

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Artículo 1277 del Código Civil() (328) Cuestiones relativas al consentimiento*

CARLOS A. PELOSI

SUMARIO

I. Introducción. II. Antecedentes y evolución legislativa. III. Acepciones terminológicas. IV. Ámbito y fines del consentimiento. V. Naturaleza jurídica del consentimiento. VI. Formas de exteriorizar el consentimiento. VII. El consentimiento general a priori.

I. INTRODUCCIÓN

Tan pronto se conoció el texto de las reformas introducidas por la ley 17711 al Código Civil y otros preceptos legales complementarios, el Instituto Argentino de Cultura Notarial resolvió suspender los trabajos de investigación a que se hallaba abocado sobre documento extraprotocolar y otros asuntos, para dedicarse exclusivamente y con todo apremio a preparar lo que ha dado en llamarse una "cartilla" referente a los principales aspectos de interés notarial comprendidos en las nuevas disposiciones que rigen desde el día 1º del mes en curso.

Por supuesto, no ha de figurar tal denominación de cartilla en la respectiva publicación. La jerarquía de algunos estudios realizados, no obstante la orientación seguida de proporcionar someras instrucciones, se encargará de asignar adecuada calificación al conjunto de directivas con que se aspira a facilitar a los escribanos la aplicación de las nuevas normas, sin entrar en profundos análisis. Esta tarea se hará más adelante, reuniendo en un volumen las colaboraciones de notarios y autores de reconocidas aptitudes.

Sin embargo, la designación de "cartilla" se ha acuñado con estado público. Estimo que no preocupa al Instituto que se la conozca con ese nombre, pues revela la modestia de una obra intelectual inspirada en el propósito de ofrecer inmediata asistencia jurídica a todos los notarios que puedan tener dudas, muy naturales, debido a la falta de actas de la Comisión redactora y de otros elementos de información que permitan interpretaciones correctas.

De allí que en esa acción el Instituto ha sido cauto y, como norma general, es aconsejable, en varios temas, esperar decantadas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales para llegar a conclusiones más seguras.

Esa labor se encaró distribuyendo los diferentes sectores de normas que abarca la reforma entre los miembros del Consejo Académico. Colaboraron, además, en sus respectivas especialidades, los Dres. José Julián Carneiro, Benjamín Pablo Piñón y Jorge Pérez Delgado. Pronto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estará impresa y en condiciones de circular.

En dicho reparto me correspondió tratar el nuevo régimen de la sociedad conyugal, como consecuencia de la derogación del art. 1224, el agregado al artículo 1272, la sustitución de los arts. 1276, 1277 y 1306 y la sanción del art. 1316 bis. Esa parte versa sobre las siguientes materias: 1. Carácter de los bienes. 2. Régimen general de administración y disposición. 3. Disposición de los bienes gananciales. 4. Disposición de los bienes propios. 5. Naturaleza jurídica del consentimiento. 6. Declaración del consentimiento y poderes. 7. Cónyuges menores de edad. 8. Cónyuges separados de hecho. 9. Bienes adquiridos por ambos cónyuges. 10. Cónyuges divorciados. 11. Expresiones que deben consignarse en la escritura de adquisición. 12. Concepto de acto de disposición. 13. Vigencia intertemporal (Derecho transitorio) . 14. Reflexiones adicionales.

Es obvio que las conclusiones aprobadas responden a una obra común, de todos los componentes del Consejo, puesto que fueron consideradas en diversas reuniones, como sucedió con los demás fragmentos. Por ese medio se consiguió la mejor dilucidación posible dentro de la urgencia y especiales características del trabajo elaborado.

En la actividad de difusión y análisis que viene desarrollando el Instituto en los ambientes notariales de todo el país, cumpliendo con los objetivos de su existencia, cumpome exponer en esta reunión acerca del tema que constituye mi modesta cuota de participación en el estudio a que he hecho referencia.

El Sr. Presidente del Instituto me propuso adelantar el contenido de dicha parte. Por cierto que ello me hubiera resultado grato y fácil. Empero, le sugerí y él aceptó, ocuparme solamente del aspecto que se ha anunciado.

Tal designio obedece al hecho de que, sin pretensiones de ser original y permanentemente inédito, tengo por hábito no repetirme. Resigno, en consecuencia, el éxito que podría depararme la lectura o explicación de lo que ya tenía escrito y que representa un panorama general de las principales cuestiones comprendidas en la reforma sobre la sociedad conyugal, para correr el riesgo de no conformar. Esta probable vicisitud está preindicada por mi experiencia en estos quehaceres. Ya porque se asciende demasiado en la especulación, ya porque lo dicho está cargado de simplicidad, difícilmente se logra la asonancia de pareceres o el justo nivel medio que concilie esas antagónicas posiciones.

Cabe hacer una aclaración indispensable; no como recurso para lograr la benevolencia del auditorio, sino por la seriedad que he utilizado siempre a modo de herramienta en mis estudios; si así cabe apreciarlos.

Decidí aplicarme hoy al examen de las cuestiones relativas al consentimiento exigido por el art. 1277, porque era el enfoque que tenía pensado abordar en el futuro aporte de ensayos más extensos a que he hecho mención.

Ocorre, sin embargo, que no he reunido todavía el material necesario y de tal suerte mis propias limitaciones se ven más reducidas. Estoy a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

espera de textos legales foráneos auténticos, que el Instituto obtendrá por intermedio de ONPI. Como no han llegado, debo manejarme con las referencias que figuran en diversas monografías consultadas. Queda así justificado cualquier error en el léxico que atribuya a los ordenamientos extranjeros, especialmente de los países con idiomas distintos al castellano.

También corresponde explicar que no he dispuesto del tiempo necesario para seleccionar esclarecimientos de los diversos trabajos que dispongo. Y, en fin: 1º) Que para agilizar esta exposición no pondré esmero ni rigor técnico en hacer las debidas y oportunas citas, por lo que algunas ideas que podrán aparecer como mías las he extraído de la bibliografía consultada. 2º) Que cuanto manifieste en esta oportunidad no comprometo la opinión del Instituto si no pertenece al acervo de las conclusiones aprobadas y que se insertarán en la mentada singular cartilla.

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Las novedades que ha traído la reforma dan pábulo para sostener que ellas ponen fin al residuo histórico de nuestra legislación respecto de los derechos civiles de la mujer, que habían comenzado a adquirir entidad con la sanción de la ley 11357 del año 1926.

Advino años más tarde la Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer, celebrada en Bogotá el año 1946, aprobada por decreto - ley del año 1957, ratificado por ley de 1958, que dispone: "Los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre".

No produjo, sin embargo, efectos en la realidad viva del derecho, debido a la controversia suscitada. Mientras para un sector de la doctrina su operatividad o vigencia era inmediata (Spota, Martínez Ruiz, Molinario, Guastavino, etc.) , para otro entrañaba sólo un principio programático y no tenía eficacia hasta tanto no fuera desarrollado por una legislación interna (Díaz de Guijarro, Rébora, Yungano, etc.) .

La XI Jornada Notarial Argentina realizada en San Juan, en octubre de 1966, siguió las aguas de esta última tendencia al declarar que, siendo ley de la Nación el principio de la igualdad de los derechos civiles de la mujer con el hombre, a fin de dar coherencia al sistema normativo y crear certidumbre y seguridad, era necesario y conveniente dictar normas reglamentarias que adecuen nuestro ordenamiento jurídico para precisar sus alcances y efectos.

Se supone que tales normas han llegado, pero hay quienes aseveran que ahora existen dos incapaces en lugar de uno.

