

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Asentimiento Conyugal (Arts. 1276 y 1277 del Código Civil)

OMAR ANDRÉS ASCUA

SUMARIO

I. Introducción. II. Clasificación de los bienes en el matrimonio y su régimen de administración y disposición. III. Naturaleza jurídica del asentimiento conyugal. IV. Ámbito de asentimiento. V. Venia judicial supletoria. VI. Expresión del asentimiento. VII. Consecuencias del incumplimiento. VIII. Implicancias en la actividad notarial. Predocumentales.

I. INTRODUCCIÓN

Que la ley 17711, en vigencia desde el 19 de julio de 1968, ha significado una verdadera reforma en la legislación civil argentina, ya nadie puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dudarlo. Ello es perceptible tanto para el estudioso en su gabinete como para el ciudadano común en el enfrentamiento diario con los problemas de la vida. Es que ella ha respondido a pautas axiológicas que desde hace mucho tiempo, tanto aquél como éste, reclamaban su concreción. Pero lo que tampoco nadie puede negar y dejar de lamentar es la insistencia con que los legisladores de la reforma han incurrido en errores técnicos en la redacción de su articulado. El instituto que tratamos no escapa a la regla.

Peor aún, si los equívocos y oscuridades que provocan dichos vicios se sienten y lamentan con relación a instituciones jurídicas en las que, si bien concretadas legislativamente por esta reforma, sus estructuras estaban perfectamente perfiladas por la doctrina y jurisprudencia, la desorientación cunde cuando están referidos a un instituto que significa una novedad absoluta en nuestro derecho positivo.

Con estos antecedentes trataremos de estudiar los principales aspectos que presenta la problemática del asentimiento conyugal, en sus líneas generales, tratando de deducir dichas reglas y principios del articulado que lo recepta, huyendo del casuismo y dejando de lado el tratamiento de temas y conceptos de íntima conexión con éste, dado que ello escapa a los límites del presente trabajo.

En esa labor, y por las consideraciones efectuadas, rechazaremos permanentemente el sistema filológico o gramatical de interpretación y utilizaremos criterios sistemáticos y teleológicos para tratar de responder a los interrogantes que nos plantea dicha problemática con soluciones que, si bien entendemos son las que surgen de los textos legales, como concreción de anhelos nos dejan bastante insatisfechos.

II. CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO Y SU RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN

Es ésta una cuestión que esencialmente debe ser tratada previamente a las demás, porque la solución que demos a los interrogantes que nos plantea incidirán fundamentalmente en las doctrinas sustentadas con relación a éstas.

Básicamente, las opiniones se agrupan en dos teorías, a saber:

A) Tripartita: Según ella, los bienes que integran el patrimonio conyugal se dividen en: 1°) Gananciales de cada uno de los cónyuges, adquiridos por cualquiera de ellos con el producto de su trabajo personal o cualquier otro título. 2°) Propios de cada uno de los cónyuges. 3°) Gananciales de origen indeterminado o de prueba dudosa.

Con respecto a los incluidos en los grupos 1°) y 2°) la facultad administrativa y dispositiva está en cabeza del cónyuge titular, prestando el otro su conformidad si se dan los supuestos legales (arts. 1276, 1er. párrafo, y 1277 Cód. Civil, concordados); en cambio, con relación a los incluidos en el grupo 3°), esas facultades siempre están en cabeza del marido, prestando su conformidad la esposa, si así procediere (arts.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1276, 2º párrafo, y 1277, 1er. párrafo, Cód. Civil). Es ésta la posición mayoritaria entre quienes tratan el tema, y podemos citar entre ellos a los Dres. Guastavino (1)(512), Pelosi (2)(513), Yorio (3)(514), Martínez Segovia (4)(515), Falbo (5)(516) y Solari (6)(517), y a los escribanos Gattari (7)(518), Ramos (8)(519) y Etchegaray (9)(520).

Si bien en ninguno de los autores que la sostienen encontramos los fundamentos de esta posición, es de presumir que ella se basa en los términos de los dos primeros párrafos del citado artículo 1276.

B) Bipartita: Para esta posición, los bienes se dividen en propios y gananciales de cada uno de los cónyuges solamente, quedando la facultad administrativa y dispositiva de ellos en cabeza de su respectivo titular, prestando su conformidad el otro cónyuge si se dan los requisitos legales.

Podemos mencionar como uno de los más brillantes expositores de esta teoría al escribano Villalba Welsh quien, originariamente y como miembro del Instituto Argentino de Cultura Notarial se había pronunciado por la teoría tripartita, para sostener posteriormente la que exponemos (10)(521).

El núcleo del problema está referido a los términos del 2º párrafo del art. 1276, Cód. Civil, cuando expresa: "Si no se puede determinar el origen de los bienes, o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición corresponde al marido ...". Y he aquí el interrogante: ¿Qué debemos entender por origen indeterminado?

Los sostenedores de la teoría tripartita entienden que la indeterminación aludida se refiere a la constancia de cómo le correspondió el dinero al titular adquirente de ese bien (11)(522).

Villalba Welsh, por su parte, entiende que sostener ello sería "legalizar un despojo en perjuicio de la mujer a la que la reforma pretende amparar". Para él, la indeterminación se refiere a la titularidad del bien, o sea que la facultad dispositiva del mismo corresponderá al esposo, siendo la mujer o no su adquirente, cuando no se pueda determinar quién es el titular o la prueba de ello fuere dudosa. A contrario sensu, siempre que se pueda determinar quién es el titular de un bien, a él le corresponderá sin duda tal facultad (12)(523).

Expone los siguientes fundamentos en apoyo de su tesis:

a) El art. 1276, Cód. Civil, atribuye la libre administración y disposición de los bienes gananciales a cada uno de los cónyuges según sea su titular. Esta referencia a los bienes gananciales es omnicomprendiva de todas las situaciones posibles.

b) Las expresiones "adquiridos con su trabajo personal" y "por cualquier otro título legítimo" refieren, respectivamente, a los bienes adquiridos por la mujer con el producido de su actividad lucrativa honesta (título legítimo incorporado por el art. 3º, inc. 1º, ap. a] de la ley 11357) y a los enumerados por el art. 1272, Cód. Civil, en su redacción originaria (todos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

títulos legítimos de adquisición).

c) La alusión a los gananciales adquiridos con el producto del trabajo personal se justifica porque su omisión hubiera podido interpretarse como un retorno a la enumeración de Vélez Sársfield, excluyendo este título.

d) El principio que informa la ley 17711 en materia de capacidad jurídica de la mujer es atribuirle el mismo status legal que al varón. No es congruente con ello exigirle invocar título alguno cuando adquiere un bien, al efecto de acordarle la facultad dispositiva del mismo, si tal exigencia no existe cuando adquiere el varón.

e) La estructura lógico - formal del artículo citado concuerda con el criterio sostenido. Así, el primer párrafo se encarga de atribuir la facultad administrativa y dispositiva de los bienes a sus titulares, no a determinar los bienes económicos con que adquieren o deben adquirir. El segundo párrafo es complementario del primero, atribuyendo titularidad cuando no se puede determinar quién es el adquirente de un bien. Luego, este segundo párrafo no tiene aplicación si la persona del adquirente está perfectamente determinada.

f) El lógico progreso que debe significar la legislación que reforma un régimen anterior. Si se admite que cuando la mujer adquiere un bien sin mencionar el origen del dinero el mismo escapa a sus facultades dispositivas, se retornaría al régimen de la ley 11357, habiendo transcurrido 40 años en vano.

