

**REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO: "EL ASENTIMIENTO
CONYUGAL EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION".**

Por: Escribana Francisca Spila

Asentimiento Conyugal: Naturaleza jurídica. Asentimiento de los arts. 456 y 470 del Código Civil y Comercial de la Nación. Sanción ante la Omisión. Autorización Judicial Supletoria. Requisitos del Asentimiento del art. 457. Diferencia entre Asentimiento Conyugal Anticipado y Poder para Asentir.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar los cambios instaurados en el Código Civil y Comercial al instituto del asentimiento conyugal, por ser este de gran interés y relevancia para el notariado argentino.

El asentimiento conyugal es un instrumento que se ha establecido con la finalidad de proteger al cónyuge no titular de un bien (inmueble o mueble) frente al acto de disposición que otorga el cónyuge titular del bien que le permite ejercer un control sobre dicho acto.

Corresponde que nos detengamos a estudiar la naturaleza jurídica del asentimiento conyugal así como también para qué actos debemos exigirlo, que ocurre en caso de su omisión, los requisitos del mismo y destacar principalmente la diferencia entre el asentimiento conyugal anticipado y el poder para asentir puesto que se trata de figuras diferentes.

Este instituto está regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación dentro del Régimen Patrimonial Matrimonial al que se le han efectuado importantes modificaciones en relación al código velezano. Se destaca fundamentalmente la posibilidad de elegir entre el Régimen de Comunidad de Bienes y el Régimen de Separación, consagrando el principio de la autonomía de la voluntad de las partes a diferencia del régimen único legal y forzoso de comunidad de gananciales previsto por el código derogado.

El Código Civil y Comercial establece dos tipos de asentimiento. El requerido por el art. 470, que se aplica a los matrimonios casados bajo el régimen de comunidad y que tiene como objeto garantizarle al cónyuge no titular el control sobre los actos de mayor trascendencia económica a fin de resguardar sus eventuales derechos gananciales y el asentimiento exigido en el art.456 que se presenta como una herramienta de protección de la vivienda familiar, siendo aplicable independientemente del régimen patrimonial al que se hayan sometido los cónyuges.

ASENTIMIENTO: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Podemos definir al asentimiento conyugal como “la declaración unilateral de voluntad por medio de la cual el cónyuge no titular del bien presta su conformidad para que el titular realice un acto de disposición que implica una afectación o compromiso de los derechos que tiene sobre ese bien”¹.

Este requisito fue incorporado al Código de Velez por la reforma introducida con la Ley 17.711 en el art.1277. Esta norma hablaba de “consentimiento” y no de “asentimiento”. El actual código civil y comercial se encarga de aclarar la cuestión terminológica ya que sus arts. 456 y 470 hablan de asentimiento.

La doctrina y jurisprudencia criticaban la utilización en el art 1277 del término “consentimiento” ya que este es un elemento esencial del contrato que se atribuye a las partes del mismo y que hace la formación y existencia del negocio contractual, mientras que el asentimiento es un acto no integrativo del consentimiento contractual por el cual el cónyuge no titular da su visto bueno en relación al acto celebrado por su cónyuge.

Es decir que al cónyuge asintiente se le solicita solamente una expresión de conformidad con el negocio del consorte, por lo tanto este no es parte del negocio, no codispone con el titular, no asume responsabilidad ni deuda alguna con motivo

¹ Ezernitchi Dario J. y Otros. “Asentimiento y Convenciones Matrimoniales a la Luz del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial” en Revista del Notariado N°911, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Enero-Marzo 2013. Pág. 88.

de este acto. No puede ser demandado por incumplimiento, ni responde por evicción y el escribano no tienen que pedir certificado de inhabilitación respecto de él².

ASENTIMIENTO DEL ART. 456 Y DEL ART. 470 DEL CODIGO CIVIL Y

COMERCIAL

El Código Civil y Comercial diferencia claramente dos "tipos" de asentimiento conyugal, el del art. 456 referido a la vivienda familiar, que se exige tanto en el Régimen de Separación de Bienes como en el de Comunidad y el del art. 470 referido a la disposición de los bienes gananciales en el marco del Régimen de Comunidad.

ASENTIMIENTO DEL ART. 456

Este artículo se ubica dentro de las normas del régimen primario aplicables a todo matrimonio, con independencia del régimen patrimonial al que se han sometido. La norma no solo tutela la vivienda ganancial o propia, como lo disponía el sistema derogado, sino también la vivienda personal de cualquiera de los cónyuges que se encuentren casados bajo el régimen de separación de bienes y deroga la necesidad de que la misma se encuentre habitada por hijos menores o incapaces. El objetivo del código ha sido reforzar la protección a la "vivienda familiar", ya consagrada por la Constitución Nacional en su art. 14 bis y en numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional.