Por otra parte, cabe advertir que la pretendida igualdad tampoco debe entenderse como equiparación. Razones de índole biológica y la supervivencia, sí que debilitada, del antiguo principio germánico que en interés de la familia predica la unidad de dirección o gobierno en cabeza

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del marido, determina que todavía se mantengan las siguientes diferencias, entre otras:

Con respecto al hombre: a) Preferencia para el ejercicio de la patria potestad (art. 264 del C. C.) que algunas legislaciones atribuyen también a la madre. b) En las inscripciones de nacimiento de hijos matrimoniales se consigna como apellido del nacido el primero del padre. Incluso puede llevar el apellido compuesto o agregar el de la madre si el compareciente así lo manifestara al oficial público. Este derecho podrá usarlo el interesado después de los 18 años por una sola vez (art. 43 Decreto - Ley 8204/63) . Mediante resolución de 17 de abril de este año del Director del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el régimen se ha establecido a los hijos habidos fuera del matrimonio cuando concorra reconocimiento paterno y materno. c) De acuerdo con el inciso 3º del art. 1217 que no ha sido derogado, en las convenciones matrimoniales el varón puede hacer donaciones a la mujer, pero ésta no al marido.

Con relación a la mujer: a) Puede contraer matrimonio si tiene 14 años cumplidos a diferencia del hombre que necesita 16 (art. 14 Ley 14394. b) No podrá casarse hasta pasados 10 meses de disuelto o anulado el matrimonio, a menos de haber quedado encinta, en cuyo caso podrá hacerlo después del alumbramiento (art. 93 ley de matrimonio) . c) Decretado el divorcio, salvo causas graves, los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre (art. 76 ley de matrimonio, texto según la ley 17711) .

Ha dicho Carnelutti que paridad o igualdad quieren decir la misma cosa; mas en modo alguno paridad o igualdad es semejanza. Dos entes pueden no ser semejantes y ser iguales.

En la Exposición de Motivos de la ley española de 24 de abril de 1953, modificatoria del art. 1413 del Código Civil, se expresó que por exigencias de la unidad matrimonial existe una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido dentro de un régimen en el que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica, que ha inspirado siempre y debe inspirar las relaciones de los cónyuges. Según Castán la sociedad conyugal está regida por la ley de igualdad, pero, en beneficio de la unidad de vida, dirección y gobierno, hay que conceder cierta preeminencia a la autoridad de uno de los cónyuges: el marido.

Coincido con quienes sostienen que normalmente la gestión familiar debe efectuarse mediante consulta y deliberación, ya que no es lícito al marido prescindir de la voluntad de la mujer.

Lo que hoy nos interesa considerar radica en la transformación fundamental que ha sufrido el régimen de administración y disposición de los bienes en la sociedad conyugal. En este plano, la capacidad o incapacidad de los esposos, según como quiera valorarse la reforma, se ha equilibrado.

Las cuestiones más importantes que para los notarios presentan los nuevos textos legales consisten en la serie de problemas que generan en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la contratación y, por ende, en el ejercicio profesional. Una de ellas está vinculada con el mutuo consentimiento exigido para la celebración de determinados actos o negocios y de este asunto intentaré ocuparme, dentro de la corta extensión a que constriñe el tiempo admisible.

La reforma ha recogido sin duda una corriente casi universal, en lo que atañe al requisito de la intervención de los dos consortes.

Según algunos autores tiene rancio abolengo, puesto que se requería en Aragón durante los siglos X, XI y parte del XII. Asimismo en Francia, el proyecto de Cambaceres, aplicando el postulado de igualdad de la Revolución Francesa, acordaba la administración a cada cónyuge, pero exigía respecto de ciertos actos de importancia, como la venta e hipoteca, el consentimiento de ambos, lo mismo se tratase de bienes comunes como de los privativos de cada uno de ellos. El Código de Napoleón no lo incluyó en su normativa.

Es después de la post - guerra de 1914 - 18 y más precisamente en los inicios de la segunda década de este siglo que empieza a implantarse en forma acentuada dicha formalidad y paulatinamente se incorpora al fondo común de casi toda la legislación universal más adelantada.

Comenzó en los países nórdicos con la ley sueca de 1920 y le siguen la danesa de 1925, la noruega de 1927 y la finlandesa de 1929. Tienen como nota común la exigencia de la conformidad de los esposos para la celebración de algunos actos dispositivos.

En el grupo soviético, después del Código de la Familia ruso de 19 de noviembre de 1926; se dictan leyes similares en Yugoslavia, el año 1946, en Polonia el año 1950, Hungría en 1952, Rumania en 1954 y Checoslovaquia en 1964. Se conocen con la denominación de Código o ley de la familia y, con algunas diferencias, priva la característica de reclamar la intervención de ambos esposos en los actos de disposición. Se fundan en el principio constitucional de la igualdad absoluta de los derechos del hombre y de la mujer.

De acuerdo con el Código suizo el marido administra la comunidad, pero el marido y la mujer no pueden fuera de los actos de simple administración disponer de los bienes de la comunidad sino conjuntamente o con el consentimiento del otro cónyuge. En Alemania la ley del año 1967, que modifica el Código Civil, consagra la igualdad del hombre y la mujer y conserva la protección de esta última exigiendo su consentimiento para determinados actos de trascendencia.

Más lenta es la recepción en los países latinos. Italia, a pesar de su moderno Código Civil de 1942, queda aferrada al antiguo régimen, pues, sobre la diversidad de opiniones, prevaleció el criterio de que para no enervar la unidad económica de la familia y no obstaculizar la administración de la misma era necesario asignar al marido la preeminencia en la administración de la comunidad. En casos de abusos del marido la mujer puede defenderse mediante la acción de separación de bienes. Después de la aprobación del Código muchos juristas criticaron el temperamento adoptado.

Bélgica, por ley de 30 de abril de 1958, aclaró que la prohibición de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

enajenar e hipotecar los bienes sin el consentimiento del otro cónyuge que puede afectar a los bienes comunes, es medida provisional, pues sólo se impone por tiempo determinado.

El art. 1117 del anterior Código Civil de Portugal encomendaba al marido la administración de los bienes del matrimonio y prescribía el art. 1119 que los bienes inmuebles no podían ser enajenados u obligados en cualquier forma sin consentimiento y acuerdo común. En los casos de divergencia y de oposición mal fundada el consentimiento del consorte disidente puede ser suprimido (no suplido) por decreto judicial.

Continúa siendo el marido el administrador de la sociedad de gananciales en España. La ley de 24 de abril de 1958 sólo modificó el art. 1413 del Código Civil en el sentido de que necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

La ley francesa de 13 de junio de 1965, en lo tocante a las comunidades convencionales, autoriza diversidad de cláusulas. El régimen de comunidad legal contenido en el art. 1424 del Código preceptúa que el marido no puede, sin el consentimiento de su mujer, enajenar o gravar con derechos reales los inmuebles, establecimientos mercantiles y explotaciones pertenecientes a la comunidad como los derechos sociales no negociables y los muebles corpóreos cuya enajenación esté sujeta a publicidad, ni percibir los capitales provenientes de tales operaciones. Tampoco puede dar en arrendamiento un predio rural o un mueble para uso mercantil ni industrial o artesano sin acuerdo de la mujer.

Para evitar una referencia fatigosa a este tipo de leyes, y circunscribiéndonos a la América latina, podemos recordar la adelantada ley colombiana N° 28 de 1932, sobre régimen patrimonial en el matrimonio, que atribuye a cada uno de los cónyuges la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que, conforme al Código Civil, deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y, en consecuencia, se procederá a su liquidación.

El Código de Venezuela de 1942 estatuye que para disponer a título gratuito de los bienes comunes se necesita el consentimiento del otro cónyuge. El estatuto familiar de Canadá, Provincia de Quebec, implantado por ley de febrero de 1964 reconoce plena capacidad jurídica a la mujer casada, aunque para los actos a título gratuito necesita el concurso de su marido.

En Uruguay, la ley 10783 de 1946 dispone en su art. 5° que los inmuebles de carácter ganancial adquiridos a nombre de uno de los cónyuges o de la comunidad no podrán ser enajenados ni afectados por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos reales sin la conformidad expresa de ambos cónyuges. Esta misma conformidad deberá expresarse cuando se trate de enajenar una casa de comercio, un establecimiento agrícola o ganadero o una explotación industrial o fabril de carácter ganancial.