Belluscio, si bien no fundamenta su tesis, pareciera compartir la teoría bipartita. Afirma este autor que la reforma establece como regla general la separación de la administración y disposición de los bienes comunes manteniendo la primacía a favor del marido con relación a los bienes cuyo origen no puede determinarse o su prueba fuere dudosa, y agrega: "...supuestos que difícilmente podrán presentarse si no es con relación a los muebles del hogar" (13)(524). Más adelante, pareciera compartir los fundamentos de Villalba Welsh (14)(525).

También Cánepa parece sostener la bipartición (15)(526). Si bien no trata directamente este tema, su pensamiento, en síntesis, es el siguiente: El art. 1276 Cód. Civil faculta al cónyuge titular para disponer libremente de los bienes gananciales. ¿Qué significa el término libremente?. No otra cosa que actuar sin trabas, independientemente. Si luego de darle libertad, el art. 1277 se la retacea exigiendo el asentimiento del otro cónyuge para ejercer dicha facultad, hay una evidente contradicción entre una y otra norma. Es más congruente interpretar que la exigencia del asentimiento conyugal se limita a los casos de disposición de bienes gananciales de origen dudoso.

Luego, inferimos, si la categoría de bienes gananciales de origen indeterminado se menciona solamente para exigir el asentimiento, no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para atribuir la facultad dispositiva, en el régimen patrimonial - matrimonial hay solamente dos clases de bienes propios y gananciales de cada uno de los cónyuges, y la facultad citada está en cabeza de su respectivo titular.

El despacho de la comisión que trató este tema en la XII Jornada Notarial Argentina efectuó dos declaraciones doctrinarias que reflejan, cada una de ellas, las dos posiciones doctrinarias en pugna (16)(527).

Nuestra opinión: Lamentablemente no estamos convencidos que de a redacción de los dos artículos del Código Civil que nos ocupan surja indubitablemente la adopción de la tesis bipartita. Y decimos lamentablemente, porque compartimos los argumentos de Villalba Welsh para defender su tesis y porque creemos que la solución que propone es la más adecuada al orden natural de las cosas. Pero ello de lege ferenda, como fundamento de la intención de cambio.

Es verdad que resulta dificultoso aceptar que el titular de un derecho carezca de las facultades principales de él derivadas, sin que se den los supuestos éticos que informan el régimen de las incapacidades de hecho. Pero la redacción de los citados artículos no nos deja otra salida. Es imposible admitir que donde el texto legal dice "origen" quiso decir "titular" u otro término sinónimo.

Además, con relación a los bienes económicamente más importantes (inmuebles y muebles registrables, por lo general), la titularidad surge sin inconvenientes. Consecuentemente, si el legislador adoptó la bipartición, con el segundo párrafo del art. 1276 le habría quitado la facultad administrativa y dispositiva a la mujer únicamente sobre los bienes económicamente menos significativos. Creemos que no. Que la reforma plasmó nuevamente la presunción iuris tantum que cuando la mujer compra lo hace con dinero de su marido.

Si las expresiones "adquiridos con su trabajo personal" (debió haber dicho con el producto de su trabajo personal) y "por cualquier otro título" quieren significar el deseo de no limitar la regla de que todos los bienes gananciales son administrados y dispuestos por su titular, deben ser eliminadas de la redacción de la norma en beneficio de tal interpretación. Por el contrario, su permanencia indica una restricción. Surge entonces el interrogante: ¿Qué bienes gananciales se comprenden en ella y por consiguiente escapan a la regla?.

Releamos la norma. Dice el art. 1276, 1er. párrafo: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo". Tenemos así dos expresiones: "Adquiridos con su trabajo personal" y "por cualquier otro título legítimo". Evidentemente, ésta comprende a la primera. Consecuentemente, ¿debemos concluir que la limitación se refiere a los bienes gananciales adquiridos por títulos ilegítimos?. ¿Podría la ilegitimidad del título, si así pudiera expresarse técnicamente, justificar el traslado de la facultad dispositiva sobre un bien otorgándosele al cónyuge no titular?. Evidentemente no.

La interpretación debe concordar el párrafo transcripto con el segundo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del mismo artículo que dice: "Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición corresponde al marido". En consecuencia, la restricción aludida se refiere, aunque con expresiones atécnicas, a los bienes gananciales cuyo origen es indeterminado, entendiéndose por origen la constancia de cómo le correspondió al titular el dinero u otro bien objeto de la contraprestación a su cargo, sea cual fuere su título.

Debemos aquí hacer una breve referencia al régimen anterior a la reforma, que en síntesis establecía: 1) Con respecto a los bienes propios de cada cónyuge, la facultad administrativa y dispositiva estaba en cabeza de su titular. Si el mismo era la esposa, el marido tenía un mandato legal presunto para ejercer esas facultades mientras la esposa no lo revocara expresamente. 2) Con respecto a los bienes gananciales adquiridos por cada cónyuge con su peculio profesional, eran de administración y disposición reservada a su titular. Si el mismo era la esposa y quería munirse de una presunción iuris tantum de tal origen, debía dejar constancia en la escritura de adquisición que el dinero provenía de tales conceptos. De otra manera, el origen era indeterminado y la carga de la prueba se invertía. 3) Con relación a los bienes gananciales adquiridos por cualquiera de los cónyuges por cualquier otro título (los adquiridos por hechos fortuitos, juego y apuestas, por ejemplo), eran de administración y disposición marital exclusiva, estuviera o no determinado su origen. A nuestro objeto bastan estos conceptos que, si bien con imperfecciones, nos dan una idea del sistema anterior.

El principio era entonces, la administración marital. La esposa, para poder administrar y disponer de sus bienes propios tenía que destruir la presunción legal de mandato a favor de su esposo, y para administrar y disponer de los gananciales reservados, tenía que hacer constar el origen del dinero (que no podía ser otro que su trabajo personal) en el instrumento de adquisición.

El progreso que en tal sentido significa la reforma es evidente. En primer término, establece como regla el régimen de la separación en la administración de la sociedad conyugal. Esto es muy importante para la interpretación de los casos dudosos. En efecto, en el régimen del Código Civil el principio de la administración marital estaba claramente expresado: "El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio ...", decía el art. 1276 reformado. En su nueva redacción comienza: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes...". El cambio de principio, al menos en su formulación, es evidente.

Por otra parte, la calificación de progresiva aplicada a la política legislativa de la ley 17711 depende directamente de las pautas axiológicas de cada intérprete. Así, es posible leer estos trozos escritos por Lambías: "El marido ha dejado de ser el administrador de los bienes comunes y nada tiene que ver con los bienes de su consorte..."; "...Es una modificación que no beneficia a la familia..."; "...corroe la imagen de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la unión de los esposos, entre quienes, según el sentimiento de nuestro pueblo, no hay tuyo ni mío..."; "...resiente la jefatura del hogar que según el orden natural de las cosas ha de tener el varón..."; "...la administración básica, en manos del marido subsiste, pero sustentada ahora, no en la necesidad de una autoridad, que es vital para la familia como para cualquier agrupación..."; "...La razón de ser de la autoridad marital queda así arruinada" (17)(528). Evidentemente, lo que es progresivo para unos, es retrógrado para otros.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL ASENTIMIENTO CONYUGAL

Consideramos acertada la calificación que del sistema de administración de la sociedad conyugal realiza Guastavino. Expresa: "A partir de la ley 17711 para los actos más importantes se establece un sistema de gestión conjunta subsistiendo, en líneas generales, la gestión separada de los bienes gananciales en los actos de menor significación" (18)(529). Esta gestión conjunta, que constituye la regla con relación a los bienes gananciales, es una excepción con respecto a los propios. En efecto, dice el art. 1277, primer párrafo del Código Civil: "Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales..., etc."

La dilucidación de este tema es de una importancia que excede totalmente el plano exclusivamente teórico. Así, según una teoría, la intervención de ambos cónyuges determina una codisposición en la que los dos son titulares de la facultad dispositiva. Ambos son dominus negotii. Para la contraria, solamente dispone el titular, limitándose su cónyuge a prestar su conformidad. Para éste se trata de un negocio ajeno. Es un asentimiento.

