

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, página 575.

Todos estos antecedentes también sirvieron al tribunal para resolver: "Hacer lugar al recurso interpuesto, y, en consecuencia, revocar la resolución 61/91 del consejo Superior del Colegio Notarial de Mendoza", a la vez que disponer que oportunamente ese órgano dicte nueva resolución del acuerdo con los considerandos de la sentencia.

CONSENTIMIENTO CONYUGAL Y PODER. DIFERENCIAS(*)(18)

CARLOS NICOLÁS GATTARI

La cuestión podría plantearse de la manera siguiente: el poder conferido por una persona casada, ¿implica de por sí el consentimiento conyugal del art. 1277? No hay duda en la recíproca: el consentimiento no incluye poder. Las opiniones coinciden y la negativa es evidente. En el caso inverso, las afirmaciones se han dividido. En efecto, dos son las sentencias. La primera afirma que todo poder importa el consentimiento conyugal; motivo: quien puede lo más puede lo menos. La segunda, en el ángulo opuesto, sostiene que el poder no comporta necesariamente el consentimiento conyugal; motivo: las diferencias entre uno y otro instituto. Hasta ahora - que se sepa - ninguna de las dos opiniones ha sido desarrollada. Por lo cual, la bibliografía es inexistente. Más que tesis, parecerían hipótesis en el contexto de descubrimiento. Falta llegar al de justificación. Es lo que intento realizar en este trabajo, abogando por la segunda posición.

SUMARIO

Introducción. Capítulo I: El poder de representación. 1. Concepto de poder. 2. Contenido negocial. 3. Efecto negocial. 4. Titularidad de] mandante. 5. Capacidad. 6. Carencia de poder y validez. 7. Carencia de poder y eficacia. Capítulo II: El consentimiento conyugal. 8. Teorías acerca del consentimiento conyugal. 9. Contenido negocial. 10. Efecto negocial. 11. Titularidad del cónyuge disponedor. 12. Capacidad del cónyuge disponedor. 13. Carencia de consentimiento y validez. 14. Carencia de consentimiento y eficacia. Capítulo III: Cotejo entre poder y consentimiento conyugal. 15. Cotejo de ambos conceptos. 16. Caracteres. 17. Aspectos subjetivos. 18. Aspectos objetivos. 19. Situaciones no comunes. 20. Dinámica consecucional. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La ley 17711 ha introducido ciertas variantes cuyos alcances, más que del mismo legislador, dependerán de los intérpretes. Uno de los primeros ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sido y será el notario. Como tal, pues, procuraré dilucidar un punto sobre el cual existen opiniones; pero su contra no ha sido superada aún por la profundización en argumentos.

La cuestión podría plantearse de la manera siguiente: el poder conferido por una persona casada, ¿implica de por sí el consentimiento conyugal del art. 1277? No hay duda en la recíproca: el consentimiento conyugal no incluye poder. Las opiniones coinciden y la negativa es evidente. En el caso inverso, las afirmaciones se han dividido.

En efecto, dos son las sentencias. La primera afirma que todo poder importa el consentimiento conyugal; motivo: quien puede lo más puede lo menos. La segunda, en el ángulo opuesto, sostiene que el poder no comporta necesariamente el consentimiento conyugal; motivo: las diferencias entre uno y otro instituto.

Hasta ahora - que se sepa - ninguna de las dos opiniones ha sido desarrollada. Por lo cual, la bibliografía es inexistente. Más que tesis, parecerían hipótesis en el contexto de descubrimiento. Falta llegar al de justificación. Es lo que intento realizar en este trabajo, abogando por la segunda posición.

Tema que especialmente he elegido en este homenaje a Aquiles Yorio, doctor honoris causa de nuestra Universidad Notarial Argentina. El ha sido pionero en la doctrina nacional sobre la sociedad conyugal. Sigue vigente aquel volumen que, en 1943, dio a la prensa. Sus ecos aún perduran a través de sentencias, tratados, monografías(1)(19).

Así, pues, me propongo establecer las diferencias entre poder y consentimiento conyugal (art. 1277). Fijaré las que surgen del concepto propio de cada uno de ellos; de la capacidad y titularidad de su sujeto; del distinto contenido y efecto negocial y nos ayudará mucho saber qué ocurre con la validez y eficacia si no existen.

En consecuencia, el trabajo por desarrollar tendrá dos polos de atracción y, por el método comparativo, lo dividiré en tres capítulos: I. El poder de representación. II. El consentimiento conyugal. III. Cotejo entre ambos.

CAPÍTULO I: EL PODER DE REPRESENTACIÓN

Convendrá desarrollar este capítulo, conforme al esquema general. Verificaré: a) en primer lugar, el concepto de poder; b) luego, lo atinente al negocio, en cuanto a contenido y efectos; c) la correlación entre mandante, capacidad y titularidad; d) la carencia de poder y su conexión con la validez y eficacia del acto.

1. Concepto de poder

El poder de representación es "la declaración de voluntad unilateral y recepticia, independiente de la relación interna que subyace, en cuya virtud los negocios concluidos por el apoderado en nombre del poderdante y en ejercicio de las facultades de obrar conferidas producirán efectos,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inmediata y exclusivamente, en la esfera jurídica del representado"(2)(20).

¿Qué elementos encontramos en este concepto? El principal, por supuesto, es la existencia de una doble relación jurídica; conforme a ella, representante y representado asumen una posición activa o pasiva según el punto de vista. También se concluyen ciertas caracterizaciones, cuyo análisis se hará en el cotejo.

La relación interna, entre mandante y mandatario, subyace en el acto que realiza el apoderado con el tercero. En vez, la relación externa que se manifiesta entre éstos es la aparente, porque constituye, en sí, el acto por el cual se declara y se recibe la voluntad recíproca de ambos.

El representante desarrolla la actividad jurídica para la cual está suficientemente facultado en el poder. Si bien obra por otro, la potestad inmediata es del mandatario, quien actualiza, por sí y bajo su responsabilidad, la voluntad remota manifestada por su mandante al otorgarle el poder.

El representado, por su parte, recibe pasivamente el impacto de la actuación de su representante. Neracio dice: "Si mi procurador - por el mandato - compra una cosa y la recibe en mi nombre, yo adquiero el dominio, o sea la propiedad, aun ignorándolo", donde es necesario destacar esta última situación, la de ignorancia(3)(21).

Representante y representado, en la doble relación, tienen en común la actividad y la pasividad. Pero la situación es recíprocamente inversa: a) al conferir el poder, el mandante es activo; declara su voluntad; al actualizarlo, el mandatario es pasivo: acepta el mandato; b) al usar el poder, el mandatario es activo: él declara la voluntad; el mandante es pasivo: recibe el impacto, aun ignorándolo.

2. Contenido negocial

El poder de representación, usado por el mandatario, implica y tiene un verdadero contenido negocial, conforme surge del quiasma anterior; éste se produce en el entrecruzamiento de las distintas situaciones, con posiciones recíprocas de cambio: actividad - pasividad. Podemos advertir también la existencia de un doble negocio que corresponde a la relación antes mentada.

Actuando el mandatario en los límites de sus poderes y a nombre de su mandante, tanto los actos jurídicos ejecutados, como las obligaciones que hubiese contraído, se consideran hechos por el mandante personalmente (art. 1946). Cuando no se dieran tales condiciones el resultado final es distinto.

El doble negocio se desarrolla así: a) de la relación interna surge el negocio - contrato de mandato - entre mandante y mandatario; b) el negocio entre mandatario y tercero, que recae sobre el mandante, es el que brota de la relación externa.

El primero, el de la relación interna, establece obligaciones y derechos. Un vez aceptado, el mandatario se obliga a cumplirlo y responde por los daños y perjuicios en caso de inejecución (art. 1904). El mandante, a su vez, debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

retribuir al mandatario, librarle de las obligaciones contraídas en su nombre y proveerle de las cosas o fondos necesarios (art. 1951 y conc.).

El segundo negocio, en la relación externa, fija obligaciones entre mandante y tercero, a través de la actuación del mandatario.

Los actos ejecutados por el mandatario en términos correctos obligan al mandante frente al tercero. La relación jurídica que nace en el negocio concertado se traba entre éstos(4)(22).