La ley chilena 10271 de 1952, modificatoria del Código Civil, mantiene al marido como jefe de la sociedad conyugal, sujeto, empero, a ciertas obligaciones y limitaciones. No podrá enajenar bienes raíces sociales ni arrendarlos por más de 5 años si son urbanos o de 8 años si son rústicos, sin la autorización (tal el vocablo que emplea) de la mujer. Tratándose de los bienes raíces de la mujer que esté o pueda estar obligado a restituir en especie no podrá enajenarlos ni gravarlos sino con la voluntad (es el término utilizado) de la mujer y previo decreto del juez con conocimiento de causa. Podrá suplirse por el juez el consentimiento (es también la palabra del texto legal) de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad.

Más próxima a nuestros días es la ley brasileña de 27 de agosto de 1962, que ha introducido la categoría de bienes reservados de la mujer casada. Puede libremente disponer de esos bienes salvo que se trate de inmuebles, en los que se exige la licencia marital.

Lo que se ha legislado en nuestro país en la materia objeto de examen no es susceptible de quejas por el notariado, toda vez que se compadece con lo resuelto en el último Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado el año 1967 en Alemania.

En el tema de la Comisión III, que versó sobre capacidad de obrar y disponer de bienes en el derecho comparado y en derecho internacional privado, el despacho aprobado propugnó, en lo referente a la regulación de los poderes de disposición dentro del régimen matrimonial, que cada uno de los esposos pueda disponer libremente de sus bienes propios con las reservas que, en cuanto al interés familiar, establezcan las legislaciones nacionales. En cuanto a los bienes comunes, el poder de disposición debe requerir la conformidad de ambos cónyuges.

III. ACEPCIONES TERMINOLÓGICAS

En sentido vulgar o meramente gramatical son sinónimos de consentimiento los vocablos asenso, beneplácito, aquiescencia, autorización, permiso, anuencia, licencia, asentimiento, conformidad, voluntad, condescendencia, venia, aprobación, adhesión, acuerdo, visto bueno, conformidad, admisión, etcétera.

Los textos legislativos antes recordados utilizan, indistintamente, las palabras consentimiento, acuerdo, conformidad, concurso del marido, voluntad de la mujer, consentimiento el uno del otro o conjuntamente, disposición que pertenece conjuntamente, firma conjunta, consenso, etc. En la misma ley 17711 encontramos la voz "consentimiento" en el art. 1277 y, en cambio, refiriéndose a la disposición de los bienes adquiridos por título gratuito o después de la emancipación, respecto de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

emancipados, en el art. 135 prescribe el requisito de la autorización judicial, salvo que mediare "acuerdo de ambos cónyuges" y uno de éstos fuere mayor de edad.

El término consentimiento, que tiene la autoridad de la tradición romanista, ha sido subestimado por el Código italiano de 1942 que da preferencia a la palabra acuerdo. En el consentimiento, dice Messineo (Doctrina general del contrato, tomo 1. Ediciones Jurídicas Europa - América, pág. 92) , entra siempre para algo el elemento "voluntad". Presupone, por lo pronto, la presencia de distintas declaraciones de voluntad, que emanan de dos diversos centros de interés.

Consentimiento, en síntesis, importa una manifestación de voluntad. La voluntad técnicamente se convierte en consentimiento o acuerdo en los negocios bilaterales, es decir, en encuentro de voluntades (Conf. Cariota Ferrara E. El negocio jurídico. Ed. Aguilar, pág. 90) .

Para que exista consentimiento es necesario, según Lafaille, que concurren dos o más voluntades exteriormente manifestadas, que medie entre los contratantes participación recíproca de tales expresiones volitivas y que haya conformidad absoluta entre ellas. Requiere dos o más actos voluntarios de los comprendidos de un modo general, en el artículo 898 del Código Civil y de manera especial en el 944; los cuales deben reunir todos los requisitos generales del acto voluntario, tanto internos (art. 897) como externos (arts. 913 y sigtes.) y, además los propios del acto jurídico (arts. 954 y sigtes.) . La teoría del consentimiento en los contratos se halla desarrollada en nuestro Código Civil a través de los artículos 1144 y siguientes. Esto no excluye que en otros artículos, institutos y figuras, se mencione el consentimiento con similar o diferente significado. En punto a sociedad conyugal, se hace referencia al consentimiento en los artículos 1255, 1297, 1246, 1247 y 1253, algunos de los cuales han sufrido modificaciones por la ley 11357. En otras disposiciones se habla o se mencionaba la autorización o venia marital (verbigracia art. 3º y 7º de la ley 11357) o de consentimiento de la mujer como equivalente a autorización (verbigracia art. 1807 inc. 2º del C. C.) .Por las razones que expresaré más adelante estimo que el art. 1277 debió valerse del vocablo "asentimiento" en lugar de "consentimiento".

IV. ÁMBITO Y FINES DEL CONSENTIMIENTO

Creo que excepto la ley francesa de 1965, antes recordada, el art. 1277 es el que atribuye mayor extensión respecto de los bienes objeto de los actos o negocios jurídicos que exigen el consentimiento de ambos esposos.

Dicho esto, y para no salirnos de la perspectiva general a que nos obliga el tiempo, parece oportuno significar lo siguiente:

a) No se exige el consentimiento de los consortes o, en su caso, del marido para enajenar los muebles dotales y los valores mobiliarios,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como lo determina el art. 1402 del Código Civil de Grecia, en el régimen convencional.

b) No se hace referencia a bienes afectados al uso personal del cónyuge contratante o para satisfacer las necesidades de la vida ordinaria (ley de familia de Hungría) .

c) En Dinamarca los actos de enajenación y gravámenes de inmuebles son realizados por el cónyuge que ostenta la titularidad con el consentimiento del otro, sólo cuando se trata del inmueble que sirva de domicilio a la familia o que los dos o aquel que no sea titular ejerza una profesión. Análogamente, la ley noruega requiere el consentimiento del consorte no titular para enajenar o hipotecar inmuebles que constituyen la habitación común o que sean necesarios al ejercicio de la profesión de los esposos.

En otro orden de ideas y para no extenderme, repito, en todas las caras del tema corresponde aclarar:

a) Me permito disentir con lo manifestado por el Dr. Elías P. Guastavino en la - conferencia pronunciada el anterior mes de junio en este Colegio. Estimo que las leyes que han impuesto obligatoriamente el registro de los derechos o bienes muebles a que hace mención el art. 1277 no son únicamente las leyes nacionales. Pienso que alude a las leyes en sentido material, incluso locales. Bastaría recordar lo dispuesto por el art. 979 inciso 2º) , sobre instrumentos públicos y el art. 998 en lo que atañe a la formación del protocolo, que han recibido una interpretación pacífica, para inferir que, al menos por ahora, no es conveniente adscribirse a la tesis de Guastavino.

b) Ya que he mencionado los derechos o bienes muebles, según la dicción literal de la ley, pese a la conjunción disyuntiva "o" que se ha empleado, la ley abarca tanto los derechos como los muebles registrables, siempre que el registro haya sido legalmente impuesto y que no se trate de derechos intelectuales, porque en virtud de la reforma éstos son ahora bienes propios y solamente gananciales su producido durante la vigencia de la sociedad conyugal. De allí que no es aceptable lo que a este respecto ha opinado la Dra. Berta Jaller de Orchanski (ver La Ley de 13 de junio de 1968) .

c) Tampoco comparto lo expresado por el Dr. Juan Carlos Smith (La Ley de 20 de mayo de 1968) , que el consentimiento alcance a la negociación de las acciones nominativas o nominales, porque el precepto legal abarca únicamente los Registros Públicos y no entra en su esfera el libro de registro especificado en el art. 329 del Código de Comercio.

d) La necesidad del consentimiento depende del carácter de acto de disposición o de administración que celebre el consorte que tiene reservada la administración.