Pues bien, si entendemos que hay codisposición, ambos disponentes deberán asumir las obligaciones que tal carácter les atribuye. En consecuencia, deberán garantía de evicción, no existirá separación de deudas, los acreedores de cualquiera de ellos podrán promover acción reivindicatoria, etc.. Nada ello ocurrirá si sostenemos que no hay codisposición con respecto al cónyuge no titular.

Además, ¿cómo calificamos el acto de disposición del timar sin la conformidad aludida cuando es necesaria?. Si hay codisposición, estaremos frente a una venta de cosa ajena, con las consecuencias que de tal acto surgen a cargo del disponente, o una venta en gestión, con mandato oculto o tácito, etc., según los casos. Asimismo, la prestación de esa conformidad con posterioridad al acto constituirá una aceptación de la oferta de compra, una ratificación, etc.

Por otra parte, la venia judicial, ante la oposición injustificada del cónyuge no titular revestiría el carácter de un supuesto de venta forzosa. De otra manera, ¿cómo el consentimiento del titular de un derecho para disponer de él puede ser suplido por la voluntad judicial?.

Dentro de la concepción de Cicu, expresa Guastavino, la intervención de ambos cónyuges en los actos de disposición de ciertos bienes es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

caracterizado como un "poder de familia", atribuido a un órgano individual y privado (el cónyuge) y, subsidiariamente, un órgano estatal (el juez). Le atribuye finalidad eminentemente preventiva del fraude familiar (19)(530).

Pero cabe el interrogante: ¿Qué naturaleza jurídica le atribuye la ley a esa intervención y, por consiguiente, cuáles son las consecuencias que de ella derivan?. Veamos algunas opiniones:

Llambías sostiene que se trata de una restricción a la capacidad de los mayores casados, reduciéndolos con respeto a los principales bienes gananciales a la condición de menores emancipados (20)(531). Coinciden con él los Dres. Eppstein y Feit, miembros del Instituto de Derecho Civil de Córdoba (21)(532). Guastavino también habla de una incapacidad de derecho (22)(533).

Por su parte Vidal Taquini, sostiene que no se ha producido una *capitis diminutio* en la capacidad de los cónyuges, sino una disminución en la legitimación con respecto a su facultad dispositiva sobre ciertos bienes (23)(534).

La falta de tiempo no nos permite profundizar el estudio de los conceptos jurídicos "capacidad" y "legitimación" para deducir qué grado de acierto tienen las opiniones citadas. El escribano Orelle las descarta, expresando con respecto al de capacidad, que ella es una aptitud intrínseca del sujeto y la reforma no ha modificado la capacidad de todos los cónyuges en atención a su calidad de sujetos solamente, sino que relaciona los sujetos, su estado patrimonial, la calidad del acto y el interés familiar; "parecería pues que la naturaleza de este requisito excede el marco natural de la capacidad de los contratantes".

En cuanto a la legitimación, caracteriza a esta como la específica relación de un sujeto con ciertos bienes o intereses en virtud de la cual su declaración de voluntad puede ser operante con respecto de ellos. Aclara que como facultad positiva posibilita a un no titular a ejercer actos que tendrán incidencia directa en el patrimonio ajeno. Es el caso del mandato.

En su aspecto negativo, alude a la imposibilidad jurídica de ciertas personas para adquirir ciertos bienes, como sucede con las incapacidades de derecho (por ejemplo, la del abogado para adquirir los bienes de sus clientes en los pleitos que patrocina).

Ninguno de estos aspectos se relaciona con la naturaleza del asentimiento conyugal. Si bien esto constituye una limitación a la facultad dispositiva del titular con respecto a ciertos bienes, ese poder no se traslada a otro sujeto. Lo que sucede es que la declaración de voluntad del titular es insuficiente para producir ciertos efectos queridos y necesita de una declaración complementaria. Pero el grado de incidencia de ambas declaraciones con relación al negocio es muy diferente: la del titular engendra el negocio, la otra lo completa pero sin ejercer titularidad alguna (24)(535).

Básicamente, las dos posiciones mayoritarias con la teoría del asentimiento y la de la codisposición, con algunos matices con relación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a esta última dado que algunos autores nacionales la aplican para ciertos actos y con respecto a ciertos bienes solamente. Nuevamente los límites de este trabajo nos impiden relacionar los antecedentes legislativos, doctrinales y jurisprudenciales extranjeros, muy importantes al fin propuesto.

Fue el Instituto Argentino de Cultura Notarial quien primero se ocupó del tema luego del advenimiento de la reforma, apoyando la teoría del asentimiento. Resumiremos sus conclusiones:

La redacción del art. 1277 Cód. Civil, hace concluir que estamos en presencia de una codisposición, ya que habla del "consentimiento de ambos cónyuges" y no "del otro cónyuge", expresión ésta que sí se utiliza en otros artículos del código en los que se requiere la autorización del marido o de la esposa. Destaca, citando a Messineo, que el término consentimiento alude a un hecho esencialmente bilateral: significa pluralidad de participantes.

Pero a pesar de lo que podría concluirse en base a los argumentos filológicos expuestos, los miembros del Instituto llegan a la conclusión contraria en base a los siguientes argumentos:

"a) La concepción dominante respecto de los textos análogos vigentes en otros países.

"b) La iniciativa para realizar los actos de que se trata, corresponde al cónyuge titular del dominio del bien y administrador de él.

"c) El precio, contraprestación o producido pertenece asimismo al titular, quien podrá aplicarlo a la adquisición de otro bien cuya administración estará a su cargo.

"d) El principio de separación de deudas, creado por el art. 5º de la ley 11357 con las limitaciones del art. 6º que permanecen vigentes.

"e) En la codisposición se complicaría el procedimiento en nuestro país por la incidencia de los preceptos legales de índole registral, que originaría la necesidad de pedir certificaciones por inhibiciones a nombre de ambos cónyuges.

"f) El hecho de que, en defecto del consentimiento, puede obtenerse la autorización judicial supletoria.

"g) El segundo párrafo del art. 1277 que requiere el consentimiento también para un caso de bien propio".

Concluyen así que no se ha implantado una facultad de disposición conjunta, sino que el consentimiento del cónyuge no titular constituye un negocio de asentimiento, que según la doctrina alemana equivale a una declaración de conformidad con el negocio jurídico ajeno. Destacan

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

asimismo, siguiendo con Messineo, la reiteración del uso incorrecto del término consentimiento en la legislación italiana. Así, es común encontrar en el nuevo Código Civil italiano el término consentimiento para indicar lo que propiamente debe expresarse como asentimiento, o sea una declaración unilateral de voluntad con contenido adhesivo respecto de otra. Es lo que sucede, agregan, con el art. 10 de la Ley de Matrimonio Civil al requerir el consentimiento del padre con el matrimonio a celebrar por el hijo cuando en realidad se trata de un asentimiento (25)(536).

Guastavino, en apoyo de esta tesis, efectúa una relación con el sistema de separación de deudas destacando la incongruencia que aparejaría sostener la tesis de la codisposición. Si el cónyuge no titular niega el consentimiento, éste debe ser suplido por el juez, con la consecuencia de que se eximiría de responsabilidad al cónyuge que la negó, con lo que tal irresponsabilidad sería el halago para una negativa injustificada (26)(537).

