

PROBLEMÁTICA DEL ASENTIMIENTO GENERAL

CARLOS A. PELOSI

SUMARIO

I. Validez del asentimiento general. - II. Poder a favor del cónyuge para expresar el asentimiento. - III. Poder y asentimiento general.

I. VALIDEZ DEL ASENTIMIENTO GENERAL

Es éste el primer fallo, de que tenemos noticia, que se pronuncia sobre la validez del asentimiento conyugal otorgado a priori y en forma general. Es categórico el voto del doctor Solari Brumana cuando expresa que una autorización en abstracto y en forma genérica importaría una burla al artículo 1277 del Código Civil. La única razón en que fundamenta su tesis gira en torno a un problema de singulares y plurales en las expresiones del mencionado artículo 1277, lo que revela, a su juicio, que la autorización debe ser para cada caso determinado.

Por lo menos en esta ocasión se da un motivo para defender el criterio que inexplicablemente se ha generalizado en la doctrina argentina, que sin argumentos valederos pugna por acordar al artículo 1277 un alcance que no se compadece con la realidad y dinámica de los negocios jurídicos ni con los propósitos de la reforma introducida por la ley 17711, que fue acordar plena capacidad jurídica a ambos cónyuges y no incapacitar a alguno de ellos por motivos circunstanciales (verbigracia: viaje de uno de los consortes)

Pero ya se impone decir que la cuestión gramatical o interpretación literal utilizada se rebate fácilmente señalando que el artículo debió expresar concretamente que el consentimiento o autorización que requiere la norma sólo puede acordarse para cada caso u operación en particular, como lo dispone el artículo 1684, inciso 1º, del Código Civil de Portugal de 1966, único país donde por efecto de tal disposición se reputa ineficaz el asentimiento prestado en forma genérica.

La Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, que según lo hemos manifestado con anterioridad se distingue por ser uno de los pocos tribunales judiciales del país que demuestra en sus decisiones cabal conocimiento de las cuestiones relacionadas con la actividad notarial, nos trae, con este fallo, verdadera angustia y el temor de que en esta materia el gobierno de los jueces dé lugar a problemas tan serios como los creados a propósito de las sociedades en comandita por acciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La falta de tiempo nos impide estudiar con amplitud el asunto y, sobre todo, rebatir las consideraciones que se han venido esgrimiendo para impugnar los consentimientos generales. En cuanto nuestras ocupaciones lo permitan nos aplicaremos al asunto, ampliando los razonamientos que ya hemos expuesto, salvo que el propósito, como otros, quede frustrado por motivos ajenos a nuestra voluntad.

Por lo pronto debemos decir que no es cierto, según lo afirma De Ambrosio(1)(152), que en el terreno doctrinario se han pronunciado por la validez del asentimiento anticipado general solamente Spota y el autor de esta nota. Lo han hecho también el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Capital, al aprobar un meduloso dictamen del escribano Julio Martínez Perri(2)(153); la XII Jornada Notarial Argentina realizada en Resistencia, Chaco, en octubre de 1968(3)(154); el doctor Aquiles H. Guaglianone(4)(155); el doctor Oscar A. Borgonovo(5)(156) y todos los componentes del Consejo Académico del Instituto Argentino de Cultura Notarial (6)(157).

Como lo dejamos expresado, trataremos de examinar en un próximo trabajo las razones invocadas por los que no aceptan la posibilidad de otorgar con carácter general y previo, el asentimiento conyugal.

Por ahora recordaremos tan sólo que en España, a pesar de que el marido continúa siendo el administrador de la sociedad conyugal, no existe reparo alguno para proceder de esa manera. Claro está, como nos informara oportunamente Núñez - Lagos, después de sancionada la ley de 24 de abril de 1958, modificatoria del artículo 1413 del Código Civil, los teóricos propugnaron la invalidez de los consentimientos generales. Los notarios hicieron caso omiso de esa interpretación y hoy tiene recibo indiscutible el concepto impuesto por la práctica profesional. En nuestro país la reforma de 1968 ha consagrado la igualdad jurídica de los cónyuges, y si con ideas embebidas en criterios antiguos se alega que el asentimiento obedece al propósito de evitar el fraude a la mujer (con lo que de hecho se está reconociendo que no está en condiciones de tener tal capacidad), cabe preguntar si cuando el que debe prestar la manifestación de conformidad es el marido, también se procura evitar el fraude a éste.