En el trabajo nos interesa fundamentalmente este segundo negocio, porque lo realizado por el mandatario con el tercero, dentro de los términos de los poderes que tiene, produce efectos negociales, en la esfera patrimonial del representado y no del representante, punto que pasamos a ver.

3. Efecto negocial

Una vez cristalizado el contenido negocial a través de las formas que la ley impone o las partes eligen, se producen los efectos correspondientes al tipo de negocio realizado. Estos, sin embargo, cuando fueren suscritos de una parte por un apoderado, no se refieren al patrimonio del mandatario. Y entonces, ¿al de quién?

Las consecuencias legales afectan, de acuerdo con la teoría de la representación, la esfera patrimonial del mandante. Son efectos de los que éste debe gozar y, en todo caso, soportar, en la medida en que el poder ha sido desempeñado en los límites del mandato. Y aun excediéndolos, si el negocio hubiere sido ventajoso y el mandante ratificara el contrato.

La multiplicidad de negocios realizables se abanica, ejemplarmente, en la enunciación que el art. 1881 despliega ante nuestra vista, en categoría de poder especial. No se niega con esto otros negocios que no requieren en forma expresa la escritura pública, tal como se practica sobre todo en las relaciones comerciales.

Nos interesan en particular los incisos 7 y 15 que tienen más frecuencia en el ámbito notarial. Ellos dicen: "Es necesaria la escritura pública... inc. 7: Para cualquier contrato que tenga por objeto transferir o adquirir el dominio de bienes raíces, por título oneroso o gratuito... inc. 15: para constituir o ceder derechos reales sobre inmuebles".

Sabemos, además, que tanto la ley como la doctrina aceptan pacíficamente que la interpretación de las facultades de los poderes debe ser restrictiva. De hecho, se niega la existencia del poder general, con sentido negocial, lo que se desprende del mismo articulado de la ley (arts. 1882, 1879, 1880 y concord.).

Existen sólo poderes especiales que pueden otorgar sólo aquellos que tienen alguna titularidad, como expresión activa o pasiva de su patrimonio en el sentido de egreso o ingreso que modifica su status jurídico. Pero además de la titularidad es también necesaria la capacidad especial.

4. Titularidad del mandante

Supongamos que Cayo confiere a Ticio poder de representación con las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

facultades de los incisos reproducidos, y en forma. Tiene Ticio como apoderado facultad para transferir o adquirir los bienes raíces, constituir o ceder derechos reales sobre inmuebles, abonar y percibir sumas de dinero, suscribir instrumentos públicos; la titularidad, en definitiva, será o se perderá para Cayo.

Ahora bien, la titularidad es pleno contenido sustantivo en la esfera jurídica de Cayo. En el poder de representación utilizado existe un verdadero contenido negocial que permite a Ticio realizar actos jurídicos con los fines establecidos en el art. 944, Cód. Civil.

¿Qué significa esto? Pues, que los efectos del negocio que Ticio realiza como apoderado han introducido una modificación en el estado patrimonial de Cayo. El efecto de la relación jurídica trabada con el tercero: obligación - derecho no concierne a Ticio sino por vía indirecta: la del cumplimiento del mandato, en cuanto el acto atañe necesariamente a la relación interna.

Ese contenido y esos efectos negociales no se refieren a la titularidad de Ticio, porque éste, como apoderado, sólo se limita a ser sujeto instrumental de la voluntad de Cayo. Si bien en este momento Ticio aparece realizando el negocio, la relación jurídico - negocial se establece entre Cayo y el tercero. La actividad de Ticio ha sido sólo la de medio de manifestación de la voluntad de Cayo.

La titularidad es aquel atributo jurídico, por el cual la persona goza de la plenitud de su derecho y posee todas las facultades inherentes que puede ejercer mientras encabece ese título. Como hemos visto, esa titularidad respecto de los inmuebles puede ser activa o pasiva; así, el que enajena, por sí o apoderado, tendría la titularidad activa; y el que adquiere, por sí o por apoderado, tendría la pasiva, porque no existe una conexión actual entre dominio y persona.

Así, pues, uno es el sujeto negocial: el mandante que, en el negocio con el tercero, asume el carácter de parte y tiene la titularidad de disposición. En vez, el mandatario no es parte en el negocio, aun cuando actualmente él tiene de hecho el poder de disposición; es sólo sujeto instrumental(5)(23).

5. Capacidad

No basta, sin embargo, la sola titularidad. Un menor, un insano pueden ser titulares de un derecho, por ejemplo, el de propiedad. Pero la ley no les reconoce la capacidad directa para realizar negocios basados en esa titularidad. Suple el defecto con la representación necesaria. Pero nosotros estamos estudiando la representación voluntaria.

Luego, no podrían otorgar válidamente un poder para los negocios mencionados. Es decir que, además de la capacidad genérica que toda persona tiene (art. 31), es necesaria una capacidad o habilitación especial. Y no sólo debe tenerla el mandante, en cuanto titular, sino aun el mandatario en general y singularmente para el acto que realiza, con lo cual se encontrará debidamente legitimado.

A este respecto, con todo, debe tenerse en cuenta que el menor de edad puede ser mandatario sin que quepan desde los comienzos los distingos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre menor impúber y adulto; en cada caso el juzgador podrá analizar si el acto cumplido por el menor mandatario estuvo a la altura de su capacidad de discernimiento. De cualquier manera esto significa una habilitación especial admitida por la ley(6)(24).

En resumen, hay dos capacidades: la del mandante y la del mandatario. Una sola titularidad: la del mandante. Titular y mandante se confunden. Mandatario y titularidad - en la hipótesis - no se encuentran en relación directa. Pero tanto el titular - mandante como su apoderado deben tener capacidad.

Desaparecida la titularidad, podría decirse que el mandato cesa, porque carece de objeto; la disposición fáctica del mandatario no recae sobre ningún objeto. Por incapacidad de cualquiera de ellos cesa el mandato y no puede perdurar a petición de nadie, a menos que el mandato fuere dado en interés de parte distinta del mandante. Es el caso del poder irrevocable (art. 1977).

6. Carencia de poder y validez

Quien actuara a nombre de otro sin mandato o aun excediendo los límites del poder asume el papel de gestor, puesto que el dueño del negocio no es él, sino el tercero. Es decir que la relación, como en el poder, también es doble; pero la interna se supone en primera instancia; mas debe probarse su existencia; probada, nos encontramos con las resultancias del mandato. La apariencia jurídica y la seguridad de las transacciones determina que el gestor sea el titular del dominio hasta tanto la adquisición no haya sido aceptada. El acto resulta inoponible al verdadero dueño del negocio. Mientras esto no ocurre el gestor puede disponer libremente del bien en calidad de titular.

El acto, en sí considerado, es plenamente válido. "El gestor ni su cocontratante necesitan intervenir, ni renovar, sanar ni convalidar su consentimiento ni su anterior actuación, porque su contrato es perfecto como declaración de voluntad desde el primer día. Tiene consentimiento, objeto, causa y, en su caso, forma ad solemnitatem"(7)(25).

"La falta de poder de representación - dice Isidoro Jorge Ros(8)(26) - no es la omisión de un requisito de validez del acto o contrato que celebre el representante, sino que es la falta de un requisito para que la representación produzca los efectos que le son propios" en cuanto derivados al patrimonio de representante.

Por ello, tanto la carencia de mandato como el exceso de los límites del poder, que configuraría la gestión, no invalida el acto, ni da acción de nulidad alguna. Como dice Llambías (Tratado, N° 2053) no se abre opinión acerca de la validez. El contrato es perfecto. Pero totalmente ineficaz para el dueño del negocio, al menos hasta la ratificación.

7. Carencia de poder y eficacia

Si se trata de una compraventa, la propiedad se transfiere al gestor, en cuya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cabeza se titulariza luego de la escritura. El asume todas las obligaciones y derechos. El acto realizado, si bien tiene un contenido negocial cuyo titular parece ajeno, en sí, es propio del gestor. Ha obrado nomine alieno, pero por ese acto jurídico se responsabiliza él y sólo él.