También Orelle se inclina por esta opinión, brindándonos algunas de sus consecuencias más importantes. Sostiene que el asentimiento es un requisito que no hace a la validez y existencia del acto, sino a su eficacia. El negocio nace válido, pero para producir plenos efectos debe completarse con tal exigencia. Por ello, agrega, si la impugnación del cónyuge afectado no llega, el negocio produce sus efectos; si se pierde tal derecho por caducidad o prescripción, el acto es plenamente eficaz; si el mismo es impugnado su ineficacia será declarada recién si el juez encuentra razones fundadas para ello; por último, en caso de muerte o interdicción del cónyuge ocurridas con posterioridad al acto, la eficacia subsistirá sin duda (27)(538).

La teoría de la codisposición ha sido supuesta por algunos autores argentinos para explicar el régimen de administración y disposición en ciertos supuestos solamente.

Así, Etchegaray, que apoya la teoría tripartita en cuanto a la clasificación de los bienes, sostiene que cuando el bien es ganancial a nombre de la esposa y su origen es indeterminado, la facultad dispositiva está en cabeza de ambos: de la esposa por ser la titular, y del marido por lo dispuesto por el art. 1276, 2º. párr. Cód. Civil. "No hay consentimiento sino codisposición. La disposición por el marido no puede ser suplida por el juez" (28)(539).

Guastavino entiende que habrá codisposición en los casos de bienes gananciales de titularidad conjunta (entendemos que se refiere a los bienes gananciales adquiridos por ambos cónyuges en condominio). En estos casos entiende que no se debe aplicar la regla del art. 1276, 2º. párr. (disposición por el marido y asentimiento por la mujer), sino que, salvo que exista mandato de uno a otro cónyuge, "la gestión corresponde a los dos esposos" (29)(540).

También Llambías sostiene, luego de destacar que existe una laguna de la ley en cuanto al régimen de administración de los bienes adquiridos por ambos cónyuges en condominio, que en la mayoría de los casos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deben aplicarse las reglas de este instituto. Efectúa la siguiente distinción: a) Si el bien ha sido adquirido por ambos cónyuges a nombre propio de cada uno, funcionan las normas del condominio; b) si las partes de cada uno son gananciales, la facultad administrativa y dispositiva es del marido, y c) si el bien es en parte propio y en parte ganancial, vuelven a aplicarse las normas del condominio (30)(541).

Nuestra opinión: Nos inclinamos decididamente en apoyo de la posición adoptada por el Instituto Argentino de Cultura Notarial. Algunos de los fundamentos expuestos se nos ocurren más consecuencias de la tesis sostenida que argumentos en su favor. En cambio son decisivos tres de los fundamentos transcriptos, o sea: 1°) La incongruencia de un régimen de codisposición con el sistema de separación de deudas establecido por los arts. 5° y 6° de la ley 11357. 2°) La posibilidad de que el juez pueda otorgar la venia supletoria mediando negativa injustificada del asentidor. 3°) La exigencia de conformidad para los actos de disposición de un bien propio en los supuestos del art. 1277, 2° párr., Código Civil.

Podemos agregar con respecto a este último argumento, con la posibilidad de que a falta de consentimiento pueda también éste ser suplido por el juez, si se dan los requisitos legales. En efecto, por concesión de hipótesis, podría admitirse que la ley otorgara facultad dispositiva a un no titular de bien propio, pero no tiene asidero lógico - jurídico la posibilidad o facultad judicial de suplir la voluntad dispositiva.

En cuanto a los bienes de titularidad conjunta, según Guastavino, o adquiridos en condominio por ambos cónyuges, según Llambías, discrepamos con ambos autores, dado que la fórmula de la codisposición o las reglas del condominio serán aplicables en aquellos casos en los que el carácter de las respectivas partes indivisas de cada titular así lo exijan. Cualquiera sea la tesis en cuanto a la calificación de los bienes que se apoye, se debe concluir que los arts. 1276 y 1277 Cód. Civil brindan claramente las reglas de administración y disposición a que deben someterse esos bienes. Por ejemplo, si un bien es ganancial a nombre de ambos esposos y está determinado el origen del dinero con que adquirió la mujer no hay por qué usar la fórmula de la codisposición ni se rige por las reglas del condominio, sino que la disposición de cualquiera de las partes exigirá el consentimiento del titular y el asentimiento de su cónyuge. Si se disponen ambas partes indivisas, será necesaria la fórmula de la codisposición, pero no porque dejen de ser aplicables las reglas generales que nos brindan ambos artículos, sino porque el asentimiento de cualquiera de los no titulares sería sobreabundante. La inaplicabilidad de tales criterios es más evidente cuando el título de la esposa no determina el origen del dinero.

De allí que no existe una laguna legal. El Código Civil determina claramente cuándo un bien es propio y cuándo es ganancial y el régimen de administración y disposición de ambas categorías. En la aplicación de tales reglas encontraremos la solución.

Por otra parte, ¿por qué decir que hay codisposición en relación a los bienes gananciales de origen indeterminado a nombre de la esposa?.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Seguramente al escribano Etchegaray le sorprenda, como a nosotros, que la ley, luego de sentar la regla de la administración separada, le quite la facultad dispositiva al titular de un bien y se la otorgue a otro. Pero ello es lo que surge del artículo antedicho, en cuya virtud tales bienes serán dispuestos por el marido con el asentimiento de la esposa si se dan los supuestos legales.

IV. ÁMBITO DEL ASENTIMIENTO

La necesidad del asentimiento por parte del cónyuge no titular, debe relacionarse directamente con la naturaleza de los actos y el carácter de los bienes que conforman la hipótesis legal. Haremos la distinción:

A) Con respecto a los actos. El art. 1277, 1er. párr. Cód. Civil, menciona los siguientes actos: a) disponer; b) gravar; c) realizar aportes de dominio o uso a sociedades, y d) la fusión o transformación de sociedades de personas.

Como expresa Guastavino, muchos de ellos son especificaciones del acto de disposición, de allí que éste se constituya en el concepto fundamental de estudio. En efecto, la constitución de gravámenes, el aporte en dominio a sociedades, la transformación y fusión de sociedades de personas, pueden, en principio, ser considerados actos de disposición (31)(542). Esto se corrobora cuando el mismo artículo, al referirse a los bienes propios, habla solamente de actos de disposición.

Este concepto se obtiene por oposición al de acto de administración e, inclusive, al de acto de conservación, dice el autor citado, quien destaca asimismo el criterio funcional adoptado en nuestro derecho para su caracterización. En efecto, los actos de disposición, de administración y de conservación son caracterizados no tanto por su significación intrínseca sino por su relación con un patrimonio o negocio determinado. Cita en su apoyo a López Olaciregui, para quien este criterio de distinción se vincula con un concepto económico como es la noción de capital y renta.

En el citado estudio del Instituto Argentino de Cultura Notarial se citan opiniones doctrinarias que reflejan ambos criterios y que resumiremos aquí:

Cariota Ferrara entiende por negocio dispositivo en sentido estricto, aquel que tiene por efecto transferir, modificar o destruir un derecho subjetivo preexistente. Su resultado puede consistir: 1) En la pérdida de un derecho para un sujeto y en la adquisición correlativa para otro (enajenación), o en la extinción de un derecho acompañada del eventual nacimiento de otro derecho (el cumplimiento, la novación, etc.).

Para Von Thur, el acto dispositivo se refiere directamente a una relación jurídica o a un derecho. Sus especies más importantes son la enajenación, el gravamen real, la modificación (en sus sujetos o en su contenido) y la renuncia de derechos. No son dispositivos ni la adquisición o ampliación del derecho, ni la asunción y liberación de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deudas. Cualquier derecho o relación jurídica puede ser objeto del acto de disposición.

