

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

*EFICACIA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO GENERAL
ANTICIPADO(*) (1420)(**)*

GUIDO BERMAN KAHN, MARÍA JULIA DEMARCO, JAIME GIRALT
FONT, HÉCTOR JORGE ROSSO, GEORGINA TILKIN

SUMARIO

I. Motivos determinantes de la elección del tema. - II. Naturaleza jurídica

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del consentimiento. - III. Carácter tuitivo del artículo 1277. Consecuencias. - IV. Diferencias entre mandato y consentimiento. - V. Momentos y formas de exteriorización del consentimiento. - VI. Consentimiento general y especial. - VII. Fundamentos de quienes niegan eficacia al consentimiento general anticipado. - VIII. Fundamentos que demuestran la validez del consentimiento general anticipado. - IX. Legislación comparada. - X. Conclusiones. Bibliografía.

I. MOTIVOS DETERMINANTES DE LA ELECCIÓN DEL TEMA

El consentimiento conyugal nació en Argentina como nuevo requisito de eficacia de determinados actos jurídicos con la reforma del Código Civil, introducida por el hoy decreto - ley 17711/68.

En el relativo breve lapso transcurrido desde entonces, se han realizado numerosos estudios sobre las distintas problemáticas que plantea dicho instituto. Especialmente el notariado ha exteriorizado su inquietud, profundizando diversos temas vinculados al asentimiento, como lógica consecuencia de su frecuente necesidad en el cotidiano quehacer profesional.

Esta circunstancia, además, hace que el escribano se constituya quizá en el profesional que más íntimamente vive los resultados - tanto los positivos como los pocos negativos - de la nueva exigencia legal.

Entre las soluciones halladas para paliar los últimos, se presenta la posibilidad de manifestar el consentimiento conyugal en forma general y anticipada, lo que es admitido por la mayor parte de la más calificada doctrina. No obstante ello, algunos prestigiosos tratadistas, cuya opinión no puede ser ignorada, han negado eficacia jurídica a esta manera de expresar el asentimiento requerido por el artículo 1277 del Código Civil. La muy escasa jurisprudencia referida específicamente al tema tampoco es favorable a la solución apuntada⁽¹⁾(1421), aunque debe señalarse que en la mayoría de los fallos conocidos se advierte una poca clara diferenciación entre consentimiento general y poder general, figuras que si bien ostentan algunos matices coincidentes, son en realidad totalmente distintas.

Porque creemos - con todo el respeto que nos merecen quienes sostienen lo contrario - que los argumentos esgrimidos para impugnar la viabilidad del consentimiento general anticipado son sumamente vulnerables, se intentará demostrar en este trabajo, sobre la base de fundamentos exclusivamente jurídicos, su plena eficacia.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO

1. - Sería obvio recalcar la abundancia de literatura jurídica sobre el tema. Su tratamiento exhaustivo excede los límites de este trabajo, al igual que la mera pretensión de brindar un aporte que pueda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

considerarse novedoso a la doctrina existente, producto del esfuerzo de notables tratadistas, tanto nacionales como extranjeros.

Diremos, sí, que varias han sido las posiciones adoptadas y las soluciones propuestas⁽²⁾(1422), de las que no pretendemos hacer - otros lo han hecho con mayor idoneidad - ni una completa enumeración ni un análisis crítico. Empero, debemos recalcar que de ese cúmulo de opiniones se delinearón finalmente dos, que entendemos absorbieron a los sectores mayoritarios en debate.

Por un lado quienes entienden que ambos cónyuges deben intervenir como parte en el negocio (teoría de la codisposición). Por el otro, los que sostienen que el cónyuge no disponente se limita a prestar su conformidad respecto del acto que el otro ejecuta (teoría del asentimiento).