El asentimiento se exige para "disponer de los derechos sobre la vivienda familiar". Consideramos que la utilización de esta fórmula abarca tanto los derechos reales como los derechos personales sobre la vivienda familiar, quedando comprendidas la venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía, actos que impliquen desmembramiento de dominio así como también la locación. En este último caso, la protección dispensada impide que el cónyuge

² Kemelmajer de Carlucci Aida y Otros. "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014". Tomo I Art.401 al 508. Editorial Rubinzal-Culzoni. Año 2014. Pág. 778.

arrendatario, por su sola voluntad, pueda rescindir el contrato, traspasarlo o cederlo en contra del interés familiar³.

El concepto de vivienda familiar que se adopta es amplió puesto que no solo se aplica para los bienes inmuebles sino que también a las viviendas familiares que se materialicen en casas rodantes, trailers, barcos, siempre que sean registrables.

Dicho artículo extiende la protección ofrecida a la vivienda familiar a los actos de disposición de bienes muebles "Indispensables" de la misma y el transporte de ellos fuera de esta. Según Graciela Medina la norma comprende los elementos mínimos para el desarrollo de la vida conyugal, para cuya determinación tendrá importancia la jurisprudencia relativa a la embargabilidad de bienes⁴.

ASENTIMIENTO DEL ART. 470

El asentimiento previsto en el art. 470 del Código Civil y Comercial se funda "en el derecho en expectativa que generan los bienes gananciales".

Este artículo establece que, respecto de los bienes gananciales, será necesario el asentimiento del cónyuge no titular para "enajenar o gravar": **a)** bienes registrables, **b)** acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824; **c)** las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; **d)** los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.

Durante la vigencia del código derogado la doctrina criticaba la utilización de la terminología "disponer o gravar" del art. 1277 ya que consideraba que los actos de disposición incluían a los actos de gravamen. Con esta reforma se modifica la citada terminología y pasa de "disponer o gravar" a "enajenar o gravar", siendo esta una terminología jurídica clara que comprende toda enajenación (venta,

³ Kemelmajer de Carlucci Aida y Otros. "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014". Tomo I Art.401 al 508. Editorial Rubinzal-Culzoni. Año 2014. Pág. 455-456

⁴ Ezernitchi Dario J. y Otros. "Asentimiento y Convenciones Matrimoniales a la luz del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial". Revista del Notariado N°911. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Enero-Marzo 2013. Pág. 93.

donación, permuta, dación en pago, aporte en sociedad, etc.) y toda constitución de gravámenes (derechos reales de garantía o que implican desmembramiento del dominio).⁵

En su parte final el art. 470 se refiere a la necesidad del asentimiento para "las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores" lo que abarca a los boletos de compraventa culminando de esta forma con la discusión sobre si era exigible o no en estos actos.

SANCIÓN EN CASO DE OMISION DEL ASENTIMIENTO

Ante la omisión del asentimiento conyugal el código prevé, en el art. 456, como sanción, la nulidad del acto siendo aplicable también a los casos de falta de asentimiento conyugal del art. 470.

El Código supera el debate doctrinario que existía durante la vigencia de la normativa anterior, puesto que había dos opiniones diferentes, por una parte quienes sostenían la inoponibilidad del acto al cónyuge que no asintió y quienes consideraban la nulidad relativa del acto.

El cónyuge que no asintió "puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles". Al utilizar el verbo "poder" entendemos que el codificador plantea un caso de nulidad relativa por lo tanto puede subsanarse el acto por confirmación.

La sanción de nulidad relativa implica que: a) la nulidad sólo puede ser invocada por el cónyuge que debió prestar el asentimiento omitido; b) el cónyuge afectado puede confirmar el acto en forma expresa o tácita, y c) declarada la nulidad, las cosas deben volver al mismo o igual estado en que estaban antes del acto anulado, lo que implica la restitución del bien o el levantamiento del gravamen sin perjuicio de la protección de los terceros de buena fe, adquirentes de inmuebles a título oneroso⁶.

⁵ Medina, Graciela. "Codigo Civil y Comercial de la Nación. Dir. Medina, Graciela, Julio C. Rivera. Coord. Mariano Esper". Tomo II. Editorial La Ley. Año 2014. Pág. 178.

⁶ Kemelmajer de Carlucci Aida y Otros. "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014". Tomo I Art.401 al 508. Editorial Rubinzal-Culzoni. Año 2014. Pág. 631-631.