El mismo Registro de la Propiedad publicita ese documento con la reserva de su derecho para el dominus, derecho que se hará efectivo en caso de ratificación. El que figura como dominus negotii considera al acto como una res inter alios acta y, por ello, la eficacia se extiende sólo entre partes y respecto de terceros.

El acto no tiene vicio alguno. Simplemente ha sido realizado para el dueño sin mandato o poder suficiente. En consecuencia, le es inoponible, y en esto consiste la ineficacia: en la inoponibilidad. Ni el gestor ni el cocontratante tienen acción alguna especial aparente contra el dominus, que resulta ser un tercero común.

La compraventa, como derecho real, actúa erga omnes, pero no logra insertar en la relación jurídica, en calidad de parte al dominus. Esto quiere decir, entre otras cosas, que esa inoponibilidad general se particulariza respecto del dominus precisamente por ser mencionado. Luego, en este aspecto, la inoponibilidad es recepticia.

¿Qué actitudes puede tomar el beneficiario? Pues, dos: a) pasivamente le basta con no intervenir y no será afectado; b) activamente, es suficiente que ratifique; en tal caso, al aprobar la gestión y asumir las consecuencias del acto, se le hacen oponibles no sólo la gestión por parte del gestor, sino también los derechos y obligaciones del contrato.

CAPÍTULO II: EL CONSENTIMIENTO CONYUGAL

Por utilizar el método comparativo, seguiré el esquema general. Verificaré, pues, a) en primer lugar, las teorías acerca del consentimiento; b) luego, lo atinente al negocio, en cuanto a contenido y efectos; c) la correlación entre disponedor, consentidor, capacidad y titularidad; d) la carencia de consentimiento y su conexión con la validez y eficacia del acto.

8. Teorías acerca del consentimiento conyugal

El consentimiento conyugal, a que se refiere el art. 1277, ha pasado por diversas interpretaciones en la doctrina, sobre todo en la española, con motivo de la reforma de 1958. Las primeras tesis sostuvieron la codisposición; desechada a poco, cotejóse luego con la licencia, con la venia. Se afirmó fuera un derecho de veto; hubo quien expresó era un contrato de adhesión(9)(27).

Casi todas ellas tienen sus puntos vulnerables. En definitiva, en forma bastante pacífica, parece haber prevalecido la tesis del asentimiento. Por razones que no es del caso explicar ahora, entiendo que "consentimiento" es la única y correcta palabra e idea que corresponde a la situación y circunstancia en que se aplica.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El asentimiento, en términos generales, consiste en una declaración unilateral y recepticia, de una persona que no es parte en el negocio; esa declaración, con todo, actúa como requisito de su eficacia. Advertimos, a través de un mero cotejo con el concepto dado para el poder de representación (N° 1), que existen elementos diferenciales y de semejanza.

En nuestra ley hay un ejemplo claro de categoría de asentimiento. El que debe prestar quien ejerce la patria potestad para el matrimonio del menor (art. 10, ley 2393). No podríamos concluir que por el hecho de existir dos consentimientos: del menor (contractual) y de su padre (no contractual), ambos realizan el matrimonio.

El asentimiento paterno, pues, no constituye al padre en parte del contrato matrimonial. Pero si no se da, ¿se producen todos los efectos? No; la misma ley 17711 lo ha consagrado en el art. 131 - 2 "con respecto a los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito". Pero, eso sí, están casados.

9. Contenido negocial

El acto que realiza el titular, en las condiciones del art. 1277, implica un verdadero y real negocio. Por aquel se modifica el status jurídico del cónyuge disponedor. Su patrimonio queda afectado, porque se desprende de la titularidad que tenía o bien restringe el dominio.

En vez, el cónyuge consentidor asiente con el negocio realizado por el otro. Con ello el acto deviene totalmente eficaz. ¿Concluiremos que el cónyuge consentidor también realiza el negocio? En manera alguna débese interpretar que el consentimiento tenga contenido negocial. Sería volver a la tesis de la codisposición, ya relegada, o aceptar que el consentimiento integra la capacidad del disponedor.

Si se interpretara que el consentimiento conyugal es un negocio, debería admitirse la titularidad correspondiente. Del cónyuge que asiente no es. El título se encuentra en cabeza del otro. No podría aceptarse que, por ensalmo de la ganancialidad, hubiera devenido titular también él.

En tal caso, existiría un condominio entre ambos cónyuges. Por supuesto, habría codisposición. Pero la antigua costumbre germánica representada por la gessamte hand (patrimonio en mano común) según la cual ambos cónyuges eran considerados propietarios de los bienes que integraban el acervo común, no ha tenido recepción en la ley.

¿Podría admitirse que la titular fuera la sociedad conyugal? Interpretar que la sociedad conyugal es sujeto de derecho independiente de las personas componentes, con capacidad civil y con masa patrimonial equivalente al capital societario, es una de las menos adecuadas. Por una especie de ironía, la sociedad conyugal, conforme al Código, existe en un solo momento: cuando se disuelve (art. 1271).

En definitiva, el cónyuge consentidor no es parte en el negocio, ni por ende, sujeto negocial. El negocio propiamente dicho entra en la esfera patrimonial del cónyuge titular, aun cuando la legitimación muestre el carácter ganancial del bien. El consentimiento conyugal refiérese a la vida posterior del acto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídico.

10. Efecto negocial

Es en la vida dinámica y consecuencial del acto otorgado cuando entra con la plenitud de su vigor el consentimiento conyugal. Porque, caso de no existir, no se producen la totalidad de los efectos propios y normales del acto realizado; cierto es que tal acto jurídico no es oponible al cónyuge que no consintió.

Al estudiar la esencia y naturaleza del consentimiento conyugal se ha llegado a la conclusión mayoritaria de que tiene carácter de asentimiento. Cuando se verifica su virtualidad operativa, podría pensarse que el consentimiento conyugal operase al modo de una condición de eficacia (wirksamkeit).

¿Por qué? Porque el acto carente de consentimiento parecería ser incompleto o inacabado. No se producen la totalidad de los efectos normales; una de las características del derecho real, su situación erga omnes, queda reducida. Como en el caso de la gestión para el dominus, es inoponible al cónyuge no consentidor.

Ahora bien, esa ineficacia relativa, esa inoponibilidad, esa incompleción pueden eliminarse. Con la realización de un requisito o la supresión de un obstáculo el acto se completa y perfecciona. Se hace oponible, deviene totalmente eficaz. No debe confundirse, sin embargo, el consentimiento posterior con la ratificación ni con la confirmación.

11. Titularidad del cónyuge disponedor

Así como el apoderado no es titular del negocio, sino mandatario de éste, del mismo modo, el cónyuge consentidor tampoco es el titular del negocio. Se limita a asentir con el negocio realizado por el cónyuge titular. Con ello, permite la liberación normal de los efectos totales en su vida energética.

Es bien claro que el carácter asumido por cada cónyuge en el momento constitutivo y estático del negocio, y con referencia también al plano del instrumento es totalmente diverso. ¿Y cuál es ese carácter? En un caso existe verdadero sujeto negocial; el otro, sólo se desempeña como sujeto instrumental.

La propiedad, como pleno contenido sustantivo, patrimonial, se encuentra en la esfera jurídica del disponedor. En una palabra, el sujeto negocial es éste. En tal carácter tiene la titularidad en toda la amplitud de su extensión: titularidad de goce y de disposición. El es quien expresa la voluntad (Willenssubjekt).

En vez, el cónyuge asentidor asume el carácter de sujeto instrumental. En alguna forma, por el hecho de declararse, complementa el acto en cuanto a la producción de sus efectos, sin rozar, por ello, la constitución negocial ni la titularidad.

12. Capacidad del cónyuge disponedor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Como en el caso del poder, hay aquí un solo titular. Precisamente el cónyuge disponedor que oportunamente adquirió el inmueble a su solo nombre, aun cuando su carácter fuere ganancial. ¿O habría de responder por evicción y saneamiento también el cónyuge disponedor? ¿Por qué no responsabilizarlo de igual modo?

También como en el poder aquí existen dos capacidades y éstas no sólo en general, sino en particular. Por parte del cónyuge disponedor es menester tenga capacidad para dar o negar su consentimiento conyugal; por parte del disponedor es necesario tenga capacidad para disponer.