La interpretación literal que se ha hecho en el fallo transcrito carece, en nuestro modesto entender, de consistencia. Es lógico que el precepto legal hable de "hogar conyugal" (¿es que se puede tener más de uno?), de "acto" y de "justa causa", porque la autorización judicial supletoria debe gestionarse para cada caso concreto, desde que se trata de una situación totalmente diferente a la que puede consentir el cónyuge, con carácter general. Además, de llevar a sus últimas consecuencias ese cartabón interpretativo, habría que concluir que un consentimiento prestado para dos actos jurídicos también sería inválido, no obstante ser patente su especialidad.

II. PODER A FAVOR DEL CÓNYUGE PARA EXPRESAR EL ASENTIMIENTO

Vamos a pasar por alto la incomprensible confusión o asimilación que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hacen algunos autores entre consentimiento y poder.

El asentimiento puede ser coetáneo al acto jurídico formalizado por el cónyuge titular o anterior a él. El cónyuge que asiente puede emitir su declaración de voluntad en tal sentido directamente o por medio de apoderado, pues la representación comprende toda clase de actos, incluso los no negociables. Así lo reconoce Games(7)(158) con apoyo de los artículos 1869, 1870, 1872, 1889 y 1894/95 del Código Civil.

El poder puede ser conferido a favor de un tercero o del propio cónyuge sujeto del negocio, que de tal suerte actuará en nombre propio para celebrar el acto jurídico respecto del bien de que es titular y en nombre de su consorte para declarar el asentimiento requerido por el artículo 1277 del Código Civil.

Nada obsta a que el cónyuge titular actúe en representación del otro para prestar el consentimiento con el acto jurídico que él realiza si ha sido investido de facultad suficiente para ello y el mandato se ajusta a los requisitos de forma exigibles. No compartimos, por consiguiente, la opinión de Games(8)(159), que no puede darse poder al cónyuge disponente por aplicación de los artículos 1907 y 1908 del Código Civil, ni la de Belluscio(9)(160), que usa también la muletilla de que quedaría desvirtuado el propósito de la ley si se aceptare que el cónyuge propietario se diese a sí mismo el consentimiento como mandatario de otro.

Esos y otros argumentos análogos subestiman principios esenciales del derecho privado. Por lo pronto, significa desconocer las características del fenómeno representativo, por cuanto en la representación se actúa en nombre del representado, sujeto del interés. Además, los escribanos, que están habituados a utilizar la figura del llamado "contrato consigo mismo" saben en qué condiciones es posible la actuación de un sujeto con doble representación o actuando por sí y en nombre de otro. Adviértase que la declaración de consentimiento no es comercial y, si como lo reconoce Borda(10)(161) y la más autorizada doctrina lo esencial es que el cónyuge no titular esté conforme con el acto jurídico que celebra el otro, al menos, tratándose de un poder especial para un solo negocio, al que son tan afectos algunos autores, el solo hecho de conferir poder, aunque sea al cónyuge, para que cumpla con el requisito de emitir el consentimiento al tiempo de formalizarse el acto jurídico, está documentando en forma indubitable esa conformidad y el poder sólo sirve para cumplir más satisfactoriamente el requisito, con relación a terceros, habida cuenta de tantas disquisiciones teóricas.

De lo expuesto se sigue que consideramos objetable el poder general para declarar el consentimiento, y lo que debe otorgar el cónyuge asentiente es el asentimiento mismo, sin el añadido de poder que, por razones de excesivo celo profesional, algunos escribanos vienen instrumentando conjuntamente, toda vez que, según lo hemos dicho, exteriorizado en documento idóneo la expresión de conformidad con determinado negocio ya se ha observado la formalidad exigida por la ley y, en el momento de celebrarse el acto jurídico, es suficiente la mención

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o referencia del documento que contiene dicha conformidad, sin necesidad de reproducirla.

III. PODER Y ASENTIMIENTO GENERAL

La sentencia que nos ocupa discrimina perfectamente entre autorización y mandato.