Como sólo este aspecto podría constituir tema suficiente para una amplia exposición, no está en mi ánimo abordarlo. Conceptúo útil recomendar a los escribanos que estén siempre atentos para aplicar rectamente las reglas que la doctrina moderna ha elaborado para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distinguir esa clase de actos.

Así, por ejemplo, la transferencia de un automotor exige el consentimiento del cónyuge no titular, pero un fabricante de automóviles no está alcanzado por dicha obligación para la venta de cada unidad, por cuanto en este supuesto nos hallamos frente a un acto de administración.

En lo tocante a la disposición de bienes inmuebles es necesario ser más precavidos. Por ello me permito sugerir que, por ahora, la habitualidad en la compraventa de inmuebles no debe llevarnos a prescindir del consentimiento que nos ocupa. Está en juego la bondad de los títulos y la seguridad jurídica que brinda la intervención del notario. Aunque puedo expedirme sobre este y otros puntos de ardua solución, no deseo auspiciar criterios que puedan originar riesgos y es menester esperar la tarea del intérprete y las resoluciones judiciales para adquirir alguna certidumbre sobre determinadas nociones ínsitas en la temática que estamos examinando.

e) Los cónyuges separados de hecho, incluso la mujer que adquirió un inmueble con anterioridad a la sanción de la ley 17711 e hizo constar en la escritura que el dinero empleado provenía de cualquiera de los conceptos enumerados en el art. 3º, inciso 2º apartado a) de la ley 11357, no podrán disponer de él sin el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, la autorización judicial subsidiaria. Podrá parecer injusto pero lamentablemente así ha planteado las cosas el nuevo régimen legal.

f) Con respecto a las cancelaciones de créditos hipotecarios, que es uno de los actos que han creado mayores dudas sobre la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular, el problema se resuelve teniendo en cuenta que si el acreedor puede percibir el crédito, que es acto de administración, el derecho real queda extinguido por su accesoriedad. La Dirección General de los Registros de España así lo ha entendido pese a las disposiciones del art. 82 de la Ley Hipotecaria y art. 179 del Reglamento Hipotecario que autorizan una interpretación distinta. En caso contrario, también el levantamiento del embargo, que es un derecho inscribible, necesitaría el consentimiento. En síntesis, la indagación sobre la existencia de acto de administración o disposición debe hacerse por vía del derecho personal de crédito y no del accesorio de garantía registrable (Conf. José Puig Brutau. Fundamentos de derecho civil. Barcelona, 1967, T, IV, vol. 1, pág. 750) . No dándose estos supuestos la cancelación en sí misma es un negocio dispositivo.

g) Cualquiera sea la naturaleza jurídica que se atribuya a los boletos o contratos de compraventa, compromisos y acuerdos previos a la ejecución de los actos que necesitan la conformidad establecida en el art. 1277, ella debe prestarse por el cónyuge no titular en los documentos acreditativos de esos pactos. La falta de dicho requisito produce un defecto de origen, que ha de crear inconvenientes para demandar el cumplimiento y si el que ha dispuesto de manera unilateral no obtiene o no se preocupa en conseguir el consentimiento del consorte o el judicial

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

subsidiario, será muy difícil para la parte afectada subrogarse en la acción o derecho del disponente para suplir judicialmente la omisión.

Con relación a los fines que decretaron el requisito del consentimiento, se ha dicho que responde al propósito de evitar el fraude a la mujer. Esto es válido en los regímenes legales que erigen al marido en administrador de la sociedad conyugal y se le coloca, a manera de contralor, la obligación de requerir el consentimiento, licencia o autorización de la esposa para la celebración de ciertos actos.

La forma en que los artículos 1276 y 1277 regulan la administración y disposición de los bienes autoriza a afirmar:

1) El consentimiento del cónyuge no titular, que rige para los dos componentes de la pareja matrimonial respecto de los bienes gananciales en general, configura una condición que se asienta en la necesidad de evitar el fraude entre los cónyuges. Los dos se hallan en idéntica situación de contralor.

2) Para disponer del inmueble de uno de los esposos en que esté radicado el hogar conyugal, sea propio o ganancial, el requisito debe considerarse ordenado en beneficio del interés familiar, al que expresamente menciona la parte final del art. 1277.

A mi juicio esta diferencia conceptual tiene gran importancia para calificar el carácter de la invalidez. Sea nulo o anulable el acto jurídico realizado sin el consentimiento, la nulidad será sin duda relativa cuando no se ha observado la formalidad en el primer supuesto y, en consecuencia, el acto es susceptible de convalidación. En el segundo caso podría argumentarse que se halla afectado el orden público y ya es más difícil asegurar que no hay nulidad absoluta, si bien eventualmente, los jueces pueden llegar a esta conclusión.

De paso conviene puntualizar que sin modificarse en lo sustancial las reglas atinentes a la calificación de los bienes que, después de aprobarse la ley 11357, determinó una categoría cuatripartita, pueden distinguirse ahora las siguientes clases:

I. Bienes propios de cada cónyuge.

II. Bienes gananciales.

a) De administración y disposición reservados al marido o a la esposa, si han sido adquiridos en uno u otro caso con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo (verbigracia art. 1272) .

b) De administración y disposición conferida al marido cuando no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa.

Si bien se exige el consentimiento prevenido en el art. 1277 para los actos de disposición que recaigan sobre los bienes enumerados en este artículo, contra el juicio de quienes aprecian lo contrario, sostengo la necesidad de hacer constar en las escrituras el origen del dinero con que las mujeres casadas adquieren bienes o del que faciliten en préstamo, ya que esta omisión importará conferir la administración al esposo, y, por lo tanto, el bien se reputará ganancial común, según la terminología conocida.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para el marido es indiferente tal constancia en cuanto a los bienes gananciales, pues siempre tiene la administración. En cambio, con respecto a él debe adoptarse la práctica del art. 1246 que sólo tiene en vista a la mujer, y declarar la procedencia de los fondos cuando se trate de un bien propio, ya que en tal supuesto no necesita el consentimiento de la esposa para disponer, salvo que el inmueble sirva de habitación a la familia.

La derogación del art. 1224 es de gran trascendencia, toda vez que los bienes muebles y las cosas fungibles que los esposos llevan al matrimonio ahora se reputan bienes propios, aunque subsiste la prueba establecida por el art. 1271. Por consiguiente, para marido y mujer es importante hacer referencia circunstanciada, en el texto documental, de los elementos probatorios respectivos, cuando el dinero lo hubieron antes del casamiento o tiene origen en la venta de otras cosas fungibles o muebles que poseían al tiempo de celebrarse el matrimonio.

V. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO

El aspecto que requiere mayor dilucidación versa sobre la naturaleza jurídica del requisito denominado consentimiento en el precepto legal, por la vasta problemática que encierra y, en especial, por lo que me atrevo a calificar de inexplicable confusión que se ha producido en muchos escribanos con respecto al pedido de certificación por inhibiciones, secuela de no comprender la naturaleza que reviste la formalidad establecida.

La importancia práctica se advierte también, pues como ha dicho un autor español acertadamente, de la conclusión a que se llegue ha de derivar la trascendental cuestión del grado de posible ineficacia que afecte al acto de disposición sin la concurrencia del consentimiento.

Doctrinalmente se han construido varias teorías que analizaré esquemáticamente.

1 Teoría de la codisposición

El empleo indebido de la voz "consentimiento" ha llevado a suponer que cada cónyuge, al consentir, dispone de los derechos que tiene en la sociedad conyugal y si no media tal consenso la disposición es ineficaz. En suma, se atribuye la misma naturaleza a la declaración de voluntad de ambos cónyuges. En los dos reside el poder dispositivo.