Esta afirmación de la existencia de dos capacidades, como distintas y diferenciadas, la realizo con todo el énfasis del caso, porque algunos han interpretado que se trataría de una sola capacidad, la del cónyuge disponedor, que sería integrada entre otros elementos por el consentimiento conyugal.

Nada menos que Llambías expresa que el art. 1277 reduce a los casados mayores de edad a la condición de menores emancipados, peregrina idea surgida del espectro del fraude, "con la que se incurre en la demasía de imponer a todos los casados un status de incapacidad".

Afirma que ello es consecuencia del "error de legislar para los sanos, que son la generalidad, teniendo en mira un contado número de enfermos; para salvaguardar el interés de alguno, se daña a toda la sociedad". "Lo grave de este asunto - prosigue - es que no tiene remedio dentro de los resortes jurídicos actuales" y pide la modificación autorizando el poder general entre esposos(10(28)).

Es decir, Llambías sostiene que el consentimiento conyugal resulta integratorio de la capacidad del cónyuge disponedor y también concluye que no es posible acudir al poder general. Por ello, resultaría ser uno de los que no aprecia diferencias entre poder y consentimiento conyugal.

Como al mismo Llambías, particularmente no me ha gustado esta tesis desde el comienzo. Haciendo un simple análisis deberíamos llegar, por estadística, a conclusiones totalmente contrarias a los principios generales del derecho que se insertan en la sociología profunda, ya que la capacidad, cualquiera sea ella, es el sostén del ser humano.

Sin contar los anormales, se podría discurrir de este modo: si los menores solteros, con pocas excepciones, son incapaces y todos los casados, por el hecho de serlo, tienen un status jurídico de incapacidad, sólo quedan con capacidad jurídica unos pocos solteros y el total de los viudos, que también son pocos.

La consecuencia es obvia: al revés de lo que hemos sustentado, cabría afirmar ahora: la incapacidad se presume. La capacidad debe probarse. Lo cual resulta un absurdo. Ahora que la conclusión es lógica si se inserta el consentimiento conyugal como integrante de la capacidad del cónyuge disponedor.

En vez, he creído y sigo creyendo que, para evitar ese extremo, la interpretación de que el consentimiento conyugal no tiene relevancia en el contenido negocial, sino en los efectos del negocio, no en la capacidad del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

disponedor, sino en la integración del derecho real del adquirente, nos proporciona el remedio que Llambías busca intensamente.

13. Carencia de consentimiento y validez

El acto o contrato a que se refiere el art. 1277 me parece resulta válido (gültig), aun cuando careciere del consentimiento del cónyuge. Rechazada la tesis de que el consentimiento integra la capacidad, la constitución del contrato, en su aspecto estático, referido a la validez, es inobjetable.

Aun cuando pudiera reputarse tal acto como anulable, su validez no sólo existirá al constituirse, sino que perdura, lo que así surge del art. 1046 cuando afirma: "Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados".

¿Cómo actúa esta validez respecto de las personas? De diversa manera, según la distinta posición de éstas frente al acto realizado. Así es diferente la situación de las partes, de los terceros y del cónyuge que no consintió.

Entre las partes el acto es válido. Cada una de ellas asume también las responsabilidades que pueden devenir por haberse realizado sin consentimiento del cónyuge del disponedor. Los terceros, luego de la inscripción, nada pueden aducir, pues la publicidad que aquélla realiza se les opone.

Por último, para el cónyuge que no consintió el acto también es válido. Por lo menos hasta que logre su anulación, conforme al art. 1046 antes mentado. Igualmente debería interpretarse respecto de sus herederos hasta la sentencia anulatoria.

¿Cómo se subsana la carencia de consentimiento anterior o coetáneo con el acto? Por el consentimiento posterior, manifestado documentalmente, o logrado por vía de autorización judicial en los casos en que quepa, o bien por el transcurso del tiempo que provoca la caducidad de las acciones, dando origen a la prescripción liberatoria.

14. Carencia de consentimiento y eficacia

El acto carente de consentimiento previo o coetáneo es de aquellos que la doctrina alemana denomina de ineficacia relativa, distinguiéndolos de los nulos y de los anulables. El criterio diferenciador, pues, no es la validez, sino la eficacia, aun cuando debo reconocer la íntima relación entre ambos conceptos (Kelsen, Hart).

El acto es válido entre las partes, los terceros y aun frente al cónyuge que no consintió. ¿Pero es igualmente eficaz? Sí, lo es entre partes y terceros, si inscrito. Respecto del cónyuge que no consintió es ineficaz. Aquel acto - como en el caso de la gestión - es res inter alios acta. Le es inoponible, aun cuando estuviera inscrito.

Con todo, la extranjería (res inter alios acta) del acto respecto del cónyuge que no consintió no es idéntica a la del dueño del negocio frente al gestor. En este caso, al dominus le basta con ignorar la existencia del acto. En el primero, el cónyuge que no consintió debe interponer acción. ¿Pero qué

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acción?

"Entiendo que la acción del cónyuge no consentidor no es la de nulidad propiamente dicha, sino una acción meramente declarativa. Se funda en una declaración de ciencia recepticia que podría ser formulada ante el notario o ante el juez (siempre, en último término, con la intervención de éste) destinada a poner de relieve lo que falta: que el acto no tiene el consentimiento conyugal"(11)(29).

El acto válido resulta inoponible al cónyuge no consentidor. Por ello se reducen los efectos normales, fijando cierta vida incompleta. Así surge claro de la ley española cuando dice: "En todo caso no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido hiciere en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cualquiera la condición de los bienes afectados" (art. 1413 - 3, que impuso el consentimiento igual al del art. 1277 nuestro).

CAPÍTULO III: COTEJO ENTRE PODER Y CONSENTIMIENTO CONYUGAL

Hemos visto lo referente a poder en el capítulo I. En el II, lo relativo al consentimiento conyugal. Cabe ofrecer ahora el cotejo entre ambos, para verificar los puntos de contacto y, en definitiva, establecer, sobre todo, las diferencias.

El capítulo se centra en la consideración crítico - comparativa de: a) los conceptos; b) los caracteres; c) aspectos subjetivos; d) aspectos objetivos; e) situaciones no comunes; f) dinámica consecucional.

15. Cotejo de ambos conceptos

Me remito a los párrafos 1 y 8 donde constan, respectivamente, los conceptos de ambos institutos. Presentan algunos elementos de semejanza que someramente enunciaré, sin detenerme a analizarlos.

El poder y el consentimiento conyugal son declaraciones unilaterales, recepticias, independientes de la relación jurídica principal que opera en el acto negocial. El mandatario y el cónyuge consentidor no son parte en el negocio. Los efectos negociales se producen fundamentalmente en la esfera de sus correlativos: el mandante y el disponedor.

Si bien tales son los principales puntos de semejanza, con alguna calificación existen distinciones. Siendo, pues, el empeño de la tesis establecer las diferencias entre ambos, para destruir la idea de mutua implicancia, el cotejo se hará a los efectos de destacar aquéllas.

16. Caracteres

En este punto verificaremos: a) las diferencias que pueden insertarse aun en las semejanzas del punto anterior, b) la relación jurídica y c) las clases de poder y consentimiento.

a) Diferencias en semejanzas: El poder y el consentimiento conyugal son

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

declaraciones unilaterales, recepticias; pero si ahondamos en el estudio veremos que la similitud es aparente y se encuentran también en estos puntos diferencias.

El poder y el consentimiento conyugal constituyen sendas declaraciones. Pero la esencia de la declaración tiene dos aspectos fundamentales: a) es acto jurídico como nuda voluntad de declarar, y b) acto jurídico especial, porque como acto de lenguaje es expresivo y demostrativo de voluntad.

Ahora bien, como voluntad de declarar posee un doble contenido: el inmediato querer del acto de la declaración y el mediato querer de las consecuencias en un triple aspecto: el contenido, el resultado y el negocio.

Pues bien, en esto reside la diferencia: el poder es una declaración de voluntad que abarca la totalidad de los aspectos mentados, mientras que el consentimiento conyugal mi entender - en cuanto a voluntad de declarar incluye los dos queres: el inmediato y el mediato, pero este último sólo referido al resultado.

