plazo estipulado se comienza a ejercer dicho derecho, lo que desaparece es la posibilidad de caducidad, comenzando a contarse el plazo de prescripción. Transcurrido dicho plazo, que por tratarse de nulidad relativa será de dos años (art. 2362, inciso a, CCCN), el acto quedará subsanado por la prescripción.

2.8. Poder especial con facultades expresas para asentir

En los poderes con facultades expresas para asentir dados a favor de terceros, bastará con la determinación del bien objeto del asentimiento y es el representante quien estipula los demás elementos constitutivos del acto.

Para abordar este tema, debemos diferenciar claramente los distintos actos jurídicos involucrados. Por un lado, la representación voluntaria, por la que una persona faculta a otra para representarlo en uno o varios actos jurídicos. Esto es regulado por el artículo 375 CCCN, que establece que para el caso de la representación voluntaria para dar asentimiento deberá otorgarse poder especial con facultades expresas y determinación del bien objeto del asentimiento. No impone ningún otro requisito ni condición. Por otro lado, la norma del artículo 457 CCCN establece que el asentimiento conyugal debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. Lo que debemos diferenciar es que en esta última norma citada se hace referencia al asentimiento propiamente dicho, que por no tratarse de un acto personalísimo podrá ser dado por el propio cónyuge no titular o por su representante (art. 375 inc. b CCCN). El asentimiento, con todos sus elementos presentes, podrá brindarse con anterioridad al acto jurídico que se asiente, concomitantemente con él o con posterioridad.

Si el asentimiento es anticipado, en él deberá mencionarse para qué acto, incluyéndose los elementos constitutivos de dicho acto. Por lo tanto, deberá expresarse si se trata de compraventa, donación, dación en pago, permuta, etc., con identificación de los sujetos involucrados, el objeto, el precio y la forma de pago, de corresponder. Si el asentimiento es coetáneo al acto jurídico respectivo, efectuado en el mismo instrumento, bastará con referir que el cónyuge no titular asiente el negocio jurídico realizado por su cónyuge en la misma escritura. Si el asentimiento es posterior, habrá que individualizar el instrumento por el que se efectuó el acto jurídico que adolece de asentimiento y que se quiere confirmar mediante el otorgamiento del asentimiento posterior. Si el acto en el que se omitió el asentimiento fue efectuado por escritura pública, bastará con relacionarla identificándola con su número, fecha y escribano autorizante. Con esa remisión, estarán cumplidos los requisitos del artículo 457 CCCN. Si el asentimiento es dado por el representante no cónyuge, sea anterior, simultáneo o posterior al acto que se asiente, será el representante quien identifique los elementos constitutivos del acto jurídico, ya que su calidad de tal lo faculta a tal determinación.

Pensar que en el poder para asentir deban estar los elementos constitutivos del acto jurídico llevaría a la conclusión de que no tiene sentido nombrar un representante para tal fin, ya que sería un representante que solo puede reproducir la voluntad expresada por el representado. El artículo 358 CCCN establece que los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho. Estos últimos son los llamados derechos personalísimos, los que únicamente podrán ser ejecutados por su titular, sin posibilidad de delegación en otra persona. El asentimiento conyu-

gal, claramente, no está incluido dentro de los actos personalísimos, ya que el inciso b) del artículo 375 CCCN prevé la delegación del asentimiento conyugal en la figura de un representante: “el asentimiento conyugal no es un acto personalísimo, por lo que el cónyuge no titular puede ser representado en dicho acto”⁵. El cónyuge no titular podrá otorgar poder a favor de otra persona para que esta otorgue el asentimiento conyugal. La actuación del representante tendrá los efectos establecidos por el artículo 359 CCCN en cuanto los actos del representante celebrados en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento producen efecto directamente para el representado.