Antepone al concepto dispositivo el de negocio obligatorio. Ambos implican una pérdida y, como consecuencia, una atribución patrimonial en favor de otra persona. Pero mientras el acto dispositivo constituye una modificación del activo, el obligatorio significa un aumento del pasivo sin que por ello el activo resulte alterado directamente. El acreedor, en este caso, no adquiere derechos sobre elementos determinados del patrimonio del deudor y, aun en la hipótesis de que una cosa componente del mismo sea el objeto del crédito, éste no relaciona al acreedor con la cosa sino con la persona del deudor y su patrimonio.

Stolfi distingue los actos de simple administración, de aquellos que exceden la administración ordinaria. Estos alteran el patrimonio en su composición actual; aquéllos conciernen a los frutos o rentas y no implican pérdida o disminución del patrimonio.

Castán Tobeñas y Enneccerus agregan el elemento voluntariedad y conceptúan al acto de disposición como aquel que produce la pérdida o modificación de un derecho basado en la voluntad de una persona y, por lo tanto, es un negocio jurídico.

Es evidente la dificultad que existe para formular un concepto inequívoco del acto de disposición. No obstante, la doctrina argentina nos brinda algunas pautas importantes que sirven para formular o construir una noción bastante clara del mismo.

Ante todo, se coincide en general con Guastavino en que no es suficiente analizar los aspectos intrínsecos del acto (si importa una pérdida de un derecho con la correlativa adquisición para otro sujeto, si se extingue un derecho y nace otro, etc.), sino que es necesario analizar además algunos elementos extrínsecos, como las circunstancias que rodean al acto, las características del patrimonio a que se refiere, la habitualidad o profesión del sujeto que lo realiza, etc.

También, y con respecto al instituto que nos ocupa, podrá servir el criterio teleológico. Así, aunque haya dudas en cuanto a la naturaleza intrínseca del acto, si el fraude familiar está totalmente descartado, la exigencia del asentimiento conyugal será sobreabundante.

Ha sido Orgaz quien nos ha brindado las pautas objetivas más importantes en esta materia. Hace una triple clasificación de los actos: a) Acto conservatorio es aquel que, importando o no una enajenación, sólo tiende a preservar un valor patrimonial en peligro; b) De administración, es aquel que, importando o no una enajenación, además de conservar el capital tiende a hacerle producir los beneficios que normalmente puede producir de acuerdo a su naturaleza y destino, y c) De disposición es aquel que, importando o no una enajenación, altera o modifica sustancialmente los elementos componentes del capital o compromete su porvenir por largo tiempo.

Perfilado así el concepto de acto dispositivo, es de importancia destacar que la exigencia del asentimiento conyugal está referida a la disposición por actos jurídicos y no a la disposición material o de hecho.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Agrega Guastavino que la disposición por actos jurídicos debe limitarse a los actos entre vivos, dado que el régimen de los actos de última voluntad tiene normas especiales que exigen la unipersonalidad en la disposición.

Adelanta la importancia que tiene distinguir dentro del concepto de disposición por actos jurídicos entre vivos, la realizada por actos jurídicos ordinarios y la realizada mediante actos jurídicos procesales. En efecto, cabe preguntarse si es exigible el asentimiento conyugal para realizar actos procesales que objetivamente signifiquen disposición sobre los bienes determinados en la norma, o si el control judicial puede considerarse suficiente y dispensar la presencia del otro cónyuge, etc.. Lamentablemente, la extensión de este estudio y la necesidad de estudiar algunas implicancias notariales del instituto nos obligan a dejar este interesante tema.

B) Con respecto a los bienes. En este punto la redacción del artículo ofrece menos dificultades de interpretación; no obstante algunos interrogantes se nos plantean. Es necesario distinguir entre bienes gananciales y propios ya que los requisitos legales difieren:

1. Gananciales. El art. 1277 nos habla de tres clases de bienes: a) Inmuebles; b) muebles, y c) derechos. Se recepta además la moderna doctrina tripartita en cuanto a la calificación de los bienes, basada en la entidad económica de los mismos. Así, con respecto a las dos últimas categorías le agrega la calificación de registrables. Con respecto a la expresa mención de los derechos, se justifica porque la clasificación de muebles e inmuebles para nuestro Código Civil se refiere a las cosas únicamente.

Con relación a los inmuebles, y al no distinguir el artículo, se entienden incluidos en la exigencia todas sus especies (inmuebles por su naturaleza, por accesión física o moral y por su carácter representativo). Es con respecto a los muebles y derechos registrables que se ha planteado una duda, referida a si la calificación de registrables se refiere solamente a los muebles o a ambas especies de bienes. Ella se plantea por la conjunción "o" que separa los términos "derechos" y "muebles". En efecto, la función disyuntiva de la conjunción "o", pareciera indicar la primera de las soluciones, es decir que la exigencia se refiere a toda clase de derechos, registrables o no. Pero esto no debe llamarnos a engaño; la redacción de la ley 17711 está plagada de errores de construcción gramatical que originan sendos problemas de hermenéutica. Es preferible por esto utilizar los métodos o criterios sistemático y teleológico.

En este sentido, es dable destacar que la reforma ha querido prevenir el fraude familiar con relación a elementos del patrimonio de cierta significación económica. De allí que la exigencia se refiere a inmuebles y muebles registrables. Por eso también exige actos de disposición y no de administración. Si realmente hubiera querido extremar la protección,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no existirían dichos límites.

Otros interrogantes planteados por la redacción del art. 1277 son los siguientes: ¿a qué tipo de registros se refiere, a los públicos solamente o también a los privados?. ¿El término leyes está utilizado en sentido material o en sentido formal?. ¿Se trata de leyes nacionales o provinciales?. ¿La expresión "en forma obligatoria" quiere significar que se refiere a los registros constitutivos o a los declarativos también?.

Entendemos que en este caso no es dable distinguir si la ley no distingue. Por otra parte, la registración de los actos, documentos o derechos se exige, por lo general, cuando ellos representan valores económicos considerables. Nuevamente la ratio legis de la exigencia nos orienta a opinar que debemos en este sentido el criterio más amplio y exigir el asentimiento del cónyuge no titular cuando se trate de un acto de disposición de cualquier bien ganancial registrable, sin distinción de ninguna especie.

2. Bienes propios. El art. 1277 únicamente exige el asentimiento del cónyuge no titular en el caso de que se trate de un acto de disposición de un inmueble con respecto al cual deben concurrir estos dos requisitos: a) que esté radicado allí el hogar conyugal, y b) que existan hijos menores o incapaces. Se descartan así otros supuestos, como por ejemplo la existencia de cónyuge demente o incapacitado físicamente, etc..

C) Caso especial: Transformación y fusión de sociedades de personas.

Son escasos los problemas de hermenéutica que suscitan estos dos actos. Uno de los más importantes sería determinar qué sociedades son de personas, debido a la conocida discrepancia doctrinaria. De cualquier manera pueden darse pautas bastante seguras en este aspecto. Asimismo los actos de fusión y transformación de sociedades están perfectamente definidos por la doctrina y jurisprudencia del derecho societario.