No voy a exponer los argumentos que han servido para impugnar dicha concepción. Combinando alguno de ellos con los principios de nuestro ordenamiento, se puede demostrar la inconsistencia con sólo estos fundamentos:

a) La iniciativa para realizar los actos de disposición corresponde al cónyuge titular del dominio del bien, cuya administración le está reservada.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Normalmente, el precio, contraprestación o producido, pertenece asimismo al titular, quien podrá aplicarlo a la adquisición de otro bien sobre el cual tendrá facultades de administración y disposición, con las salvedades de ley.

c) En defecto de consentimiento, puede obtenerse la autorización judicial supletoria y es evidente que la resolución que dicte el juez no produce efectos similares al acto de disposición en procesos o actuaciones judiciales de este género.

d) El segundo párrafo del art. 1277 requiere también el consentimiento para disponer del bien propio que reúna las características enunciadas por la norma. No puede entenderse, en esta hipótesis, que el cónyuge no titular deba también formalizar el acto dispositivo como parte negocial.

e) El principio de separación de deudas, creado por el art. 5º de la ley 11357 con las limitaciones del art. 6º que permanecen vigentes, es decisivo y demoledor.

El olvido o la desinterpretación de esas disposiciones me obliga a recordarlas: "Los bienes propios de la mujer y los gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido ni los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer" (art. 5º) . "Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes" (art. 6º) .

Observen que estos artículos ya habían derogado parte del capítulo de la sociedad conyugal relativo a las cargas de la misma. Solamente con los frutos de los bienes propios o gananciales se responde, incluso, por deudas contraídas por atender las necesidades del hogar.

Si puede quedar todavía alguna peregrina duda, invito a leer el diario La Ley del día 2 del corriente mes, que registra un fallo dictado por la Corte de Justicia de Salta, Sala I, el 6 de diciembre de 1967.

La doctrina de la sentencia repite el concepto elemental de que el juego de los arts. 5º y 6º de la ley 11357, con su alcance amplísimo, elimina la responsabilidad de la mujer por las deudas del marido cuando no hubieren sido contraídas para los supuestos que taxativamente enumera, pero que incluso en estos casos ella sólo responde con los frutos de sus bienes propios o de los gananciales que administre. Va de suyo que la misma proposición es aplicable al marido.

¿Cómo puede concebirse entonces que haya escribanos que pidan el certificado de inhibición por ambos cónyuges?

Cuando no habíamos salido todavía del increíble equívoco de los colegas que en el régimen anterior requerían la autorización marital para las ventas de inmuebles efectuadas por la esposa, no obstante que habían hecho constar en el instrumento de adquisición que el dinero empleado provenía del producido de su oficio, empleo, etc., asombra comprobar que vamos a iniciar un nuevo itinerario de errores que deterioran el prestigio de la función notarial cuando más necesario es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

afianzarlo, frente a los embates que viene sufriendo y cuya jerarquía han mantenido enhiesta los redactores de la reforma civil.

Es más. Los escribanos deben reaccionar con energía, directamente o por intermedio de los Colegios, si los Bancos e instituciones de crédito, sean oficiales o privados, pretenden imponer una práctica semejante, contraria a derecho. En esta materia ningún asesor legal puede saber más que los escribanos y se nos brinda la magnífica oportunidad de demostrarlo.

Concretamente, en el Banco Hipotecario Nacional reina un desconcierto impresionante sobre los variados problemas comprendidos en esta cuestión y se manejan los más sorprendentes conceptos. Los colegios de Escribanos, a mi juicio, deben adoptar prontas medidas para que los responsables perciban los tremendos errores que se están cometiendo.

Dicho esto, con todo el énfasis necesario, aunque sin petulancia, porque hace a un aspecto esencial de los conocimientos y de la autoridad científica y moral que necesita poseer el escribano para ejercer su profesión, no tengo reparos en bajar el tono admonitorio.

Ergo, nada obsta, si se prefiere, a utilizar la fórmula de la codisposición, como sucede en la práctica notarial uruguaya y a veces en España, donde ha sido llamada "cumplimiento por exceso", pero téngase en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

a) En el mutuo hipotecario se obligará innecesariamente al cónyuge no titular.

b) En la compraventa se hará responder a ambos por evicción.

c) De ningún modo ha de solicitarse certificación por inhibiciones respecto del cónyuge no titular. Este recaudo, así como la codisposición, es admisible cuando el titular del dominio es la mujer y no ha hecho constar el origen del dinero; vale decir, en los casos análogos al régimen anterior. Porque si bien es cierto que la administración corresponde al marido, no puede excluirse ahora la intervención de la esposa.

d) En España median razones, que más adelante explicaré, para justificar en ciertos supuestos que se apele al procedimiento de la codisposición.

2. Teoría de la disposición conjunta

No difiere de la anterior. En cambio, puede hablarse de actuación conjunta, tanto en la "dimensión acto" como en la "dimensión papel".

Ambos cónyuges concurren a la formación del negocio dispositivo, pero la intervención que les incumbe no se agota en declaraciones o comportamientos idénticos.

Desempeñan funciones distintas en la estructura o contenido del acto jurídico y en la formulación documental. En tanto declaración se asemejan, pero la categoría, la naturaleza vinculante, los efectos y fines de sus declaraciones tienen diferencias notorias.

La cuestión ofrece características diversas en España, porque el art. 95 del Reglamento hipotecario determina cómo se practicará la inscripción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los bienes gananciales. Así, cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges asevere el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente, sin acreditarlo, se practicará la inscripción a nombre de éste y se hará constar dicha circunstancia, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes. A tenor de lo dispuesto por el art. 96 en estos casos los actos dispositivo se otorgarán por el cónyuge titular con el consentimiento del otro.

Cuando se adquiere por los dos cónyuges, o por uno de ellos, sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación, se inscribirán a nombre de ambos conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal; y los actos dispositivo se regirán por las normas de los bienes gananciales.

No se olvide que en Europa y en otros países no se conoce la inhibición, como funciona en nuestro país, y ello torna inocuo que dispongan ambos esposos. La traba para disponer surgirá de la existencia o no de embargos sobre el bien.

3. Teoría de la licencia o autorización

Aunque el Tribunal Supremo de España en sentencia de 13 de marzo de 1964 (Revista de Derecho Privado, año 1964, pág. 545) ha declarado que el consentimiento limitativo de las facultades del cónyuge (en la legislación española del marido) integra un negocio de asentimiento que tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues los dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro; no se pueden confundir ambas figuras, sobre todo cuando se piensa en el consentimiento y no en el asentimiento. Muestran la característica común de la protección del cónyuge no titular o la defensa del interés familiar y admiten el recurso subsidiario de la autorización judicial.

Pero a mi criterio la licencia, que ha sido definida de muy diversas maneras, no tiene por objeto suplir la incapacidad del otro cónyuge sino que configura un acto legitimador, si se hace en el mismo documento o con anterioridad, o ratificatorio si se realiza después. Se trata de una simple permisión.

El consentimiento, en sentido técnico, es elemento esencial del acto dispositivo.

Es necesario advertir, subraya Guillermo Ochoa Restrepo (en Enciclopedia Jurídica Omeba, voz "licencia marital", tomo XVIII, pág. 691), que las diferentes legislaciones han empleado indistintamente las palabras licencia, consentimiento, autorización, venia, poder y representación, pero considerando siempre que la facultad que tiene el marido para otorgar tal licencia es personalísima, no pudiendo ser válidamente conferida a ningún apoderado.

La Dirección de los Registros y del Notariado de España, en resolución de 19 de diciembre de 1933, declaró que la licencia concedida por el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

marido no equivale al consentimiento, porque no siendo sinónimos, ni teniendo igual alcance tales palabras en la técnica jurídica, ni la mujer es quien contrata y se obliga, la licencia del marido sólo supone la intervención exigida por la ley al jefe de la sociedad conyugal.

Necesario es reconocer que también en la interpretación se confunden ambos institutos. Así ha podido decir la Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala II, que si el marido interviene en el acto aunque no diga expresamente que autoriza a su mujer, el hecho de intervenir en la escritura importa una manifestación tácita de voluntad que basta para validar el acto, desde que el consentimiento en los contratos en general no tiene forma sacramental y puede ser expreso o tácito (Digesto La Ley, tomo I, pág. 1025) .