Como en todo poder, el representado podrá limitar las facultades conferidas al acotar el campo de acción del representante, estableciendo en el poder, por ejemplo, a favor de quién y por qué monto puede brindar el representante el asentimiento. Sería el caso en el que hubiera un negocio jurídico ya celebrado entre el cónyuge titular y el adquirente del bien ganancial o que es asiento de la vivienda familiar, respecto del que faltara solamente otorgar la escritura pública. En este caso, el cónyuge no titular podrá otorgar un poder especial irrevocable para asentar, identificando todos los elementos del acto y haciendo referencia al negocio celebrado, que tendrá subsistencia póstuma por reunir las exigencias del inciso b) del artículo 380 CCCN. Este poder podría ser dado a favor de un tercero, de su propio cónyuge e incluso a favor del adquirente; es indistinta la persona del apoderado en virtud de que el negocio jurídico ya está celebrado y el cónyuge está adelantando su voluntad y cumpliendo con los requisitos legales previstos en el artículo 457 CCCN. Estamos en presencia de un poder que podría calificarse como de asentimiento anticipado con persona designada para hacerlo valer en el momento oportuno.

También podemos encontrarnos con la situación de un acto jurídico en proceso de ejecución, respecto del cual el cónyuge no titular tenga algunas precisiones pero no tenga claramente definidos todos los elementos constitutivos del negocio. En este caso, podrá otorgar poder con determinación del inmueble y precio mínimo por el cual podrá el apoderado dar el asentimiento en su representación.

Otra es la situación cuando el cónyuge no titular está de acuerdo con la disposición del bien, sea ganancial o asiento de la vivienda familiar, pero no está iniciado el negocio jurídico correspondiente, por lo que ignora sus detalles. Puede ocurrir que no esté en condiciones de otorgar personalmente ese asentimiento al momento de formalizarse el negocio, por lo que la ley le permite nombrar un representante para que dé el asentimiento por él en el momento en que se celebre el negocio jurídico respectivo. En este caso, no será posible, ni necesario, determinar los elementos constitutivos del acto jurídico por el que se asiente; queda facultado el apoderado no cónyuge a hacerlo oportunamente, asumiendo la responsabilidad de la conveniencia o no del negocio.

5. DALLAGLIO, Juan C., “La representación voluntaria”, en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t.2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p.91.

El artículo 457 CCCN hace referencia al asentimiento y no al poder para asentir, que se legisla en el inciso b) del artículo 375. El artículo 457 regula el asentimiento conyugal, que es el momento en que el cónyuge no titular o su representante dan la conformidad con el acto jurídico realizado, que realiza o que realizará el cónyuge titular. El poder para asentir no es el asentimiento sino la representación otorgada a otra persona para otorgarlo. En los poderes con facultades expresas para asentir, se deberá determinar el bien objeto del asentimiento y no los demás elementos del acto que asentirá el representante, ya que será este quien deba cumplir con las disposiciones del artículo 457 al momento de ejercer el poder, para lo que estará facultado conforme a la extensión conferida por el artículo 360.

El artículo 360 CCCN establece que la representación alcanza los actos objeto del apoderamiento, las facultades otorgadas por la ley y también los actos necesarios para su ejecución. Por lo tanto, las facultades de determinar los elementos constitutivos del acto jurídico correspondiente están implícitas en el apoderamiento dado para asentir. Es aconsejable que estas facultades sean conferidas expresamente en el apoderamiento; pero, si se omiten, por aplicación del mencionado artículo 360, las facultades de fijar los elementos constitutivos del acto jurídico que se asiente estarán implícitas en el poder.

El artículo 372 CCCN establece las obligaciones y deberes del representante, dentro de los que se incluyen los de fidelidad, lealtad y reserva; de realización de la gestión encomendada, que exige la legalidad de su prestación, el cumplimiento de las instrucciones del representado y el desarrollo de una conducta según los usos y prácticas del tráfico; y de comunicación, que incluye los de información y de consulta. El representante debe cumplir con el encargo y, para ello, deberá informarse sobre el acto jurídico que realizará el cónyuge de su poderdante. Debe evaluar la conveniencia o no de la prestación del asentimiento, siempre teniendo en consideración los intereses de su representado, analizando la situación y decidiendo conforme a su propio criterio. Debe luego rendir cuentas de su actuación, por lo que, si fue negligente en el cumplimiento de la encomienda, responderá frente a su representado, sin perjuicio de la validez del acto celebrado en ejercicio de la representación si esta se ejerció dentro de los límites y facultades conferidas.