No es nuestro propósito ahondar en este problema por las razones ya apuntadas, pero adelantamos nuestro apoyo a la crítica de Games con relación a estos dos actos. Es muy grande el error técnico - jurídico en que ha incurrido el legislador al exigir el asentimiento conyugal para dar eficacia a un acto de un tercero completamente ajeno a la sociedad conyugal en cuanto a la titularidad de los bienes y a su régimen de administración y disposición. En efecto, en el estado actual de la legislación, doctrina y jurisprudencia del derecho societario, nadie puede dudar de la calidad de sujeto jurídico atribuida a las sociedades, distinta a la personalidad de cada uno de los miembros que las componen y siendo inconfundibles sus respectivos patrimonios. De allí que consideramos injustificable la exigencia para dos actos decididos y ejecutados por los órganos de un ente distinto y ajeno a la sociedad conyugal (31 bis)(543).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

V. VENIA JUDICIAL SUPLETORIA

El artículo 1277 Cód. Civil prevé la posibilidad de suplir la falta de asentimiento conyugal por un pronunciamiento judicial en dos casos, cuyos supuestos y condiciones legales difieren:

a) Bienes gananciales. Con respecto a ellos se exige la negativa del cónyuge asentidor, sin justa causa. Cabe preguntarse entonces si quedan descartados los supuestos de imposibilidad de expresarse, como la ausencia o la demencia del asentidor, por ejemplo. Por los términos del artículo parecería que ella es así efectivamente, dado que se refiere a la previa negativa ya que el juez podrá otorgar la venia, previa audiencia de las partes. Sin embargo, la ratio legis de la exigencia, precaver el fraude conyugal, autorizan a sostener la solución contraria. Así lo entendió la Cámara Civil de la Capital Federal, sala D, en un fallo confirmatorio del de primera instancia en un caso de ausencia del cónyuge asentidor. Resumiremos los fundamentos: 1) Si el juez puede autorizar el acto, a pesar de la formal oposición del cónyuge, con mayor razón puede hacerlo cuando éste está ausente. 2) Las leyes sientan principios generales y es función del intérprete determinar su sentido y alcance, que no se agota en la fórmula gramatical del precepto. La aparente claridad de la ley no excluye su interpretación cuando, confrontada con el ordenamiento general, su texto no alcanza a cubrir otras situaciones que deben quedar bajo su amparo. En esos casos corresponde interpretarla en el sentido que mejor responda a la realización de sus fines. 3) Esta interpretación del art. 1277 es congruente con los arts. 59 y 60 de la Ley de Matrimonio Civil (32)(544). Otro punto no debidamente aclarado por el artículo es qué se considera justa causa de la negativa, o en su ausencia, del fundamento del juez para negar la autorización. Así, Ramos, transcribiendo palabras de Bonet Ramón, interpreta que el juez debe llegar al convencimiento de que el acto no constituye una amenaza grave para la sociedad conyugal o, al menos, que el mismo presenta una evidente utilidad o conveniencia. El perjuicio podrá derivar del acto en sí, de las circunstancias que lo rodean, por la inversión que el marido proyecte realizar con lo que obtenga a cambio, etc.. No es necesario tampoco que se trate de un perjuicio económico sino que un perjuicio moral también puede justificar la oposición (33)(545).

Evidentemente, por esta vía se puede trastocar la naturaleza jurídica del asentimiento y convertirlo por medio de la venia judicial supletoria en una verdadera facultad dispositiva. Nuevamente debemos recurrir a la interpretación teleológica de la norma para oponernos terminantemente a tal conclusión. El fin de la exigencia es evidentemente tuitivo, pero tuitivo del fraude uxoris, no de la incapacidad comercial del cónyuge titular ni de sus desvíos morales. No creemos que la reforma haya querido con esta facultad judicial preservar la moralidad de los cónyuges y asegurar la utilidad efectiva en sus negocios.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ambas posiciones fueron expuestas ya en los estrados judiciales en un caso que reseñaremos: Una mujer, separada de hecho de su esposo, solicitó ante la negativa de éste, la venia judicial para hipotecar un inmueble adquirido por ella luego de su separación; el marido se opuso invocando que se había lesionado su honor dado que ella vivía en concubinato adulterino. El juez de la Instancia entendió que se daba en este caso la justa causa en la oposición marital dado que la venia contribuía a consolidar la unión ilegítima, cosa que no puede otorgarse sin lesión al honor del marido. Felizmente, el tribunal de alzada revocó dicho fallo sosteniendo que la oposición marital era injustificada dado que el gravamen se otorgaría en garantía de un crédito bancario que tenía como fin edificar una vivienda, lo que acrecentaría el valor del bien (34)(546). En consecuencia, agregamos, la posibilidad de fraude era inexistente.

b) Bienes propios. La posibilidad de la venia judicial con respecto a los actos de disposición de bienes propios, siempre que se den los requisitos tratados en su lugar, está a su vez limitada. Así, el juez podrá otorgarla siempre que el bien fuere prescindible y no resultare comprometido el interés familiar.

Con referencia a este supuesto, el artículo no aclara ante qué circunstancias el juez deberá entender en el caso, o sea si se requiere la negativa previa del cónyuge asentidor o no. Efectivamente, en este párrafo del art. 1277 no se encuentran las aludidas expresiones del primer párrafo in fine. ¿Quiere decir ello que no es necesaria la oposición previa del cónyuge asentidor?. Creemos que no, que en los casos en que éste se encuentre presente debe ser escuchado, por exigirlo así la garantía constitucional de la defensa y una interpretación sistemática del artículo en su contexto general. El fin protector de la exigencia también abona esta solución, ya que la presencia del cónyuge no titular y la necesidad de oírlo pondrán al juez en situación de avaluar mejor las circunstancias del caso. Para los casos anormales de imposibilidad de expresarse, caben las consideraciones efectuadas en el mismo sentido para los bienes gananciales.

En cuanto a la justa causa de la negativa, aquí está restringida, pese a la formulación equívoca del párrafo aludido. En efecto, nos preguntamos: ¿Qué se debe entender por interés familiar?. Creemos que esta expresión debemos concordarla con los dos requisitos de la exigencia, o sea que el bien propio sea sede del hogar conyugal y que haya hijos menores o incapaces y con la prescindibilidad del bien requerida por este párrafo.

En consecuencia, entendemos que el interés familiar resultará comprometido únicamente cuando el bien sea el asiento del hogar conyugal habiendo hijos menores o incapaces y dicho bien fuera imprescindible a esos efectos. Sería incongruente que la ley imponga requisitos tan rígidos para que el titular de un bien propio necesite del asentimiento de su cónyuge para disponerlo y pudieran ellos ser

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obviados por el rechazo del juez ante cualquier interés que no sea el expresado.

No debemos olvidar que se trata de un bien propio y que se está restringiendo la facultad dispositiva a su titular. De allí que los requisitos para ello sean tan rígidos. Por otra parte, de la formulación de los mismos se concluye que el fin de la exigencia es preservar el techo de los hijos menores o incapaces, dado que se han dejado de lado supuestos de gran trascendencia como la existencia de cónyuge demente o incapacitado físicamente no habiendo hijos menores o incapaces.

Nuevamente debemos llamar la atención sobre la posibilidad de evitar las exigencias legales para el asentimiento, mediante estas interpretaciones amplias de la facultad judicial supletoria.

VI. EXPRESIÓN DEL ASENTIMIENTO

Podemos afirmar que no hay discrepancias doctrinarias en lo que se refiere a la oportunidad en que debe prestarse el asentimiento. Sí existen en cuanto a la extensión del mismo, o sea si es posible el otorgamiento de un asentimiento general o es imprescindible que lo sea con relación a un negocio determinado. También en cuanto a su forma, es decir si puede ser expreso o tácito, por instrumento público o privado e incluso verbalmente.

Ante todo debemos destacar en este sentido, el error generalizado en la doctrina de confundir este instituto con el mandato, cuando él se presta en forma previa al acto dispositivo.

Así, Llambías entiende que no puede recurrirse al poder general porque según el art. 1880 Cód. Civil, éste no comprende sino los actos de administración (35)(547).

Asimismo Guastavino aplica las disposiciones del Cód. Civil con respecto al mandato y distingue: a) Mandato para que el mandatario disponga de bienes del mandante. Puede ser otorgado a favor del cónyuge no titular. Este representará al titular y prestará personalmente y por derecho propio el asentimiento. Es válido y no se opone a ningún texto legal. b) Mandato del cónyuge asentidor a favor del titular para que éste exprese en su nombre el asentimiento. Es también válido e, inclusive, si es especial y referido a un negocio concreto y limitado en el tiempo, puede ser irrevocable aplicando el art. 1977 Cód. Civil. c) Mandato general sin determinación del negocio ni limitación de tiempo, otorgado por el asentidor a favor del titular, para que en su nombre preste el asentimiento. Si son irrevocables, no son válidos por prohibirlo el citado art. 1977 y por importar una renuncia. Si son revocables, ninguna norma legal los prohíbe, pero el espíritu legal de prevenir efectivamente el fraude uxoris abona la solución contraria (36)(548).