4. Teoría del asentimiento a la disposición ajena

Para no cansar a ustedes, suprimo el análisis de la tesis de "requisito habilitante" próxima a la licencia o autorización, sostenida por Angel Sanz Fernández (Publicaciones Centenario de La Ley del Notariado. Sección 3ª. Volumen I, Madrid, 1964, pág. 323) , la que pese a reconocer que no se trata de "codisposición" considera correcto el término "consentimiento", no obstante que también acepta que pudo emplearse un término de menos fuerza; la posición de Francisco Escriba de Romani y De Olano (en Revista de Derecho Notarial. Madrid, abril - junio 1967, págs. 14 y sigtes.) , para quien el acto no adquiere plena eficacia si el consentimiento no ha sido prestado; las variantes que juzgan este requisito como control o derecho de veto, etc. para ir directamente a examinar la teoría en la que me enrolo, esto es, la del asentimiento a la disposición ajena.

La doctrina alemana ha perfilado con nitidez las notas del asentimiento, que equivale a una declaración de conformidad con el negocio jurídico ajeno.

Con varias denominaciones, expresa Von Tuhr (Derecho Civil. Depalma, vol. III, págs. 239, y sigtes.) - consentimiento, asentimiento, aprobación, autorización y permiso -, la ley alude a las declaraciones por las cuales su autor da a conocer que está de acuerdo con el acto jurídico de otra persona y varios son sus efectos. Entre los casos más importantes se incluye el asentimiento del cual depende la eficacia de un negocio jurídico o de un acto jurídico ajeno. Esta declaración integra el "factum" del negocio. Es accesoria y otorga plena eficacia negocial a la situación jurídica.

En un dictamen de Ramón M^a Roca Sastre publicado en Revista de Derecho Notarial, antes cit. julio - diciembre 1953, págs. 287 y sigtes., sobre el negocio jurídico de asentimiento por los reservatarios, manifiesta ese talentoso jurista que "en la gran variedad de actos o negocios jurídicos posibles, una depurada sistemática, en la que tanto se destaca la doctrina jurídica germánica y que va penetrando en los países latinos, existe un tipo o género de actos, que con nomenclatura todavía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no plenamente consolidada adopta la denominación general de actos de asentimiento". Así por ejemplo, agrega, en una obra tan conocida en España (también en nuestro país) como el Tratado de derecho civil de Enneccerus - Kipp y Wolff, en su tomo I, volumen 2º, págs. 383 y sigtes. Enneccerus, complementado por Nipperdey, nos dice el concepto de asentimiento, los casos en que se exige y los fines que persigue.

No es raro, escribe Enneccerus, "que los negocios concluidos por una o varias personas necesiten para su eficacia el asentimiento de una tercera persona que no toma parte en la conclusión del negocio. Este asentimiento se exige a veces en interés de los objetos del negocio (o de las personas a quienes representan) para precaverles del daño, a veces en interés del mismo que lo presta, porque el negocio se concluye en su nombre, porque en virtud del negocio se dispone de sus derechos o porque, al menos de un modo mediato, es afectado en sus derechos o intereses".

Al explicar los casos más notables, alude al asentimiento por razón de afectación mediata de los derechos del que presta el asentimiento. Por esta causa muchos negocios realizados por un cónyuge requieren el asentimiento del otro.

El asentimiento es una declaración unilateral recepticia que no es parte del negocio sino requisito de su eficacia y por ello puede declararse también tácitamente. Puede preceder (consentimiento) o subseguir (ratificación) al negocio.

Esta teoría ha sido defendida brillantemente en España por Rodríguez Adrados (Revista de Derecho Notarial, antes. cit. julio - diciembre 1958, págs. 1954 y sigtes.) . Al referirse al poder de disposición del marido, aduce que no lo comparte con la mujer y sólo le impone, como un requisito de determinados actos, el consentimiento de la mujer o la autorización judicial. Este sustitutivo significa que el juez no vende, sino que autoriza a vender al marido, que es, sólo, quien vende; lo mismo la mujer, no dispone sino que consiente en que el marido disponga. La reforma no ha consagrado pues, dice con frase del siglo XV, el "tanto monta, monta tanto", sólo ha disminuido la preponderancia marital. Trasladada esta concepción al nuevo sistema legal argentino puede aseverarse que por los motivos antes referidos, se han limitado los poderes dispositivos del cónyuge titular, sea el marido o la esposa.

Han coincidido con este criterio en España, Bonet Ramón, Cámara, Cossío, Díez Gómez, Martín Blanco, Parma Giménez, Lacruz y Puig Brutau, aunque en sus desarrollos presentan lógicamente diferencias de matices. En el tomo IV, volumen I de Fundamentos de derecho civil de este último autor, antes citado, se encontrarán todas las citas necesarias. También contiene una bibliografía completa sobre esta materia el trabajo de Sanz Fernández ya mencionado.

En nuestro país, Enrique Díaz de Guijarro, en un artículo titulado "Carácter personalísimo de la voluntad humana del acto jurídico matrimonial", que tuvo cabida en Jurisprudencia Argentina (año 1967 - IV. Sec. Doctrina, pág. 394) , con acopio de autorizada bibliografía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nacional y extranjera, enseña cómo surge la diferencia entre consentimiento y asentimiento cuando se afronta el matrimonio del menor, ya que según la ley 2393 necesita el consentimiento del padre o tutor.

Nadie hesita en proclamar, dice, que el "consentimiento" paterno no es fuerza interna que intervenga en la constitución del acto, ni significa representación, sino mera autorización, venia o asistencia, aunque mejor cuadra la expresión "asentimiento". Asentir es mostrarse conforme con el parecer ajeno, lo que implica que el consentimiento es totalmente extraño a quien asiente, mientras que autorizar significa dar a uno facultad, permiso o comisión para hacer alguna cosa.

Por ende, el consentimiento nupcial es ajeno a quien asiente con su manifestación. Casándose los menores sin la autorización necesaria, se le negarán algunos derechos pero el vínculo nupcial permanece incólume; y esta circunstancia revela que el consentimiento paterno es extraño al matrimonio en sí mismo que, como acto jurídico familiar, queda perfecto con el consentimiento del menor.

Puede afirmarse entonces, con las inferencias pertinentes, que los redactores de la ley 17711 han usado el término consentimiento en un sentido diverso del que debe emplearse acerca de una declaración de voluntad con contenido adhesivo, respecto de otra. El mismo uso impropio del vocablo denuncia Messineo en el Código italiano de 1942 (Ob. cit., pág. 103). El consentimiento es esencialmente bilateral en tanto que el asentimiento es un hecho unilateral.

Para concluir esta parte, el asentimiento tiene muchas analogías con la licencia. La diferencia sustancial radica en que la licencia, por lo general marital, tiene origen en el poder de dirección, y el asentimiento es un negocio que no se confunde con el de disposición. El que asiente hace firme la enajenación o el gravamen de un bien que forma parte del patrimonio común o constituye el hogar conyugal. Atento la clase de negocio y por el principio de separación de deudas, anteriormente explicado, no corresponde solicitar certificado de inhibición por el cónyuge no titular.

También el otorgamiento de un poder o de un testamento son negocios jurídicos unilaterales, recepticio el primero y no recepticio el segundo. Para su autorización el escribano no necesita pedir ese certificado

VI. FORMAS DE EXTERIORIZAR EL CONSENTIMIENTO

Dejo al margen el estudio del consentimiento tácito, porque está conectado con el instituto de la convalidación. El asentimiento expreso podrá exteriorizarse por cualquiera de los siguientes medios:

1) En el mismo documento que contenga el acto que necesita el requisito legal. Este procedimiento contemporáneo o simultáneo, llevado a la técnica de la redacción escrituraria significa que en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comparecencia deben figurar ambos cónyuges, con sus datos respectivos. En la parte dispositiva realiza el negocio el consorte titular, y después, en lugar adecuado, como cláusula, punto, numeral o período separado, el otro cónyuge manifestará su consentimiento o conformidad con el acto, negocio u operación que se instrumenta.