Será válido el poder otorgado para dar el asentimiento con relación a determinados bienes, facultando al representante a decidir sobre la oportunidad en la que se brinde este asentimiento con relación al negocio jurídico especialmente determinado en cuanto a sus elementos en cumplimiento del artículo 457 del Código Civil y Comercial.⁶

2.8.1. Poder entre cónyuges para asentir

El poder para asentir dado al otro cónyuge será válido si versa sobre el acto jurídico en sí y sus elementos constitutivos. Por aplicación de la teoría de la conversión, pre-

6. *Ibidem*.

vista en el artículo 384 CCCN, podría considerarse el acto de apoderamiento como un asentimiento anticipado.

La nulidad ante la falta de asentimiento, la caducidad del derecho a pedirla, las previsiones que debe contener el asentimiento, la autorización judicial en caso de ser requerida y la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del cónyuge se aplican tanto para la disposición de la vivienda familiar y los muebles indispensables que la componen como para la disposición de los bienes gananciales, por la aplicación supletoria de los artículos 456 a 459, establecida en el último párrafo del artículo 470. La prohibición de otorgar poder a favor del otro cónyuge para dar el asentimiento incluye los casos de asentimiento en interés familiar y los de asentimiento para la disposición de bienes gananciales. El último párrafo del artículo 470 CCCN establece la aplicación supletoria de lo normado por los artículos 456 a 459, por lo que, como en toda aplicación supletoria del derecho, el texto supletorio deberá releerse a la luz del texto del que fue derivado.

Igual situación ocurre en otros casos de aplicación supletoria del derecho, como, por ejemplo, lo establecido en el artículo 1124, por el que las normas del capítulo destinado a la compraventa se aplicarán supletoriamente a los contratos por los cuales una parte se obliga a transferir a la otra derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, o a constituir los derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, conjuntos inmobiliarios o servidumbre, y dicha parte, a pagar un precio en dinero. También existe aplicación supletoria respecto de la cesión de derechos cuando el artículo 1614 CCCN establece que se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según se hayan realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las del capítulo destinado a la cesión de derechos.

En cualquiera de estos casos no sería consecuente con lo normado si quisiera argumentarse la no aplicación de cualquier situación regulada respecto de la compraventa razonando que el artículo respectivo habla de venta y no de cesión. Claramente, la aplicación supletoria impuesta legalmente hace que la interpretación de la norma supletoria deba hacerse relacionando las palabras con el instituto del que deriva. Por ejemplo, el artículo 1132 CCCN regula la venta de la cosa total o parcialmente ajena, diciendo que es válida en los términos del artículo 1008 y que el vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador. Por la aplicación subsidiaria establecida en el artículo 1614, por el que se aplican a la cesión de derechos las normas de la compraventa cuando exista contraprestación en dinero, se le aplica a la cesión de derechos el artículo 1132, que refiere a la venta de cosa ajena. Así, si la cesión versa sobre derechos ajenos, recibiendo a cambio un precio, la cesión será válida y el cedente se obliga a transmitir o hacer transmitir la propiedad del derecho al cesionario, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1629 respecto de la restitución de lo recibido con sus intereses o las consecuencias resultantes del actuar

malicioso del cedente si no cumple con la transmisión del crédito (según lo dispuesto en el art. 1008). No podría negarse la posibilidad argumentando que el artículo 1132 habla de “venta”, “cosa”, “vendedor” y “dominio” y no de “cesión”, “derecho”, “cedente” y “propiedad”.

Llevando el ejemplo a la cuestión que nos interesa, diremos que el artículo 470 CCCN, en su último párrafo, hace una aplicación supletoria de cuatro artículos que están incluidos en la sección tercera sobre “disposiciones comunes a todos los regímenes”, señalando que al asentimiento conyugal y a su omisión se les aplicarán las normas de los artículos 456 a 459. No se hace una aplicación subsidiaria a un solo artículo sino a un conjunto de normas, por lo que la lectura habrá de hacerse conforme a lo expresado en los párrafos anteriores. Todo lo normado en el núcleo común de artículos (456 a 459) será aplicable al asentimiento y su omisión respecto de los bienes gananciales que requieren asentimiento conyugal y no solamente a la vivienda familiar. La nulidad ante la falta de asentimiento y caducidad del derecho a pedirla, las previsiones que debe contener el asentimiento, la autorización judicial en caso de ser requerida y la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del cónyuge se aplican también en los casos del artículo 470 CCCN, ya que la aplicación supletoria de los artículos 456 a 459 hace que donde dice “vivienda familiar” deba leerse “bien ganancial”.