Para aclarar mejor, presento un cuadro sinóptico. Debo advertir que la doctrina referente a la esencia de la declaración es alemana y ha sido estudiada por Rafael Núñez - Lagos en "Contenido sustantivo de la escritura", de donde la tomo(12)(30).

	1. Erklärungswille: voluntad de declarar (aspecto interno):
	a) inmediato querer del acto de la declaración.
	b) mediato querer de consecuencias:
Esencia de la declaración	Inhaltswille: contenido; Erfolgswille: resultado;
	Geschäftswille: negocio.

2. Willensbetätigung: demostración de voluntad (exterior).

Poder y consentimiento son unilaterales. Este último, en manera alguna podrá resultar bilateral, ni aun cuando se otorgara coetáneamente al acto con el cual se asiente. Menos todavía si es previo o posterior al mismo.

En la escritura de poder, si en ella se encuentra presente el apoderado, deja de ser unilateral. Se convierte en bilateral, aun ante su silencio. Precisamente ese mismo acto constituye el contrato de mandato aceptado en forma expresa por los medios que la ley indica (art. 917).

Los destinatarios de la declaración son diferentes. La que formula el mandante se dirige al mandatario a los efectos de que éste acepte y use las facultades que le confiere. La declaración del consentidor la recibe el disponedor para que, libremente, se produzcan los efectos del acto negocial.

b) Relación jurídica: En el poder existen dos relaciones jurídicas: la externa y la interna (párrafo 1). ¿También en el consentimiento? Posiblemente podría admitirse la primera. La segunda no tiene existencia visible.

Quizá deberíamos considerar en calidad de relación interna a la que existe entre ambos cónyuges, precisamente por este carácter: cónyuges, que poco tiene que ver con el negocio en sí. El consentimiento, sin embargo, se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ha dado al esposo del disponente como protección para los derechos que la ley le reconoce.

Desde este punto de vista se correspondería con la relación interna entre mandante y mandatario. Entre éstos tiene contenido negocial y existe aun en forma negativa. Una vez aceptado el poder, el mandatario responde también por la inejecución de la orden (art. 1904).

Ahora bien, entre marido y mujer la relación interna que pudiera surgir del consentimiento conyugal no tiene matices negociales. Sólo se vitaliza con la ejecución del acto. El consentimiento no implica iniciativa de disposición. Pero tiene sentido en este único caso: sólo existe en forma positiva.

¿Hay relación externa? Parece que no. El consentimiento se encuentra ligado directa y únicamente conectado con la disposición del otro cónyuge. No se refiere al adquirente. En cuanto permite que el dominio se consolide íntegro en titularidad oponible también al consentidor, por ventura podría pensarse en una relación externa.

Pero me parecería difícil sostenerla, ya que no sería singular, sino común; es precisamente aquel carácter del derecho real. Su actuación erga omnes. Sólo se me ocurrió esta consideración por el método que sigo: la comparación y, sobre todo, la teoría de los modelos.

En resumen: en el poder hay dos relaciones: la interna y la externa. En el consentimiento sólo aparecería una. En consecuencia, tampoco la relación debería llevar calificación alguna, pues no existiría la opuesta ni la contraria.

c) Clases: El mandato es general o especial. El general comprende todos los negocios del mandante. El especial uno o ciertos negocios determinados (art. 1879). Sin embargo, cuando el art. 1880 conceptúa al mandato en términos generales dice que sólo comprende los actos de administración.

En definitiva, pues, salvando los problemas derivados de la poca precisión en los márgenes divisorios de la administración y de la disposición, si nos referimos a aspectos sustantivos sólo existen poderes especiales. Cuando la misma administración es extraordinaria se encuentra en aguas de la disposición.

La extensión del consentimiento conyugal también divide la doctrina: Borda, Belluscio y Llambías(13)(31) admiten sólo el consentimiento especial. Receptar otra especie sería desvirtuar el propósito de la ley, dicen Borda y Belluscio; no puede admitirse, pues integra la capacidad, afirma Llambías. Pero no ofrecen mayores argumentos para probar tal tesis.

El notariado, por su parte, admite las dos clases: general y especial. Así surge del despacho del tema III, presentado en la XII Jornada Notarial Argentina, celebrada en Resistencia, Chaco, en 1968 y que, como miembro de la comisión respectiva, precisamente me tocó redactar.

En el punto IV relativo al análisis del art. 1277, apartado F, exteriorización del consentimiento, inciso b), respecto del contenido, se lee: "El consentimiento general, respecto de varios actos o negocios o a todos los previstos en el art. 1277 del Código Civil no importa renuncia de derechos, dado que siempre queda la posibilidad de su revocación"(14)(32).

Pero aun en esta identidad podemos advertir una incisiva diferencia. El

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

poder general no contiene en manera alguna facultades de disposición; sólo tiene un contenido con referencia a los actos de administración. El consentimiento general - aun cuando sin contenido negocial - puede referirse a todos o ciertos negocios de los mencionados por el art. 1277, que son los de disposición.

17. Aspectos subjetivos

Para mejor captar las diferencias en el aspecto subjetivo del poder y del consentimiento conyugal, verifiquemos los siguientes puntos: a) capacidad y titularidad; b) unidad y dualidad, y c) beneficiarios.

a) Capacidad y titularidad: Son necesarias dos capacidades en cada caso. La titularidad del negocio que se realiza es sólo una.

Es menester que sean capaces mandante y mandatario (arts. 1894/96). Con todo, una persona incapaz de obligarse puede válidamente ejercer un mandato, con idénticas consecuencias sustantivas afectantes del patrimonio (1897/98).

Es necesario también que sean capaces el disponedor y el consentidor. A la inversa del caso mentado, no sería admisible que el cónyuge del disponente fuera incapaz de consentir. En ese supuesto, no podría válidamente otorgar su consentimiento, el cual debería ser suplido por los medios legales.

En este punto, reitero a título refirmativo una vez más, la tesis insinuada: en el cónyuge disponedor y en el consentidor existen sendas capacidades. Hay dos capacidades perfectamente diferenciadas. Y no una sola capacidad, integrada por el consentimiento conyugal (párrafo 12).

Por lo que hace a la titularidad, en vez, es una sola: la del mandante, la del disponedor. Existe identidad entre titular - mandante y titular - disponedor. No son idénticos sino diferentes el cónyuge titular y el cónyuge consentidor, como tampoco son idénticos, sino diferentes, el titular - mandante y el apoderado - mandatario.

b) Unidad y dualidad: El poder se encuentra necesariamente ligado con la capacidad y la titularidad del mandante. El sujeto es único, si bien la parte que forman representante y representado es llamada por Carnelutti "parte compleja".

Esta se bifurca así: el poder de disposición subjetivo o facultad de disposición pertenece al titular del derecho subjetivo. El poder de disposición objetivo, o disposición de hecho, corresponde a quien no es titular, en el caso, el representante o mandatario (15)(33).

¿Se encuentra ligado el consentimiento con la capacidad o con la titularidad del disponente? No. No las integra en manera alguna. Disponedor y consentidor son dos sujetos distintos. El disponedor es sujeto de la voluntad y del interés en cuanto a la declaración negocial y al contenido negocial (Geschäftswille - Imhaltswille).

Por lo que hace al resultado del negocio (Erfolgswille) también lo quiere, por supuesto. Y éste es el único campo al que se extiende la voluntad y el interés del sujeto consentidor, ya que como hemos visto, no se extiende al negocio en sí.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En el poder, la disposición se bifurca entre mandante y mandatario, como subjetiva y objetiva. En el consentimiento, la disposición no tiene encrucijada. El cónyuge disponedor tiene la facultad en su compleción: aspecto subjetivo y objetivo. Al menos que, a su vez, fuera representado.

c) Beneficiarios: Son los respectivos otorgantes. El poder se otorga, generalmente, en beneficio del mandante. Por ello, la revocabilidad es de su naturaleza. El mandato es un negocio fundado en la confianza. ¿Puede subsistir desaparecida ésta? No; decae por inexistencia de cimiento. *Finita voluntate, finitum est mandatum.*

Excepcionalmente el poder puede otorgarse en favor de persona distinta al mandante. Se da en los casos de poder irrevocable. Pero aun la revocabilidad constituye, con todos sus adjuntos, un matiz del que tomaré diferencias en este mismo capítulo.