Belluscio Y Games son más estrictos aún. A las consideraciones aludidas agregan que es inaceptable que el mandatario propietario se dé a sí mismo el asentimiento, sin explicarnos las razones jurídicas o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

morales que fundamentan su aserto. El primero va más lejos aun cuando opina que si el propietario otorga poder a favor de un tercero para disponer, el cónyuge de aquél deberá asentir en el acto que otorgue éste en representación del mandante, o bien "consentir el otorgamiento del mandato" (37)(549). La confusión es evidente. Lo que se debe consentir, aceptando su terminología, es el acto dispositivo, no el mandato, y puede hacerlo en forma previa, concomitante o posterior al mismo.

También en este caso, del asentimiento posterior, atendiendo más al momento de su prestación que a la diferencia en la naturaleza jurídica de las instituciones se lo confunde con la ratificación y la confirmación. En efecto, ambos actos, al igual que el asentimiento posterior, subsanan un defecto del acto jurídico anterior haciéndolo perfecto, pero sus diferencias son decisivas.

Gattari, en un estudio comparativo de estas figuras, las destaca: La confirmación es acto del contratante (titular), debe efectuarse en documento similar al que contiene el acto confirmado y necesariamente debe ser expresa; el asentimiento es acto del cónyuge no titular, puede prestarse en otra clase de documento e, incluso, puede inducirse.

Con la ratificación difiere en que mientras ésta es acto del titular, hay sustitución de sujeto negocial y pluralidad de personas en relación jurídica (tercero - gestor - dueño), el asentimiento es acto del no titular, con él no se sustituye ningún sujeto y hay solamente dualidad de personas en relación jurídica (cónyuge titular y asentidor).

Destaca como diferencia fundamental con ambas figuras, la naturaleza vinculante negocial de éstas, al par que el asentimiento es una declaración de voluntad no vinculante (38)(550).

Lo mismo podemos apuntar respecto al mandato. Este es una declaración bilateral de voluntad que presenta los caracteres de vinculante y recepticia. El asentimiento es una declaración unilateral de voluntad que no presenta dichos caracteres por ser adhesiva e integradora de otra: la del dominus negotii.

Determinados los perfiles del asentimiento, corresponde tratar la citada divergencia doctrinaria.

El Instituto Argentino de Cultural Notarial entiende que no es objetable un asentimiento general y que, efectivamente, cabe considerarla como una renuncia a los derechos del cónyuge. Pero, además del apoyo de la doctrina en los países con disposiciones similares, contienen sus miembros que tal renuncia tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 19 Cód. Civil por incidir sobre un interés puramente individual y no estar prohibida su renuncia en forma expresa (39)(551).

Es cierto que el fin de la existencia se puede desvirtuar con un asentimiento previo y general, pero no debemos olvidar que es esencialmente revocable, pudiendo el cónyuge asentidor retomar el control que la ley le posibilita. A este argumento se contesta que el acto revocatorio llegará generalmente tarde, pero creemos que esta posibilidad escapa a la función normativa (general y abstracta de la ley) En estos casos, además, le queda al cónyuge defraudado la posibilidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de intentar las acciones ordinarias en defensa de su interés.

Con respecto a su forma, al no establecer la ley un régimen especial, se deben aplicar los principios y reglas generales con respecto a la forma de los actos jurídicos establecidas en el Cód. Civil. Así, como principio, rige la libertad de formas. Consecuentemente, puede darse verbalmente o por escrito, por instrumento público, privado, etc..

La mayoría de los autores que tratan el tema, opinan que siempre el asentimiento debe prestarse en documento similar al del negocio a que accede. Esto, en la práctica, se ha de dar en la generalidad de los casos debido a que por la importancia económica de los actos que requieren el asentimiento, la forma de la escritura pública será impuesta por la ley o la voluntad de las partes. En ambos casos, en virtud del art. 1184, inc. 10º Cód. Civil, se requerirá la escritura sin ninguna duda.

Pero ello no debe hacernos perder la perspectiva desde la cual encaramos el tema, porque no solamente los contratos que deben formarse por escritura pública, ya sea como forma legal o paccionada, constituyen actos de disposición de bienes registrables. En este sentido, y salvo los casos enunciados, reiteramos que deben aplicarse las reglas generales en cuanto a forma de los actos jurídicos del Cód. Civil y, más general aún, las que versan sobre los modos de expresar la voluntad.

En consecuencia, cualquier forma es admisible. La cuestión de la eficacia probatoria de la forma elegida es otra cuestión que escapa a los límites de este estudio.

Cabe preguntarse entonces si es posible un asentimiento tácito. El art. 918 Cód. Civil determina que "la expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de esa voluntad en los casos en que no se exija una expresión positiva o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria.

En aplicación de estos principios, Gattari sostiene la viabilidad del asentimiento tácito poniendo algunos ejemplos en que tal asentimiento puede inducirse, a saber: a) Cuando el cónyuge no titular compra el inmueble enajenado por el titular sin su asentimiento; b) cuando facilita el dinero en hipoteca al comprador; c) si alquila, por contrato notarial, el mismo inmueble; d) si concurre a la entrega de la posesión, habiendo constancia notarial; e) si compra otro inmueble con el producto de esta venta; y f) si casa en segundas nupcias con el adquirente del primer esposo, etc. (40)(552).

Como ya dijimos, opinamos con Gattari en lo que se refiere a la aplicabilidad del principio enunciado. Pero nos parecen equivocados los ejemplos que pone, porque en todos los casos por él citados el asentimiento tiene forma indicada por la ley y debe expresarse por escritura pública. Por el contrario, el asentimiento tácito será viable cuando no acceda a un acto que por la ley o la voluntad de las partes requiera la escritura pública. Por ejemplo, si el cónyuge titular alquila un bien inmueble urbano por más de cinco años sin el asentimiento del cónyuge y éste, con posterioridad, acepta o asiente la publicación, adquiere la misma, otorga recibos como mandatario de su cónyuge,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

concorre a la entrega del inmueble, adquiere un bien manifestando en el documento respectivo que lo hace con dinero proveniente de aquella locación, etc..

Inclusive entendemos que del silencio del cónyuge asentidor puede inducirse el asentimiento si se dan los supuestos del art. 919 Cód. Civil, ya que éste es un caso en que aquél está obligado a expresarse por las relaciones de familia. Un ejemplo consiste en la no concurrencia a la citación judicial en un juicio por ejecución del crédito prendario constituido sin su asentimiento, o su silencio ante el interrogatorio judicial en el mismo caso.

CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

No hay discrepancias doctrinarias respecto a este tema. El asentimiento conyugal es una exigencia legal que hace a la eficacia plena del acto y su incumplimiento un acto prohibido por la ley. De allí su nulidad. Son aplicables, en consecuencia, las reglas generales del Cód. Civil en cuanto a las nulidades de los actos jurídicos. Así, si ella es manifiesta, el acto será nulo. Por el contrario, si el vicio está oculto, por falseamiento del estado civil del disponente por ejemplo, el acto será anulable.