Fundamentamos lo dicho en cuestiones de técnica legislativa respecto de la aplicación subsidiaria de normas, según lo expresado anteriormente, y en que las necesidades familiares no quedan solo aseguradas con la vivienda familiar y los muebles que la componen, sino que cualquier detrimento que ocurra en los bienes de la comunidad matrimonial afectará el bienestar familiar. El CCCN no quiso dar una mayor protección a la vivienda familiar que a los bienes gananciales, sino que quiso protegerla aun cuando se trate de bienes propios o los cónyuges estén sometidos a un régimen de separación de bienes. La regulación de un mismo instituto en capítulos distintos responde a cuestiones exclusivamente metodológicas.

La disposición legal inserta en el último párrafo del artículo 459 respecto de que en los apoderamientos entre cónyuges el representante no está obligado a rendir cuentas, la importancia económica que revisten los bienes gananciales y la aplicación supletoria establecida en el último párrafo del artículo 470 hacen que la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del otro cónyuge deba aplicarse también para los bienes gananciales. Un poder para asentir a favor del otro cónyuge únicamente será válido si versa sobre el acto jurídico en sí y sus elementos constitutivos, ya que en este caso habría una determinación del asentimiento que haría improbable todo desvío y aprovechamiento, pudiendo también aplicarse la teoría de la conversión del negocio (art. 384).

2.9. Aplicación temporal de la ley respecto de los asentimientos anticipados dados con anterioridad a la vigencia de la Ley 26994

El asentimiento es un acto jurídico unilateral, autónomo y recepticio. La ley aplicable respecto de su validez y eficacia será la vigente al momento de su otorgamiento. El artículo 7 CCCN mantiene la irretroactividad de la ley respecto de las relaciones o situaciones jurídicas ya concluidas.

Es revocable mientras no se otorgue el acto jurídico para el cual se dio y se configura sin necesidad de la existencia de aquel. Los efectos propios del asentimiento se producirán con la concreción del acto jurídico asentido, lo que no disminuye su autonomía.

Se está ante una situación jurídica agotada y el efecto y consecuencia del acto unilateral quedó cumplido al momento de su otorgamiento.⁷

La aplicación a un acto jurídico concluido y agotado de una ley distinta a la vigente al momento de su otorgamiento sería lesiva de derechos constitucionales: habría una aplicación retroactiva de la ley y se estaría juzgando como inválido aquello que nació a la vida jurídica como un acto válido de acuerdo con la ley vigente al momento de su celebración.

El efecto y consecuencia de haber autorizado el cónyuge a la disposición de estos bienes es inmediato si se ha otorgado en la forma prevista para el acto final permitido...⁸

Por el carácter autónomo del asentimiento, la ley aplicable respecto de su validez y eficacia será la vigente al momento de su otorgamiento y no la ley vigente al momento de la producción de los efectos. Esta conclusión no puede llevarnos a aceptar un asentimiento general anticipado, ya que no estaba previsto en la legislación anterior. Más allá de que cierta doctrina lo calificaba como válido, son abundantes la doctrina y la jurisprudencia que lo estimaban contrario a derecho. **Por lo tanto, deberán receptarse favorablemente los asentimientos anticipados con determinación del inmueble o los poderes para asentir dados a favor del cónyuge titular durante la vigencia del CCIV, aunque no cumplan los demás requisitos del artículo 457 CCCN.**

2.10. Asentimiento en la indivisión poscomunitaria

En la disposición de bienes incluidos en una indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial con asentimiento del no titular, no corres-

7. LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 457], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 422.