El beneficiario del consentimiento conyugal es el cónyuge consentidor. La ley le otorga ese poder como un arma que, en momentos y por motivos determinados, podrá negar respecto de ciertas operaciones en defensa de sus derechos.

Se diferencian los beneficiarios también por situaciones y fines diferentes: el poder confíerele el mandante para la atención de sus negocios; el consentimiento, dentro de la sociedad conyugal, como resguardo. Ambos se fundamentan en la confianza como elementos positivos de su otorgamiento en la protección contra el fraude como elemento de revocación.

18. Aspectos objetivos

Estudiemos algunos caracteres del aspecto objetivo: a) fines; b) negocio, y c) afectación patrimonial y responsabilidad.

a) Fines: El poder tiene por objeto la representación de una persona por otra. ¿Con qué fin? Pues, para ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza (art. 1869). El poder, basado en la confianza, procura delegar en persona apta los negocios o asuntos jurídicos de otra.

El consentimiento conyugal tiene varios fines, según el escorzo en que nos coloquemos. Por parte del otorgante, a favor de quien la ley lo ha instituido, le da virtualidad aproximada al control de las operaciones. Este control, el cónyuge disponedor lo tiene con el objeto de prevenir el fraude. Esta vez, se ha dado sin distinción de sexo.

El cónyuge disponedor, al realizar el acto, sabe que cuenta con el asentimiento del otro esposo. El cocontratante se encuentra seguro de que no le será imputable mala fe. La operación se ha realizado con protección de los intereses de terceros. Para él, el cónyuge consentidor es tercero.

Por lo que hace al contrato en sí mismo, conforme se ha dicho reiteradas veces, el fin del consentimiento es permitir la liberación de todos sus efectos normales. Entre éstos se encuentra la oponibilidad erga omnes - entre los cuales el cónyuge del disponedor - con lo cual se asienta integralmente el derecho real.

b) El negocio: Nos bastará acercarlos para ver claramente los distintos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rumbos que, a partir del negocio, toman ambos institutos.

El poder, respecto del negocio, tiene un doble campo de acción. El primero, estático, se produce liberando las fuerzas del contenido negocial. Estas cristalizan en el momento constitutivo o propiamente contractual. Por supuesto, es el contrato que se produce en la relación externa.

El otro campo es dinámico. Luego de la constitución contractual persiste durante todo el tiempo del acuerdo. Se manifiesta en la vida consecucional, en la expansión de la energía jurídica que deriva de cada uno de los sentidos intencionales fenomenologizados en el contrato: son los efectos negociales(16)(34)

El consentimiento, a su vez, tiene una inserción en el negocio. Pero no en el contenido negocial, sino en los efectos negociales. El contenido negocial, estático, contractual, se encuentra constituido sólo por la declaración de voluntad del titular. Es el único que tiene la iniciativa y las tratativas del negocio con el tercero. El cónyuge consentidor no podría impedir el nacimiento del contrato.

En vez, puede impedir no totalmente, sí en forma parcial, la vida dinámica del acuerdo. Aun cuando inscrito el documento traslativo en el Registro de la Propiedad, no es oponible al cónyuge que no consintió. Podríamos afirmar que no se encontraría perfeccionado el derecho real, cuya característica es la acción erga omnes (art. 2505).

Resumen: en cuanto al contenido, el mandatario y el consentidor no son parte, sino el mandante y el cónyuge disponedor. En cuanto a los efectos del negocio, si no existe mandato, se producen totales entre gestor y tercero. Si no existe consentimiento, no se producen respecto del cónyuge consentidor.

c) Patrimonio y responsabilidad: Con el acto contractual de contenido negocial quedan afectados sólo dos patrimonios: el de los titulares, mandante y disponedor. El patrimonio del mandatario no sufre afectación alguna. Tampoco el del cónyuge consentidor.

La dificultad podría ofrecerla este último punto: ¿Cómo puede afirmarse que no hay afectación del patrimonio del cónyuge consentidor cuando forma parte de la sociedad conyugal, cuyo otro socio, el cónyuge disponedor, ha realizado un negocio?

Todo se explica por la teoría de las titularidades. Siendo titular el cónyuge (A) lo es, a título exclusivo, aun cuando el bien fuere ganancial. No son titulares ni el otro cónyuge (B) ni tampoco la sociedad conyugal. En consecuencia no quedan afectados los patrimonios de ninguno de ellos.

El art. 1271 dice que pertenecen a la sociedad conyugal los bienes existentes a su disolución, si no son propios. Luego el único momento en que podría titularizarse algún bien - de carácter ganancial, pero dejaría de tenerlo - en cabeza de ambos cónyuges o de alguno de ellos es al adjudicar, luego de la disolución.

Este punto se encuentra conectado con el de la responsabilidad que coadyuva a entender mejor lo dicho antes. Son responsables (por evicción, saneamiento, etc.) sólo los titulares: el mandante, el cónyuge disponedor. En manera alguna lo es el mandatario ni el consentidor(17)(35).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

19. Situaciones no comunes

Poder y consentimiento acentúan sus propios contornos en situaciones no comunes, como pueden ser: a) revocabilidad; b) justa causa, y c) modo de suplir.

a) Revocabilidad: En ambos resulta común. Tanto el mandato como el consentimiento conyugal se dan en favor de los otorgantes, a saber: mandante, consentidor. En algún caso, no ocurre así respecto del mandato: cuando se da poder irrevocable.

Distintos son, sin embargo, los fundamentos de la revocabilidad. El mandato es revocable sólo por naturaleza. El consentimiento es revocable por esencia. La distinción es obvia: la esencia se funda en el principio de contradicción. La naturaleza es el sistema, lo que se tiene, en los distintos modos en que puede tenerse.

¿Puede haber consentimiento conyugal irrevocable? No. Dado como defensa y control a favor del cónyuge respecto de las disposiciones del otro, la irrevocabilidad comportaría efectivamente una renuncia al derecho a consentir. De ese modo, sí se desvirtuaría la ley. En vez, aun cuando fuere general, si la confianza pierde sustento, se puede revocar: las riendas vuelven a las manos originarias.

¿Existe mandato irrevocable? Sabemos que sus caracteres se encuentran especificados en los arts. 1977, 1980, 1982 y concordantes. Es el caso excepcional del mandato. El mandato se da en favor del mandante (párrafo 17). Extraordinariamente puede haber otro que el mandante, en cuyo favor se haya dado: esto constituye el mandato en irrevocable.

Resumen: Poder y consentimiento conyugal son revocables. El fundamento es distinto: esencia en el consentimiento; naturaleza en el poder. Por ello también admítase que el mandato pueda ser irrevocable, pero nunca el consentimiento conyugal en este carácter.

b) Justa causa: Existe como posibilidad de revocatoria en el poder irrevocable. Como fundamento de la autorización judicial, supletoria del consentimiento, en las disposiciones de bienes gananciales y del hogar conyugal con menores o incapaces (art. 1277).

La justa causa actúa en ambos casos, pero con resultados diversos. En el poder, su existencia por un acto positivo del mandante - cuyo contenido es negativo -, posibilita la revocación del mandato irrevocable. Su inexistencia deja las cosas como están.

En el consentimiento, la existencia de justa causa fundamenta positivamente la negativa a darlo. En tal caso, no se puede forzar ni suplir el consentimiento. La constitución del negocio, si bien posible, resultaría fraudulenta.

La inexistencia de justa causa por parte del consentidor posibilita el recurso judicial del disponedor a los efectos de suplir aquél, por la autorización judicial (1277/1) si los bienes son gananciales. Si fuere el hogar conyugal con menores o incapaces, también el juez autoriza si el bien es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido (1277/3).

Resumen: 1) Con justa causa: el poder irrevocable se puede revocar; respecto del consentimiento, no se puede forzar a quien debe consentir. 2)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sin justa causa: el mandato irrevocable debe cumplirse; es posible lograr la autorización judicial como medio supletorio.

c) Modo de suplir: Existe la posibilidad de suplir la falta de consentimiento conyugal, por medio de una autorización judicial, cuando no existiere justa causa por parte del consentidor o del interés familiar. Para el par que estudiamos podría preguntarse: ¿Es posible suplir la voluntad de otorgar poder?