Asimismo se llega a conclusiones acertadas respecto del alcance que debe atribuirse a la escritura otorgada el 18 de mayo de 1970, que se transcribe en el fallo.

Es casi evidente que en esa escritura se quiso instrumentar un asentimiento general o, según el criterio judicial, "una indebida venia conyugal in genere", pero defectos de redacción lo transformaron en un poder para emitir, en el futuro y en cada caso, el consentimiento, porque si la "venia" se otorga para que el esposo "expresé su consentimiento en todas las escrituras públicas, escritos y documentos que fuere menester y relacionados con compraventa e hipotecas, sobre inmuebles ubicados en todo el territorio del país", se está requiriendo al cónyuge apoderado, sujeto de la voluntad, una actividad jurídica para que en nombre de la mandante manifieste, en cada operación, su voluntad de asentimiento, equivalente a la declaración que hubiera hecho aquélla si actuaba en nombre propio.

Según nuestro punto de vista, y al margen del concepto que pueda merecer a los magistrados el otorgamiento de un asentimiento general anticipado, la declaración de conformidad con los actos jurídicos de compraventa e hipotecas debió reflejarse en la escritura antes mencionada, sin perjuicio de conferir el poder al esposo para que en cada oportunidad la reprodujera. Esto último lo aceptamos solamente por los equívocos provenientes de la inteligencia que el consentimiento debe acompañar al acto jurídico de que se trate, y de ahí que el recurso consiste en conferir el poder a los efectos señalados.

Pero no coincidimos con la dialéctica del fallo en que debe considerarse un mandato general en razón de que las facultades otorgadas en la escritura son típicas y propias de un mandato de ese tipo, y menos podemos aceptar que la autorización que en ella se pretendió acordar se refiere a "compras de inmuebles", ya que el texto documental habla de "compraventa" de inmuebles, que es la única y correcta designación del contrato que define el artículo 1323 del Código Civil.

Si es admisible la repulsa a las autorizaciones o asentimientos en forma genérica, porque en el ámbito doctrinario las opiniones encontradas sirven para la construcción de teorías y para el progreso de la ciencia del derecho, no parece plausible una exégesis carente de apoyo en la letra y en el espíritu de la escritura.

Hay mandato y no asentimiento, pero mandato para hacer constar la conformidad del cónyuge - lo que es objetable - y no un mandato general. Ello así, porque las facultades consignadas - dentro de una redacción no muy depurada - son las relacionadas con los documentos y actos en que el consorte apoderado debe hacer constar, en nombre de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

su esposa, el consentimiento prescripto por el artículo 1277 del Código Civil.

Además, y esto es fundamental, el cónyuge titular no ha menester mandato general ni especial del otro para disponer o gravar de los bienes gananciales.

De modo, pues, que, dejando siempre a salvo los defectos de redacción que puedan imputarse a la escritura de constitución de la hipoteca, si sobre la base de la otra escritura antes referida, el mandatario titular del dominio contrató el mutuo hipotecario que se ejecuta, de ninguna manera lo hizo por derecho propio y en nombre y representación de su esposa, a la que obligó como codeudora solidaria, justamente por aplicación del artículo 1946 del Código Civil que se invoca, pues el mandato no lo autorizaba para ello y más bien hay que atenerse a las reglas contenidas en Los artículos 1884, 1905 y 1934.

En la escritura de constitución del mutuo hipotecario se expresa con claridad que el señor Maffei comparece por sí y en nombre de su esposa, en mérito del poder que le otorgara a efecto de dar cumplimiento a lo prescripto por el artículo 1277 del Código Civil. ¿Cómo puede, entonces, inferirse que ese poder habilitaba al apoderado o tenía por objeto obligar al cónyuge a las resultas del mutuo? Y si, como se desprende de los términos del fallo, el poder de que se trata fue traído al proceso seguramente como medida para mejor proveer, ¿no resulta claro que se confirió poder únicamente para declarar en nombre de la mandante el consentimiento o autorización?

Y por último, ¿en qué lugar de ese poder se acuerda facultad al mandatario para tomar dinero prestado en nombre de la representada y para constituir el derecho real de garantía? (art. 1881, incisos 9 y 15, del Cód. Civil).