8. *Ibidem*.

ponde solicitar libre inhibición, ya que se aplican las reglas de la comunidad entre los cónyuges y respecto de sus acreedores. El artículo 482 CCCN permite que se otorgue el asentimiento conyugal en los actos de disposición de bienes sujetos a una indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial cuando los excónyuges no acordaron las reglas de administración y disposición de los bienes. El asentimiento conyugal para la disposición de bienes sujetos a indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial permite la aplicación del artículo 458, solicitando el excónyuge titular la autorización judicial cuando el no titular niegue injustificadamente el asentimiento, lo que no podría aplicarse si se tratara de la codisposición de bienes sujetos a una indivisión.

En el caso del asentimiento conyugal para la disposición de bienes incluidos en una indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial, no corresponde solicitar libre inhibición por el excónyuge no titular, en virtud de que es de aplicación lo establecido en los artículos 486 y 487 CCCN. El artículo 486 establece que en las relaciones con terceros acreedores, durante la indivisión poscomunitaria, se aplican las normas de los artículos 461, 462 y 467, sin perjuicio del derecho de estos terceros de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común. El artículo 487 expresa que la disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integridad del patrimonio de su deudor. La parte final del artículo 461 del CCCN dice que, salvo disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro. En relación con la responsabilidad, el primer párrafo del artículo 467 CCCN expresa que cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales adquiridos.

En consecuencia, observamos que, ocurrida la indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial, cuando no existe pacto de división y administración de los bienes sujetos a la indivisión, se continúan aplicando las reglas de la comunidad, no solo entre los cónyuges, por lo cual el titular es quien dispone y el otro da su asentimiento, sino también en relación a los terceros acreedores de los excónyuges. Estos no pueden verse perjudicados por la nueva situación de los bienes de su deudor, es decir, que un acreedor del cónyuge titular de bienes gananciales, que tiene dichos bienes como garantía del cumplimiento de la obligación por parte de su deudor, no podrá encontrarse con que esta garantía se ve disminuida por la intromisión de los acreedores del otro cónyuge, sin perjuicio de la distribución que se haga de los bienes en la partición, en la que el acreedor tendrá derecho a participar. Aun luego de la comunidad, durante el estado de indivisión, ninguno de los cónyuges responderá por las obligaciones del otro, salvo por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos.

La referencia a los artículos 486 y 487 demuestra que los acreedores solo podrán subrogarse en el derecho de petitionar la partición, por lo cual el régimen de responsabilidad y gestión se mantiene frente a ellos como si no hubiese acaecido cau-

sal de extinción alguna. Y, por ello, se debe proceder de igual modo en las acreditaciones registrales; es decir, basta con solicitar solo inhibiciones por el titular; el otro no tiene derecho sobre el bien en particular, sino únicamente sobre el resultado de la liquidación de la masa de gananciales.

La disposición de un bien no importa en modo alguno la partición del bien, y el precio de él obtenido se mantiene por subrogación del bien enajenado en la masa de gananciales en estado de liquidación y pendiente de partición, del mismo modo que los frutos de los gananciales durante este período acrecen en la indivisión (art. 485).

Por ello, si el titular de estado civil divorciado, sin haber celebrado partición y adjudicación de las masas, pretende reinvertir ese dinero en la adquisición de otro bien registrable, éste será de carácter ganancial e integrará la indivisión...⁹

En consecuencia, mientras los bienes se encuentren en estado de indivisión, sin la existencia de un convenio de administración, se aplicarán las reglas de la comunidad, tanto en la relación interna entre los excónyuges como en la relación respecto de sus acreedores. Ello se debe a que no se constituye un condominio forzoso; el excónyuge tiene una acción de partición y su acreedor, derecho a subrogarse en sus derechos en caso de inacción de aquel.

Ante un acto dispositivo de un bien comprendido en las previsiones del artículo 470 CCCN, corresponderá exigir el asentimiento del excónyuge no titular, sin la solicitud de libre inhibición respecto de este, ya que si un acreedor quisiera subrogarse en sus derechos para pedir la partición, debería haber trabado las medidas cautelares correspondientes sobre los bienes que componen la masa de indivisión, no siendo la inhibición de bienes la medida cautelar adecuada a tal fin.