En manera alguna: estamos tratando de las representaciones voluntarias. De ningún modo podría violentarse la voluntad de nadie para el otorgamiento de un poder. Ni aun en el caso de que el interesado fuera otro que el mandante. Siempre hay medios de cumplimiento directo por parte del obligado, o bien indirecto, por acudimiento ante la Justicia.

El consentimiento conyugal fue dado en favor del cónyuge del disponedor. ¿Puede negarse cuando se quiere? Si no asiste razón suficiente para probar justa causa, la imprescindibilidad del bien y el compromiso del interés familiar en el bien conyugal, el consentimiento puede suplirse.

Es que - conforme vimos (párrafo 16, a) - existe una diferencia notable entre una declaración y otra. La del poder es declaración de voluntad, con contenido negocial y afectación del patrimonio.

La del consentimiento conyugal es también declaración de voluntad, pero sin contenido negocial ni afectación del patrimonio.

Conclusión: Es imposible suplir la voluntad de no otorgar poder. Es posible suplir la falta de consentimiento conyugal por medio de la autorización judicial.

20. Dinámica consecuencial

Para determinar este ya largo cotejo nos faltarían tres puntos: a) validez y eficacia; b) oponibilidad, y c) forma.

a) Validez y eficacia: Un mandatario realiza un contrato dentro de los límites de sus facultades. El cónyuge titular dispone de un inmueble con el consentimiento de su esposo. Ambos actos son válidos. Su eficacia se produce en toda la expansión.

¿Cuándo hay problema? Si no existiera mandato o se excediera el límite de los poderes. Cuando se otorgare un acto de disposición por el cónyuge titular, sin el consentimiento pertinente. ¿Qué podemos decir, en tales casos, acerca de la validez y eficacia de los actos?

En cuanto a la validez: Si no hay mandato y se excedieren las facultades conferidas, el acto es plenamente válido. También es válido el contrato dispositivo otorgado por el cónyuge disponedor, sin contar con el consentimiento del otro cónyuge.

En cuanto a la eficacia: La carencia de mandato o exceso de poderes es eficaz para el gestor o apoderado que debe responsabilizarse; ineficaz para el dueño del negocio o mandante. La carencia de consentimiento conyugal en actos dispositivos es ineficaz para el cónyuge que no hubiere consentido. Eficaz entre partes y luego de la inscripción frente a terceros,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

porque los otorgantes deben responsabilizarse.

b) Oponibilidad: Resultado de lo considerado respecto de la validez y, sobre todo, de la eficacia. El concepto se refiere a terceros y no a las partes. Deriva del principio registral de la publicidad, fundante de la ciencia del derecho respectiva.

El art. 2505 lo aclara cuando, refiriéndose al perfeccionamiento de la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, concluye diciendo que "no serán oponibles a terceros mientras no estén registrados". Que no se refiere a las partes resulta lógico, porque "respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado" (art. 20, ley 17801).

Poder: no existiendo mandato y habiendo exceso en las facultades, el acto carece de eficacia frente al dominus negotii. No le es oponible. Recién podrán oponérsele cuando, por un acto unilateral posterior, ratifique el acto primario, cuya relación y efectos se transportan ahora a su persona.

Consentimiento conyugal: cuando éste fuere negado, el acto carece de eficacia frente al cónyuge que no consintió y por ello le es inoponible. Tal inoponibilidad desaparece por el acto unilateral posterior en que el cónyuge preste su consentimiento o, no mediando justa causa, el juez lo supla.

Conformes con la teoría de la gestión y del asentimiento, el acto realizado sin mandato o en exceso y sin consentimiento es res inter alios acta. El dueño y el consentidor son terceros a los cuales no puede perjudicar el acto realizado sin su intervención.

La ley los protege con la inoponibilidad común; pero entiendo hay un aspecto relevante sobre ellos, porque de alguna manera se encuentran relacionados particularmente con el acto. En un caso, por la mención de nombre y apellido. En el otro, porque la ley establece quién y cuándo debe darse el consentimiento conyugal.

c) Forma: El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado, por cartas, y también verbalmente (art. 1873). No surge de la ley cómo pueda ser la formalización del consentimiento conyugal; por ello debe usarse de la analogía. Precisamente el artículo reproducido nos permite sacar conclusiones.

Parecería que no pudiera admitirse el consentimiento tácito. Sin embargo, en una sentencia comentada por Juan Carlos Smith, se ha planteado la situación (18)(36), Merecen profunda meditación las palabras que reproduzco, sobre todo por ciertas insinuaciones que formulé en "consentimiento posterior", presentado a la XII Jornada Notarial Argentina del Chaco, en 1968.

"Si bien este precepto - dice Smith refiriéndose al art. 1277 - exige el consentimiento de ambos cónyuges para el otorgamiento de actos de disposición o de gravamen sobre los bienes gananciales que menciona, nada dice sobre la forma en que ha de manifestar su consentimiento el cónyuge... no titular. . .".

"En otros términos - prosigue - el nuevo texto del art. 1277 no aclara si la manifestación de voluntad del cónyuge que debe consentir el acto debe ser expresa, tácita, o inducida de una presunción legal... a falta de un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consentimiento expreso, pueden muy bien aplicarse... los principios consagrados en materia de exteriorización de la voluntad... (arts. 918/919)". Ahora bien, como lo notarial fundamentalmente es derecho documental, estimo que las señas y las palabras debemos descartarlas. Débese admitir, sin embargo, su relevancia en el proceso. Precisamente el caso planteado en la sentencia citada es éste. El marido está presente: pero no consta su comparecencia en el plano del instrumento.

Tengo para mí, pues, que es posible dar el consentimiento conyugal en instrumentos públicos y en instrumentos privados. El dado en instrumento público puede serlo en el mismo acto negocial, o bien aparte. En acto aparte, por acta especial o como mandato, para expresarlo por apoderado. En el primer caso es acta, pues no existe contenido negocial. En el segundo es escritura: hay negocio de mandato.

En el mismo acto. La técnica notarial nos enseña: la forma correcta es la constancia de la comparecencia del cónyuge consentidor en la parte respectiva de la escritura. Otros prefieren hacerlo al final. No estará de más recordar que también resulta válida la sola firma del cónyuge consentidor (art. 917), con omisión de la constancia. En tal caso no se cumple con la técnica correcta.

Por lo que hace al instrumento privado también es posible registrar el consentimiento conyugal. Es lo que normalmente hacen - al menos los avisados - en los boletos de compraventa. Por lo menos para tener abierta la vía del principio de prueba por escrito, en caso de negativa ante la escritura.

Parecería que una interpretación basada en los incs. 1°) y 10) del art. 1184 determina que el consentimiento conyugal debe registrarse en instrumento público en los casos típicos. El punto, con todo, merece un estudio profundizado, precisamente por las diferencias que, a través de este estudio, hemos verificado.

Resumen: No es normal que en el acto negocial comparezca el mandante; por el contrario, resulta corriente la comparecencia del cónyuge consentidor. Cuando se ha otorgado el consentimiento por acta notarial, en el acto negocial basta mencionarla, sin necesidad de comparecencia ni declaración. No así en el otro caso: el mandatario debe comparecer en forma personal y formular declaración de voluntad.

CONCLUSIONES

Estimo haber sembrado el contexto de justificación en forma suficiente. Casi una treintena de rubros de cotejo nos han servido para sentar diferencias, algunas fundamentales, otras de matiz, entre poder y consentimiento conyugal.

Este recorrido ha tenido las etapas preenunciadas. El estudio del poder constituyó la primera; la siguiente fue dedicada a la profundización del consentimiento conyugal; la tercera y última, con los elementos útiles en cada mano, verificamos la precisa distinción.

A mi parecer, por los argumentos acopiados nos encontramos en el tramo final de la tesis que dice: "El poder no comporta necesariamente el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consentimiento conyugal, pues ambos institutos son diferentes".

Hay muchos puntos que sólo han sido insinuados; se encuentran todavía en contexto de descubrimiento. El lento rumiar de tales problemas y, a veces, la urgencia de una etapa por quemar apuran la circunstancia, por lo cual convendrá pensar desde ahora, en algunos que son importantes.