El código fija un plazo de caducidad de seis meses para que el cónyuge no asintiente demande la nulidad. Este plazo puede operar a) desde la fecha en que el cónyuge ha tenido conocimiento del acto de disposición o b) desde la fecha de extinción del régimen matrimonial (entendido este como la disolución del matrimonio y no del régimen patrimonial).

AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUPLETORIA

Ante la falta de asentimiento sea por imposibilidad o por negativa injustificada del cónyuge no titular se prevé la posibilidad de que el mismo sea suplido por la autorización judicial. Se trata de una herramienta necesaria para evitar una obstaculización injusta en la realización de los actos de administración y disposición de los bienes de cada uno de los cónyuges.

El art 458 establece los cuatro casos en los que esta puede requerirse. Estos son: a) ausencia del cónyuge b) incapacidad del Cónyuge, c) impedimento transitorio de expresar su voluntad y d) si su negativa no está justificada por el interés familiar.

Cabe aclarar que dictada la sentencia los efectos de la misma se equiparan a la manifestación del asentimiento por parte del cónyuge no titular, por lo tanto no se lo debe intimar al mismo a que concurra al acto de disposición a prestar el asentimiento. Es decir, "el negocio resulta oponible al cónyuge no disponente, pero no genera obligaciones a su cargo"⁷.

En cuanto al momento en que debe ser requerida la autorización sostenemos que deberá ser solicitada con anterioridad a la celebración del acto dado que el juez no tiene la facultad de confirmar un acto anulable.

ASENTIMIENTO ANTICIPADO Y PODER ESPECIAL PARA ASENTIR.

El asentimiento conyugal puede otorgarse en forma concomitante con el acto jurídico o bien con anterioridad o posterioridad al mismo. En este último caso

⁷ Kemelmajer de Carlucci Aida y Otros. "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014". Tomo I Art.401 al 508. Editorial Rubinzal-Culzoni. Año 2014. Pág. 644.

se trata de una convalidación del acto viciado. Debe ser otorgado por el cónyuge no titular pero si este no puede o no quiere puede conferir poder a otra persona para que lo haga en su lugar.

Nuestro criterio es diferenciar la figura del asentimiento conyugal anticipado con la del poder para asentir. Ambas se utilizan para los casos en que el cónyuge no titular no quiere o no puede otorgar al momento de celebrarse el acto jurídico principal el asentimiento conyugal.

El asentimiento anticipado está contemplado en el art. 457 del Código Civil. El mismo se refiere a los requisitos que debe reunir el asentimiento conyugal estableciendo: "En todos los casos en los que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento del acto, aquel debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos"⁸.

En cuanto al requisito de establecer el "acto en sí" la norma es clara, ya que se refiere a la necesidad de indicar la naturaleza del acto jurídico respecto del cual tiene que asentir el cónyuge no titular, por ejemplo, compraventa, donación, permuta, etc. El código al exigir esta precisión supera la discusión doctrinaria y jurisprudencial respecto a la posibilidad de otorgar asentimiento general anticipado, ya que esto sería improcedente.

El segundo requisito, como se ha indicado anteriormente, consiste en determinar los elementos constitutivos del acto. Respecto del mismo surgen algunas dudas ya que nos preguntamos si debemos aclarar todos los elementos del acto (sujeto, objeto y causa) lo que haría prácticamente imposible el otorgamiento de un asentimiento anticipado o solo los elementos más relevantes a efectos de realizar el control que la ley otorga en forma irrenunciable al cónyuge no titular. Consideramos que los elementos constitutivos a definir respecto del asentimiento conyugal son aquellos que le permiten al cónyuge no titular tomar conciencia del acto jurídico y de sus efectos, a fin de poder ejercer su función de contralor y

⁸ Art.457 Código Civil y Comercial de la Nación. Infojus. Ciudad autónoma de Buenos Aires. Año 2014. Pág.93

proteger sus intereses. Por lo tanto será suficiente definir la naturaleza jurídica del acto, el bien y en su caso el precio mínimo que debería obtenerse.

La otra posibilidad que tiene el cónyuge no titular de otorgar el asentimiento conyugal es conferir un poder a favor de su propio cónyuge o a un tercero. Tal como lo mencionamos al comienzo de la exposición destacamos que las reglas aplicables al poder para asentir no son las mismas que rigen para el asentimiento anticipado puesto que son actos jurídicos diferentes.

El poder para otorgar asentimiento está contemplado en el **art. 375 inc. b** el que dispone que entre los actos respecto de los cuales son necesarias facultades expresas de representación se encuentra **“el otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a los que se refiere”**. Surge entonces como único requisito del poder para prestar asentimiento conyugal el de identificar el inmueble objeto del acto.