3. Conclusión

- Consideramos que la ineficacia puede plantearse tanto en el acto jurídico asentimiento como en el acto dispositivo que lo requiere. La ineficacia del acto dispositivo por la omisión del asentimiento es provocada por una nulidad relativa, y dicho vicio puede ser subsanado por un acto complejo del cónyuge no titular, consistente en el asentimiento posterior y la confirmación del acto.
- Concluimos que el acto jurídico de asentimiento puede ser efectuado a través de un representante por no tratarse de un acto personalísimo. A tal fin, es necesario un poder especial con facultades expresas y con determinación del inmueble, quedando facultado el representante para establecer los demás elementos del acto jurídico al momento de ejercer la representación. Este representante no debe ser el cónyuge.

9. LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 482], en Clusellas, Gabriel (coord.), ob. cit., p. 502.

- No podrán darse los cónyuges entre sí poder para asentir en la disposición de la vivienda familiar ni en la disposición de cualquier tipo de bien ganancial, salvo que verse sobre los elementos constitutivos del acto jurídico, cumpliendo con el artículo 457 CCCN. También se lo podrá considerar como un asentimiento anticipado por la conversión sustancial del apoderamiento.
- No podrá aplicarse retroactivamente la ley. Por ello, los asentimientos anticipados dados sobre bienes determinados durante la vigencia del CCIV serán válidos aunque no refieran a los demás elementos constitutivos del acto jurídico; lo mismo que los poderes para asentir con determinación del objeto dados a favor del otro cónyuge en vigencia del CCIV.
- Vimos también que no será necesaria la solicitud de libre inhibición por el cónyuge no titular en los casos de disposición de bienes gananciales durante la división poscomunitaria, ya que no hay un condominio forzoso en relación a los bienes de la comunidad, sino que el cónyuge no titular tiene una acción para exigir la partición. Ante la ausencia de pacto entre los cónyuges, se aplican las reglas de la comunidad, conforme a lo normado por el artículo 482 CCCN.

4. Bibliografía

DALLAGLIO, Juan C., “La representación voluntaria”, en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp.67-106.

LAMBER, NÉSTOR D., [comentario al art. 457], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t.2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp.419-424.

— [Comentario al art. 482], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t.2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp.499-506.¹⁰

10. Bibliografía complementaria:

ÁLVAREZ JULIÁ, Luis y SOBRINO REIG, Ezequiel, [comentario a los arts. 358 a 381], en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.) y Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp.799-845.

CASABÉ, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 [serie “Incidencias del Código Civil y Comercial”, dirigida por Alberto J. Bueres].

CERÁVOLO, Ángel F. y DI CASTELNUOVO, Gastón R., “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Pautas y criterios para el ejercicio de la función notarial frente a las nuevas normas y cambios que implica”, en *Revista Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, CFNA, N° 56, 2015, pp. 14-21.

CERNIELLO, Romina I. y GOICOECHEA, Néstor D., “Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 922, 2016.

FALBO, Marcelo, [comentario a los arts. 382 a 400], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp.170-222.

GIRALT FONT, Jaime, “Mandato entre cónyuges”, en AA. VV., “Informe del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por el Hono-

-
- rable Senado de la Nación el 28 de noviembre de 2013”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 914, 2013, [dossier], pp. 71-72.
- “Requisitos para el otorgamiento del asentimiento conyugal”, AA. VV., “Informe del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por el Honorable Senado de la Nación el 28 de noviembre de 2013)” [dossier], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 914, 2013, pp. 68-70.
- HERNÁNDEZ, Lidia B., [comentario a los arts. 1217 a 1322], en Bueres, alberto J. (dir) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3C, Buenos Aires, Hammurabi, 2007 (2ª reimposición), pp. 77-253.
- HERRERA, Marisa, “Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2014-3, pp. 11-58.
- [Comentario a los arts. 446 a 593], en Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- “El nuevo Código y las diversas realidades familiares” [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], 15/12/2014.
- “El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo” [online], en *Rubinzal on-line* [portal web], RC-D 351/2014.
- “Las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: una opción legal válida” [online], en *Rubinzal on-line* [portal web], RC-D 1062/2014.
- “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss (AR/DOC/3846/2014).
- HERRERA, Marisa y PELLEGRINI, María V., “La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial” [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], 30/5/2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino de 2014”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/10/2014 (t. 2014-E, p. 1267, AR/DOC/3592/2014); también puede verse online en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*.