Tales: la tesis que niega el consentimiento general (Borda, Belluscio, Llambías). Otro: el consentimiento integra la capacidad del cónyuge titular o ¿se refiere a los efectos del contrato?

Por supuesto, a ellos me he referido en el decurso del presente trabajo, mas no en la medida que me hubiera interesado.

Un punto con consecuencias algo imprevisibles es también el siguiente: ¿el consentimiento posterior es una ratificación o una confirmación?, ¿o ha introducido una figura híbrida que convendrá pulir hasta darle su personalidad? ¿El consentimiento conyugal qué forma requiere?

Por último, haría falta estudiar la casuística en panorama comprensivo, que me limitaré a insinuar en sus grandes capítulos: a) validez del poder otorgado al otro cónyuge (antes o después de la ley 17711); b) poder de ambos cónyuges a un tercero, siendo ambos titulares, o bien uno solo y sin consentimiento; c) poder de un cónyuge a tercero, sin consentimiento; d) estadística de consentimientos generales, etcétera.

PRAXIS NOTARIAL

UNA SITUACIÓN INJUSTA(*) (37)

Omne ius hominum causa constitutum est.

Denise no sabía cómo hacer. Ella tenía ya cierta edad. Sus cuatro hijos habían casado y le dieron hasta doce nietos. Su hija Roxana, que no los tenía, había adoptado con su marido Arnulfo, dos criaturas. Hacía dos años Arnulfo había perdido su empleo por cierre de la fábrica. Para desgracia, a los quince meses de no encontrar trabajo le tomó tal depresión que le dio un ataque de hemiplejía.

La enfermedad le tragó la hacienda. Roxana hubo de vender la casa que había heredado de su padre y se redujo comprando otra menor. Comenzaron las penurias. Se le agregó la enfermedad de su madre que vivía en la vieja casona familiar a una cuadra de aquella. La única hija cargó con los dos enfermos. Sus hermanos visitaban a la madre muy de vez en cuando. Las nueras se ocupaban de lo suyo.

Denise se acercó a la ventana con esfuerzo. El día era gris como su ánimo. Puso un compacto de Bach, pero su fe en el Señor no le levantó el espíritu. Sin darse cuenta había elegido una cantata sobre la Pasión. Recordaba vagamente que al insinuar el tema, una de sus nueras se levantó como leche hervida. Sus tres hijos y las otras dos nueras guardaron estricto silencio.

Denise y Roxana se habían presentado en las oficinas de Prócula. Expusieron su idea: la madre se perdía en la casa: había quedado demasiado grande para ella. En cambio, Roxana con su marido enfermo y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los dos adolescentes vivían apretados. Ante esa situación habían pensado en intercambiar propiedades.

Prócula les dijo que era posible; siendo madre e hija planteó el asunto como una donación mutua. Pero al ser los valores diferentes sugirió que, previamente, investigaran de los otros posibles herederos si podrían comparecer en la escritura para notificarse y prestar conformidad.

Denise y Roxana nunca pensaron que el rechazo fuera tan directo. Los hijos ni fu ni fa, pero sus cónyuges, es decir las nueras de Denise y cuñadas de Roxana, detrás de la combativa Rebeca se opusieron, ésta expresándolo en forma violenta y las demás haciendo mutis por el foro, casi indignadas. Este era el planteo que traía Prócula a la reunión del martes.

1. ¿DONACIÓN MUTUA?

Cuando estuvieron todos en la Confeitería de las Artes, Prócula contó el caso y lo resumió así:

- En definitiva, la donación mutua no parece posible porque los hermanos y coherederos se oponen y los valores de ambas propiedades son diferentes.

- Esto quiere decir - continuó - que resultaría una donación inoficiosa, de aquellas cuyo valor excede en la parte que el donante puede disponer, ¿no es así? (1830).

- Y ¿no puede hacerse onerosa? - inquirió Canuta.

- ¡Ojalá! Pero ya les conté: enfermo el marido y la madre, la única que está aportando es precisamente Roxana que resulta la más necesitada contestó Prócula.

- ¡Bueno! - intervino Carpóforo. De tal modo Roxana está cargando con la enfermedad de la madre, es decir, sin haberlo constituido en ninguna escritura; de hecho ha asumido el cargo.

- Eso había pensado - reflexionó Prócula: hacer la donación con cargo. Pero me temo que aun con cargo y todo, van a impugnarla y le puede representar un trastorno serio.

- ¿,Y qué podemos hacer entonces, mujer? - apuntó desconcertado Agapito. Todo lo que aparece es negativo.

- ¿Has investigado - preguntó Carpóforo - si el monto de lo que dispondría la madre excede a la parte disponible, es decir, el veinte por ciento?

- También lo tuve en cuenta. Agregué a un posible valor ese veinte por ciento y con todo, supera la porción legítima, que sería el reclamo que pudieran hacer los hermanos por la colación (3476).

- ¡Ah! suspiró Canuta. ¡Una donación mutua, más cargo, más parte disponible y no alcanzamos a emparejar! ¡Vaya problema!

- Querida Prócula - le amagó Agapito -. qué te pasa que no nos has dicho todavía los valores de las propiedades. ¿Por qué nos obligás a gastar ideas en fantasmas?

2. CONCRECIÓN DE LOS VALORES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- Aquí tengo las tasaciones de dos martilleros de la zona. Alexis Umuntu valúa la casa de Roxana en \$ 60.000 y la de la madre \$ 120.000, es decir, justo el doble.

- El otro martillero, Juan Carlos Tarigo - prosiguió Agapito que había tomado la otra planilla - estima la casa de Denise en \$ 118.000 y la de Roxana en \$ 63.000, con lo cual se acercan en \$ 5.000.

- Ya tenemos los elementos concretos concluyó Carpóforo. Creo que deberíamos comenzar a acumular valores. Yo propongo que, para hacer los cálculos, tomemos la tasación de Umuntu porque es la más desventajosa. Si con ella podemos, a fortiori con la otra.

- ¿Cuáles son esos elementos? - investigó Canuta.

- ¡Pero!, parece que estamos dormidos - exclamó Agapito . ¿No habíamos hablado de tres: equivalencia de valores, quinto disponible y cargo?

- Comencemos - incitó Carpóforo -. Se trata de acercar los 120.000 a los 60.000 sumándole los valores.

- Por empezar, descontemos \$ 60.000, valor del departamento - restó Prócula -. Quedan otros \$ 60.000.

- El quinto disponible de esos \$ 120.000 son \$ 24.000 calculó - Canuta -; con esto llegamos a \$ 84.000. Faltan todavía \$ 36.000.

- ¡Ahora te quiero ver! cuestionó Carpóforo -. ¿Qué valor le das al cargo, Agapito?

- Y eso dependerá del tiempo que sobreviva la madre, Denise, aunque en realidad ya comenzó a correr. A propósito, Prócula - demandó - : ¿le dijiste a Roxana que guarde los comprobantes de los gastos que hace por su madre?

- No, no se me había ocurrido. Creo que tiene algunos, pero le voy a informar sin falta.

A esta altura, Carpóforo dijo: - Es cierto. Recuerdo que en dos sucesiones, durante la época en que hacía estudios, uno de los herederos agregó cierta cantidad de boletas de pago por atención de la salud: remedios, visitas de médicos, internación y otros más.

- ¿Cuánto quedaría después de esto? - preguntó Prócula -.

- Quedaban \$ 36.000 - discurrió Agapito . Podríamos hacer un cálculo estimativo de \$ 12.000 por cargo, con lo cual quedarían todavía \$ 24.000 como exceso inoficioso.

Carpóforo se llevó la mano a la frente con la mirada lejana, lo que motivó el comentario de Agapito:

- ¿Qué estás pensando, Fructidor'?

- ¿Una hipoteca? ¡Una hipoteca! Pero todavía no alcanzo a ver el final.

- ¡Eh, muchachas! Ustedes que saben de eso, ¿por qué no lo ayudan a alumbrar! ¿No ven que Fructidor está de parto? Es todo un proceso.

3. LA HIPOTECA

- Ya está - respiró Carpóforo . No hay nada como la intuición. De repente