Ahora bien, de todo lo antes dicho concluimos que los requisitos exigidos por el art. 457 del Código Civil y Comercial no corresponde extenderlos al acto de apoderamiento en cuestión porque dicho artículo se refiere solo a los recaudos que debe tener el asentimiento conyugal considerado en sí mismo. En el caso planteado será otorgado precisamente por el apoderado.

Las formalidades del art. 457 deben ser observadas recién en el momento en que el apoderado concurra a prestar el asentimiento que se le ha encomendado. Podemos decir entonces que el apoderado está en una mejor posición para defender los intereses del cónyuge no titular pues recién otorgará el asentimiento una vez impuesto de todos los elementos y detalles del acto jurídico, contando por ende con información más completa que el cónyuge que decide prestar el asentimiento anticipado. De extender los requisitos del art 457 del Código Civil y Comercial al poder para asentir no habría, en definitiva, diferencia alguna entre ambas figuras pues el acto de apoderamiento configuraría en verdad el asentimiento conyugal anticipado.

Una referencia especial corresponde efectuar con relación al mandato entre cónyuges. El art. 459 del Código Civil y Comercial dispone: **“Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones...”**

El Código contempla la posibilidad de que los cónyuges se otorguen poderes entre sí, tanto para los casado bajo el régimen de comunidad como para los casados bajo el régimen de separación de bienes. Sin embargo cuando se trata de disponer sobre los derechos de la vivienda familiar prohíbe que el propio cónyuge disponente actúe en representación del cónyuge a los fines de asentir (art.456). Por ende, los citados cónyuges sí podrían otorgarse poder para asentir en el caso de disposición de un bien ganancial (art. 470 CCCN).

CONCLUSIÓN

El asentimiento al que se refiere el Código Civil y Comercial de la Nación es una herramienta de control con la que cuenta el cónyuge no titular destinada a resguardar por un lado la vivienda familiar (art.456) y por el otro sus eventuales derechos gananciales (art.470).

Se caracteriza por ser: *unilateral*, siendo única parte el cónyuge no titular; *especial*, pues no cabe asentimiento anticipado general que cubra todos los actos futuros, y *sustituible* por vía judicial (art.458).

En caso de omisión del asentimiento la sanción que se ha dispuesto es la nulidad relativa del acto, estableciendo un plazo de caducidad de seis meses para intentar la acción, contado el mismo desde que el cónyuge no asintiente tomó conocimiento del acto viciado o desde la extinción del régimen matrimonial, lo que ocurra primero.

No debemos confundir el asentimiento conyugal anticipado con el poder para asentir. El primero debe cumplir con las reglas del art 457 que son las de definir la

naturaleza del acto jurídico y sus elementos constitutivos y el segundo debe cumplir con lo exigido por el art. 375 inc. b, siendo suficiente que se especifique el bien sobre el cual versa el mismo.

Este apoderamiento puede otorgarse a un tercero o bien al propio cónyuge pero en este último caso nos encontramos con una limitación y es que no se podrá otorgar poder para asentir al propio cónyuge cuando se trate del asentimiento previsto en el art. 456.

Concluimos que el Código Civil y Comercial de la Nación ha regulado el instituto del asentimiento conyugal de manera más profunda que en el código derogado, ampliando su exigencia a nuevos actos, clarificando terminologías jurídicas y superando discusiones doctrinarias. Todas estas modificaciones son positivas para el ejercicio de nuestra labor notarial, porque nos permiten tener un panorama más claro sobre la aplicación de este instituto. Como aspecto negativo de esta regulación podemos mencionar que la misma podría llegar a frenar la circulación comercial de los bienes.

BIBLIOGRAFÍA

- CLUSELLAS, Eduardo Gabriel y Otros. "Código Civil y Comercial" Comentado, Anotado y Concordado por Notarios. Tomo II. Editorial Astrea. año 2015.

-LORENZETTI, Ricardo L. "CODIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO". Editorial Rubinzal-Culzoni. Tomo II. Año 2015.

-KEMELMAJER de CARLUCCI Aída, HERRERA Marisa, LLOVERAS Nora. "TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA SEGUN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2014". Tomo I. Rubinzal – Culzoni Editores. AÑO 2014

-MEDINA, Graciela RIVERA Julio Cesar. "CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMETADO. DIR: GRACIELA MEDINA, JULIO C. RIVERA. CORD: MARIANO ESPER" Tomo II. Editorial La Ley año 2014.

-PACHECO DE ARIAUX, María Ivana , EZERNITCHI, Darío José. "Asentimiento y convenciones matrimoniales a la luz del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial". Revista del Notariado N°911. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Enero-marzo 2013.