La adhesión a la teoría del asentimiento es sustentada por la mayoría de la doctrina⁽³⁾(1423), desde que el Instituto Argentino de Cultura Notarial y autores como Pelosi y Ascúa, entre otros, se han encargado de señalar tanto los argumentos a favor de la misma como las incoherencias que resultarían de adoptar la teoría de la codisposición. Y acertadamente, además, han hecho notar los autores que ésta dista mucho de ser una mera cuestión teórica. Por el contrario, sus alcances prácticos son innegables. Baste a título de ejemplo, tener en cuenta que si ambos cónyuges codisponen, habría que pedir certificación de inhibiciones por el no titular, y que éste respondería por evicción, además de que sus acreedores podrían solicitar la revocación del acto, etc.

2. - En tanto que el consentimiento negocial - la mayoría de la doctrina (ver nota 3) se pronuncia en este sentido - constituye un elemento esencial del acto que se celebra y sólo compete al cónyuge titular, el consentimiento - asentimiento que prescribe el artículo 1277 es prestado por el cónyuge no disponente respecto del acto o negocio que el otro ejecuta y que se encuentra dentro del ámbito comprendido por dicho precepto. Consecuencia de ello es que el no disponente no adquiere derecho alguno sobre la contraprestación.

Al respecto escribe Gattari: "La iniciativa del negocio, el recibo de la contraprestación y su destino, la responsabilidad, sólo competen al disponedor legitimado por su titularidad singular... Mal puede codisponer el consentidor cuando no es sujeto negocial, no es parte en el negocio y no tiene legitimación procesal activa ni pasiva frente a la contraparte" (Gattari, Carlos N., Poder dispositivo de los cónyuges, pág. 34).

Vidal Taquini también hace notar que el no disponente brinda su asentimiento, "con la fundamental consecuencia que no adquiere ni administrará la contraprestación, pues respecto de él no se opera la subrogación real" (Vidal Taquini, Carlos H. "El régimen patrimonial del matrimonio y las Quintas Jornadas de Derecho Civil", La Ley, 146 - 1103).

3. - La disposición, entonces, compete al cónyuge titular y el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"consentimiento" al no titular. No existe, como hemos visto, disposición conjunta. Rodríguez Adrados, citado por Pelosi (Pelosi, op. cit.) considera que con el consentimiento conyugal no se consagra el "tanto monta tanto", sino que sólo ha disminuido la preponderancia marital. Trasladada esta concepción a nuestra República, se concluye que la exigencia del artículo 1277 constituye una verdadera limitación al poder de disposición del cónyuge titular.

Pero esta limitación impuesta por la ley no afecta la validez del acto para el que debe prestarse, sino que se trata de un requisito de eficacia del mismo. "No impide la producción de los efectos propios del negocio, aunque la vida de tales efectos es revocable y precaria" (Gattari, op. cit.). "El asentimiento es una declaración de voluntad receptiva que no es parte del negocio sino requisito de su eficacia" (Pelosi, op. cit.). Y escribe, a mayor abundamiento, Vidal Taquini: "En efecto, el consentimiento lo da el cónyuge titular, constituyéndose así en elemento esencial del acto. El no propietario brinda su asentimiento, que es elemento de eficacia..." (Vidal Taquini, op. cit.). Y es interesante hacer notar que este autor señala que sólo en este punto hubo total coincidencia en las V Jornadas de Derecho Civil que comenta(4)(1424). Entendemos que el alcance de esta aseveración está íntimamente ligado con la oportunidad en que debe prestarse el consentimiento, por lo que nos remitimos al capítulo respectivo.

4. - En general se ha dicho que la declaración del consentimiento es un negocio jurídico(5)(1425). Nosotros continuaremos en esta tesitura(6)(1426).

5. - El consentimiento conyugal, además, tiene la característica de ser autónomo, independiente, respecto del acto al que confiere eficacia. Se relaciona con él y marcadamente, por cierto, pero en ningún momento estas dos figuras (negocio jurídico dispositivo - negocio jurídico asentimiento) se confunden. Además, el consentimiento conyugal posee virtualidad propia. No podemos hablar de acto principal y acto accesorio, ya que se trata de actos independientes. Por lo tanto, tampoco rige el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En consecuencia, la invalidez del acto dispositivo no afecta la validez del consentimiento prestado para el mismo (conf. Falbo, Miguel N. en Estudios sobre la validez del consentimiento general anticipado).