Corresponde preguntarse si la nulidad es absoluta o relativa. Las consecuencias de la respuesta que se dé al interrogante son importantísimas. Basta mencionar que si la nulidad es absoluta el vicio es insubsanable, no se puede confirmar el acto y la acción respectiva es imprescriptible, puede, ser ejercida por cualquiera que tenga interés en ello e, inclusive, ser declarada de oficio por los jueces. Todo lo contrario ocurre con la nulidad relativa, que es confirmable, la acción es prescriptible, únicamente puede ser ejercida por el beneficiario de la protección legal y no puede ser declarada de oficio por los jueces.

La doctrina y la jurisprudencia han perfilado perfectamente ambas figuras. Así, se entiende que hay nulidad absoluta cuando al acto le falta algún requisito esencial de validez o es exigido en miras al interés general, mientras que es relativa cuando se ha omitido un requisito que hace a la eficacia plena del acto y la sanción es una protección a intereses puramente individuales.

Pues bien, congruentemente con la naturaleza jurídica del asentimiento (requisito de eficacia), y el fin de la ley al exigirlo (protección del fraude familiar), concluimos que su falta produce la nulidad relativa del acto, con las consecuencias señaladas.

No se ha previsto en la ley un término especial de prescripción de la acción de nulidad, por lo que, por tratarse de una acción personal, surge la aplicabilidad del art. 4023 Cód. Civil, que lo fija en diez años. Esto ha sido justamente criticado porque atenta contra la seguridad y estabilidad de los negocios, más aún, si se tiene en cuenta que el plazo comienza a correr desde el momento en que el actor tuvo conocimiento del vicio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VIII. IMPLICANCIAS EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL. PREDOCUMENTALES

En este tema queremos contestar los interrogantes planteados por el temario de la Reunión Notarial "25º. Aniversario" del Colegio de Escribanos de Entre Ríos para la Comisión Nº I, es decir, si es necesario solicitar certificado registral sobre la existencia de inhibición a nombre del cónyuge consentidor, y qué consecuencias tiene el informe afirmativo, o sea la constancia de inhibición a su nombre.

La solución estrictamente relacionada con el sistema de clasificación de los bienes en el matrimonio, con la naturaleza jurídica del sentimiento y con el régimen de separación de deudas en la sociedad conyugal regulado por los arts. 5º y 6º de la ley 11357, no derogados por la reforma.

Adelantamos que, con respecto al primer punto, la dificultad la encontraremos cuando la titularidad del bien esté en cabeza de un cónyuge por haberlo adquirido a su nombre y la facultad dispositiva del mismo bien se otorgue por la ley al otro. En los casos planteados por el citado temario, tenemos únicamente el supuesto de que un bien ganancial esté a nombre de la esposa y el origen es indeterminado o su prueba fuere dudosa. Fuera de ese límite, esa posibilidad puede darse en caso de que la administración de la sociedad conyugal pase a la mujer cuando es nombrada curadora de su marido, por interdicción, insania o sordomudez de éste o por haber sido condenado a prisión o reclusión por más de tres años, por ausencia o por fallecimiento presunto del marido y opción por parte de ella de continuar con la sociedad conyugal, etc..

El problema interpretativo se produce porque el art. 5º de la ley 11357 plantea posibilidades distintas respecto a la responsabilidad por deudas según los bienes pertenezcan a la mujer o al marido. En efecto, el artículo dice así: los bienes propios de la mujer y los gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que administre responden por las deudas de la mujer". A contrario sensu, los bienes propios de la mujer y los gananciales que adquiera responden por sus deudas mientras que los bienes propios del marido y los gananciales que él administre, responden por las suyas.

Consecuentemente, el principio es que resulta innecesario solicitar certificado registral a nombre del cónyuge asentidor, porque la inhibición de éste no afecta la validez ni la eficacia del acto dado que el bien responde por las deudas de su propietario. Pero existen importantísimas excepciones constituidas, como ya adelantamos, por los casos en que la ley atribuye la facultad administrativa y dispositiva al cónyuge no titular. En el caso concreto del 2º párrafo del art. 1276 Cód. Civil reformado, que atribuye tal facultad al marido, a pesar de que se trata de un bien ganancial a nombre de la mujer, si bien el origen es indeterminado.

Corresponde preguntarse entonces: ¿Quién puede obligar ese bien?. O expresado de otra manera: ¿Por las deudas de quién responde ese

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bien?.

La respuesta no puede darse sino como la formula Etchegaray: Ese bien responde por las deudas de la mujer por ser la titular, y por las del marido por ser el administrador. De allí su opinión, coincidente con la del Instituto Argentino de Cultura Notarial sobre la necesidad de solicitar el mencionado informe registral a nombre de ambos cónyuges, pero no porque en este caso haya codisposición como sostiene, sino porque la ley atribuye expresamente esa responsabilidad (41)(553).

Nuevamente debemos lamentar la solución que surge necesariamente de los textos legales. En efecto, es totalmente incongruente con el principio de la igualdad jurídica de ambos cónyuges y sus derivados, el de la administración separada de la sociedad conyugal y el de la separación de deudas, ya expuestos, pero mientras una jurisprudencia uniforme o una reforma legislativa orienten la solución contraria, entendemos que los bienes gananciales a nombre de la mujer, sin constancia del origen del dinero, responden por las deudas de ambos cónyuges y, por lo tanto, para autorizar un acto de disposición sobre dichos bienes por acto notarial debe el notario solicitar el citado certificado registral a nombre de ambos cónyuges.

Consecuentemente con lo hasta aquí expresado, reseñaremos los distintos supuestos que integran el citado temario:

a) Bienes gananciales a nombre del esposo, con o sin constancia del origen del dinero. La facultad administrativa y dispositiva corresponde al marido, responden únicamente por sus deudas y se debe solicitar certificado a su nombre solamente.

b) Bienes gananciales a nombre de la mujer. En este caso corresponde distinguir: 1) Con constancia del origen del dinero. La administración y disposición corresponden a ella, responden únicamente por sus deudas y se debe solicitar certificado a su nombre solamente. 2) Sin esa constancia. La administración y disposición corresponden al marido. Responden por las deudas de ambos y se debe solicitar certificado a nombre de ambos.

c) Bien propio de cualquiera de ellos, sede del hogar conyugal, habiendo hijos menores o incapaces. La administración y disposición corresponden al titular, responde por las deudas de éste y se debe solicitar certificado a su nombre solamente.

En cuanto al concepto de origen determinado y sus efectos con relación a estas consecuencias notariales predocumentales; ya fueron tratados. Solamente resumiremos nuestra opinión. En una interpretación sistemática del contexto general del art. 1276 Cód. Civil, entendemos que la expresión "origen determinado" se refiere a la constancia de cómo le correspondió el dinero o el bien objeto de la contraprestación a cargo del adquirente. Ese origen puede ser cualquiera de los títulos por los que un bien entra en la categoría de ganancial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La determinación indudable de ese origen, o la falta de ella, tienen los efectos ya distinguidos con respecto al régimen de administración y disposición de los bienes y a la posibilidad de responder ellos por las deudas de uno u otro cónyuge.

Corresponde ahora responder sobre la actitud que debe tomar el escribano ante un certificado registral que informe sobre inhibiciones registradas a nombre del asentidor. Insistimos en que el único caso en que podrá darse tal supuesto es el de un acto de disposición de bien ganancial a nombre de la esposa sin la constancia antedicha. En este aspecto, conocemos varias soluciones que la práctica notarial ha consagrado para que, a pesar de la traba legal para disponer que constituye la inhibición, el negocio nazca con un grado de seguridad superlativo. Tal vez el tratamiento de ellas en el seno de la comisión respectiva signifique uno de los resultados prácticos más provechosos de las reuniones científicas que se avecinan.

En la imposibilidad de utilizar esos expedientes, se impone que el notario niegue su intervención. Está en juego su responsabilidad civil, penal y profesional y, lo que es más grave aun, no se cumple el fin fundamental de su función: brindar seguridad jurídica.