También se pueden adoptar otras fórmulas. En la compraventa, por ejemplo, el vendedor N. N. declara que con el consentimiento de su mujer vende a X. X., quien compra, el bien objeto del contrato. Claro está que con el formulario antiguo, que utiliza el 90 por ciento de los escribanos, donde sólo tiene parte activa el vendedor, no resulta muy feliz esta forma. Pero es sólo problema de redacción puesto que, si el cónyuge no titular está presente y firma, será de aplicación en definitiva el juicio de la Cámara de Rosario a que hice referencia.

2) Declaración previa en escritura pública (para los supuestos del art. 1184 inc. 7º) ya sea con carácter especial para un negocio concreto o con alcance general, especificando claramente si abarca todos o parte de los actos enumerados en el art. 1277 y con expresa indicación de cuáles son.

El consentimiento o asentimiento a priori no debe ser confundido con el poder y, por lo tanto, deberá tener una redacción acorde con su objeto y finalidad.

3) Poder a favor del otro cónyuge o de un tercero, el que siempre deberá contener facultad expresa, sea para un acto concreto o para varios o todos los negocios conforme se ha explicado

El mandato o poder, incluso el otorgado a favor del otro cónyuge, puede limitarse a la facultad de declarar en su nombre el consentimiento requerido.

Sobre estos aspectos deseo señalar:

a) En cualquier caso las facultades acordadas pueden insertarse dentro de un mandato general, entendiéndose como tal el que comprende multiplicidad de asuntos o negocios.

b) Es un error decir que para prestar el consentimiento en nombre ajeno o, dicho de otra manera, por intermedio de otra persona, o del otro cónyuge, no se necesita poder especial. Es bien sabido que la enumeración del art. 1881 no es taxativa, que para los actos que deben ser hechos en escritura pública la declaración de voluntad ha de revestir también forma notarial y cuando el negocio jurídico de asentimiento se ejecuta por intermedio de representante, según la definición del art. 1869 nos hallamos frente a un mandato representativo.

c) Ninguna dificultad existe para que el cónyuge titular formalice el negocio en su propio nombre y a la vez intervenga en representación del otro consorte, en ejercicio del respectivo poder para prestar el consentimiento. Siempre es preferible que lo haga el otro cónyuge y no introducir un tercero en las relaciones matrimoniales.

d) Contra la mayoría de la opinión de mis distinguidos compañeros

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

integrantes del Consejo Académico del Instituto, sostengo que un poder conferido por un esposo a favor del otro o de persona extraña para disponer de sus bienes no habilita para prestar el consentimiento, si el que dispone es el cónyuge no otorgante del mandato.

A mi juicio es endeble el argumento de que quien puede lo más puede lo menos. El art. 1884 establece claramente que el mandato especial para ciertos actos de una naturaleza determinada debe limitarse a los actos para los cuales ha sido dado y no puede extenderse a otros actos análogos, aunque éstos pudieran considerarse como consecuencia natural de los que el mandante ha encargado hacer.

Por otra parte, dentro de las cosas posibles, cabe admitir que un cónyuge otorgue poder para que se pueda disponer de los bienes cuya titularidad le corresponde y que por múltiples causas, hasta por capricho, no apruebe o consienta que se realicen actos de disposición sobre los bienes del otro consorte. Por ejemplo, de un gran establecimiento industrial o de una propiedad que produce rentas necesarias para atender las necesidades del hogar.

Corolario natural de esta hermenéutica particular es que excepcionalmente han de servir los poderes otorgados antes de la reforma para emitir la declaración de consentimiento. En algunas hipótesis podrán resultar suficientes empleando el método de la codisposición. Aún así, será necesario examinar con toda prolijidad el texto del poder y si las facultades que contiene autorizan a disponer de su parte en los gananciales.

e) Si el poder o declaración previa de consentimiento se confiere para el caso de bien propio, constituido por el hogar conyugal, es menester que se individualice el inmueble y muy conveniente consignar el precio o importe y modalidades del acto de disposición que se proyecta.

f) Cuando el cónyuge titular de los bienes otorgue poder a favor de un tercero comprensivo de uno, de varios o de todos los actos expresados en el art. 1277, resultará práctico que en el mismo documento el otro cónyuge preste el consentimiento anticipado o también que, a su vez, confiera poder a fin de que en cada oportunidad en que el apoderado, en ejercicio del mandato, celebre actos que requieran el consentimiento, lo manifieste en representación del expresado cónyuge no titular.

g) En los supuestos de consentimiento exteriorizado con antelación o en documento separado, aunque no es preceptivo el cumplimiento de las formalidades del art. 1003 (texto según la ley 15875) , sobre poderes y documentos habilitantes, en mi criterio es aconsejable adoptar el mismo temperamento. Por tanto, se agregará al protocolo y si fuere menester su devolución se anexará copia autenticada.

VII. EL CONSENTIMIENTO GENERAL A PRIORI

Todos los puntos que he tocado en este enfoque general y somero pueden ser profundizados en el dilatado campo que brindan para la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

investigación.

El problema tiempo lo impide. Igualmente veda la posibilidad de encarar el atractivo tema de la invalidez o ineficacia por falta del consentimiento, el carácter de la nulidad o anulabilidad y las formas de subsanación.

Pero a fuer de tedioso no puedo dejar de considerar, porque es provechoso el debate, el intrincado asunto de la declaración general de consentimiento a priori. Ello así, porque hasta ahora casi no he encontrado a nadie que comparta mi posición sobre su viabilidad.

A pesar del tiempo transcurrido, del progreso de la mujer y del cambio experimentado en el medio social, impresionan todavía los razonamientos esgrimidos por Bibiloni (Anteproyecto, Ed. Valerio Abeledo, 1951, tomo V, pág. 220) para fundar la prohibición de autorizaciones generales y prescribir que, bajo pena de nulidad, debía ser expresa y especial.

Decía que "las autorizaciones generales se obtienen de la esposa bajo la impresión natural del afecto y la confianza que le inspira el esposo. Obtenida, la facultad de disponer ha pasado al esposo, que para nada consulta a su mandante ni le informa de lo que está haciendo. La ruina de la mujer está consumada cuando tiene la primer noticia del uso que el esposo ha hecho de un mandato que se obtuvo bajo la promesa de que no sería usado, sino para actos imprevistos de poca entidad o de administración corriente; en otros términos, el mandato ha sido firmado por complacencia" .

Con el profundo respeto que tengo para el eminente civilista, no superado, creo que si en algo hay que tender el manto del olvido de que hablara el Dr. Borda, es sobre estas ideas, que están dirigidas además a situaciones fácticas diferentes.

En apoyo de mi tesis, haré referencia primeramente al estado de doctrina extranjera.

La actividad doctrinal española se condensa en una breve frase insertada en el trabajo que Angel Sanz Fernández, Manuel Sainz López - Negrete y Juan Antonio Cruz Auñón presentaron el año pasado al Congreso Internacional de Munich, sobre la capacidad para obrar y disponer de los bienes en derecho comparado y en derecho internacional privado: "Se admite sin dificultades, y es frecuentísimo en la práctica, el consentimiento dado por la mujer al marido con carácter general".

Contra el argumento que equivaldría a una renuncia de la ley que establece el requisito especial en favor de la mujer y, por lo tanto, debe considerarse nulo conforme al artículo 4º del Código Civil español, se ha dicho que no se trata de una renuncia de este género y que ésta puede hacerse siempre que no vaya contra el interés o el orden público. De otro lado, no importa una renuncia, pues el consentimiento o apoderamiento general es siempre revocable. Y si la finalidad es proteger a la mujer de la actuación del marido, a ella incumbe determinar si necesita o no tal protección.

No vemos razón alguna que abone la tesis de que "el consentimiento uxoris" haya de prestarse con carácter especial para cada acto de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

disposición, discurre Francisco Bonet Ramón (en loc. cit.) . La ratio juris del precepto en nada se opone a la concesión de un consentimiento general. Se trata de poner en manos de la mujer un medio de protección de sus intereses en la sociedad de gananciales, siendo a ella a quien corresponde graduar el uso que ha de hacer de esa protección, en función de la confianza que le inspire su esposo, como hace éste al conceder su licencia.

Señala Rodríguez Adrados (en loc. cit.) : "que el consentimiento de la mujer no es personalísimo e indelegable; porque está fundamentalmente basado en la defensa del interés del asentiente; y porque el matiz de defensa del interés familiar que presenta tampoco puede ser obstáculo al haberse admitido las licencias maritales generales".

El autor uruguayo Vaz Ferreira, en su Tratado de la sociedad conyugal (tomo II, pág. 55) , hace relación de las modificaciones que sufrió, durante el trámite parlamentario, la parte final del art. 5º de la ley 10783, lo que ha permitido, dice, que numerosas mujeres casadas, por mandatos generales expresos dados a sus maridos pierdan el contralor de los actos de disposición y gravamen de los gananciales. Acota, sin embargo, que sería contradictorio que la mujer casada pudiera por intermedio de un mandatario general enajenar sus bienes propios y no pudiera en la misma forma expresar su conformidad para la enajenación de gananciales.

En Chile, el tratadista Manuel Somariva Undurraga, en su libro Derecho de familia (Editorial Nascimento, Santiago, 1963, pág. 272) , expresa: "Es posible que el espíritu de la ley fue no permitir la autorización general, pues con ella se podrá desvirtuar la finalidad de la reforma, cual es defender los intereses de la mujer. A pesar de esto y reconociendo que la cuestión es discutible, optamos por la validez de la autorización general". Entre los motivos que invoca incluye el derecho de la mujer a revocar esa autorización con lo cual queda suficientemente resguardada. La misma opinión sustenta Enrique Rossel Saavedra en su obra Manual de derecho de familia (Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1958, pág. 191, Nº 227) , quien afirma: "Dentro del sistema de nuestro Código Civil, cabe la autorización general y anticipada, ya que es una medida de protección en favor de la mujer que ella puede utilizar en forma más o menos estricta, o no utilizar".

Los datos sobre los dos autores nombrados los obtuve por gentileza del notario chileno Luis Díaz Mieres.

Y bien. Todas las alegaciones reseñadas son válidas para nosotros. Puede añadirse todavía:

a) En nuestra ley no está en juego exclusivamente la salvaguardia de los derechos de la esposa, sino de ambos cónyuges. Desaparece, en consecuencia, el sostén biológico o sentimental que sirve para construir la doctrina que atribuye debilidad o impericia, que ya no existe ni en la mujer, a quien en última instancia le basta y sobra con su eterna y magistral intuición femenina.

b) El art. 1276 del C. C., en su nuevo texto, admite que uno de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cónyuges pueda administrar los bienes propios o los gananciales, cuya administración le está reservada al otro, con mandato expreso o tácito conferido por éste, sin obligación de rendir cuentas.

Esta derogación a la regla del art. 1909 se halla en consonancia con las fronteras del legislador, a quien no le es lícito penetrar en la intimidad conyugal y crear recíprocas sospechas.

c) El art. 19 de nuestro Código Civil establece que podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia.

d) No hay disposición alguna, anterior o posterior a la ley 17711, que prohíba la prestación de consentimiento general, ni la declare nula.

e) Claro está que dicho consentimiento se regirá por todas las normas relativas a la formación y validez de los actos jurídicos y, paralelamente, por las que conciernen al mandato.

Por lo tanto, no solamente es revocable, sea que revista carácter general o especial, sino que, además, en determinados casos podrá conferirse en forma de poder irrevocable, cumpliéndose los extremos del art. 1977 (texto según la reforma) . Esta disposición quedaría borrada si el cónyuge no titular por anticipado no confiere o autoriza a otra persona a emitir el consentimiento respecto de un negocio que requiere tal conformidad y para cuya formalización el otro consorte ha otorgado el poder irrevocable.

f) Si el principio favorable a la capacidad de la mujer casada, que no permite aplicación analógica restrictiva a falta de prohibición expresa, y los antecedentes que arrancan de la ley 56 de Toro, acordó validez en España a las autorizaciones, licencias o venias generales, aceptadas incluso por la Dirección de los Registros del Notariado el 23 de abril de 1929, no se advierte razón valedera para vedar en el nuevo sistema legal tales consentimientos, que lo mismo alcanzan a la mujer como al marido.

Cuando existe armonía entre los esposos, en casos excepcionales de suma necesidad, les permitirá manejarse fácilmente en sus actividades negociales. No puede estar en el espíritu de la ley perturbarlos, so color de facilitar una protección que no reclaman.

Siguiendo a Juan Vallet de Goytisolo (Panorama de derecho civil. Barcelona, 1963, pág. 258) , podemos argüir que para aquellos maridos que saben ganar dinero pero también saben malgastarlo, la reforma, si bien puede ser eficaz como una redada de todos los bienes adquiridos con carácter ganancial antes de la ley 17711, en adelante, difícilmente servirá para nada contra esos maridos, que no es fácil que adquieran en lo sucesivo bienes a su propio nombre, sino sólo - en el mejor de los casos - a nombre de alguna sociedad que controlen o de terceras personas - tal vez de su amiga - lo que es mucho peor en todos los aspectos.

De cualquier manera, los infortunios que se presagian desaparecen si el consentimiento a priori es conferido por el marido a la mujer. Y por respeto a ésta no deben crearse diferencias de ese género.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

g) Mi punto de vista es que en los poderes y consentimiento de carácter general se fije duración temporal. Será una buena práctica que con el transcurso del tiempo reportará beneficios y evitará fricciones con los contratados si hay dudas o sospechas sobre la vigencia.

Sólo me resta reiterar que la extensión del tema me ha impedido analizarlo en sus múltiples facetas y presentar mis excusas tanto por la fatiga como por las frustraciones que pueda haber causado.

Régimen de la Sociedad Conyugal() (329)*

RODOLFO E. OLIVÉ

SUMARIO

El nuevo régimen. - Bienes gananciales. - Consentimiento por mandato. - El problema que plantea la segunda parte del artículo 1277. - La reforma y los artículos no derogados.

Unos pocos artículos claves: el 1276 y 1277 del Código Civil, la nueva redacción del art. 1° de la ley 11357 y la relevancia que adquiere el art. 9° de la misma ley, frente a lo rotundo de su actual art. 1°; he aquí expresada en apretada síntesis la esencia de la reforma - profunda - que trae la ley 17711 en lo que hace a la plena capacidad de la mujer casada y el sistema patrimonial de la sociedad conyugal.

Reforma largamente esperada por quienes juzgábamos vetusta y tímida la legislación vigente frente a los cambios que experimenta la sociedad contemporánea, y el papel cada vez más importante que debe cumplir la mujer en el mundo que anuncia el siglo XXI, no tan lejano ya: la mitad de la actual población argentina asistirá a su advenimiento.

En la última Jornada Notarial Argentina celebrada en San Juan en 1966, el notariado llevó su inquietud sobre el tema de la capacidad de la mujer casada, al tratar el alcance de la resolución de la Convención Interamericana de Bogotá de 1948. No fue posible adoptar aquella equiparación absoluta que la resolución aludida ofrecía como posibilidad, pero de aquellas conversaciones y ponencias fue afirmándose la idea que hoy la legislación confirma

EL NUEVO RÉGIMEN

"La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil" (nuevo art. 1° de la ley 11367) . "Quedan derogadas las disposiciones del Código Civil y de las leyes complementarias en cuanto sean modificadas o se opongan a la presente, que formará parte de dicho Código" (art. 9° de la misma ley, vigente) .

"Art. 1276. Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su