6. - Por otra parte, es indudable la naturaleza receptiva que reviste el consentimiento. Esto es así en aras de la seguridad que debe imperar en el tráfico jurídico, debiendo imperar lo declarado cuando haya discordancia con la voluntad real del consentidor, salvo, es claro, los supuestos de vicios del consentimiento.

7. - En consecuencia, el consentimiento previsto en el artículo 1277 del Código Civil:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) Implica la conformidad del cónyuge no disponente respecto del acto que ejecuta el otro esposo.

b) Supone una limitación al poder de disposición del cónyuge titular.

Además su declaración:

a) Es un negocio jurídico independiente, con virtualidad propia y de naturaleza recepticia.

b) Sólo compete al cónyuge no titular.

c) Puede ser suplida por la autorización judicial.

III. CARÁCTER TUITIVO DEL ARTÍCULO 1277. CONSECUENCIAS

Evidentemente, el art. 1277 ha sido redactado teniendo en cuenta fines tuitivos. La pregunta que cabe formularse es a quién se tutela; ¿al cónyuge no disponente o a la familia? De la respuesta a estos interrogantes derivarán distintas consecuencias.

Algunos autores han mencionado al pasar, y tal vez sin meditar en posibles efectos, que el régimen instaurado por la ley 17711 implica una protección a la familia. Pero de otros trabajos se desprende la disquisición que se señala a continuación:

Berta Kaller de Orchansky, refiriéndose al art. 1277, habla de su preocupación por investigar la fuente de inspiración del artículo respecto del cual no existen notas ni manifestaciones en el mensaje de la Comisión Redactora, citando a continuación el único párrafo de dicho mensaje que se vincula con la materia: "La protección de la familia... ha merecido especial consideración, previéndose disposiciones para defensa de los bienes de la sociedad conyugal, especialmente en miras de la protección del patrimonio de la mujer". Y más adelante: "Intuimos la intención del legislador: procura proteger el patrimonio de la mujer". Pero después de citar la segunda parte del art. 1277, la misma autora dice que "Esta norma tiende a la protección de los hijos menores e incapaces..." (Berta Kaller de Orchansky: "Situación jurídica de la mujer casada y régimen de la sociedad conyugal en las reformas al Código Civil", en La Ley, 130 - 1123).

A su vez, Vidal Taquini expresa: "Lo real es que el artículo no consagra otra cosa que un régimen de protección al cónyuge no propietario...", punto sobre el que se insiste reiteradamente.

Nosotros opinamos que debe dividirse el artículo 1277, en cuanto a su finalidad tuitiva, en dos partes: en la primera, encontramos un régimen destinado a proteger al cónyuge no disponente. En la segunda, es clara la premisa de protección a los hijos menores o incapaces, es decir, a la familia.

En ambos casos la protección aludida se materializa en la posibilidad, por parte del cónyuge no disponente, de ejercer un control o fiscalización con relación a la actividad patrimonial del otro sobre determinados bienes, con derecho a oponerse a la ejecución de los actos que estime

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perjudiciales.

IV. DIFERENCIAS ENTRE MANDATO Y CONSENTIMIENTO

El art. 1869 del Cód. Civil dispone: "El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico? o una serie de actos de esta naturaleza".

Dos son sus elementos principales:

- a) Que el apoderado obre en nombre y representación de su poderdante, y
- b) Que el poder contenga facultades suficientes para los actos jurídicos que le fueran encomendados.

El consentimiento implica una declaración de voluntad unilateral recepticia; y de este concepto resulta: a) Que quien lo formula conoce el negocio dispositivo. b) Que está de acuerdo.

c) Que por consiguiente está conforme en que ese negocio produzca el efecto querido por sus otorgantes y admitido por el ordenamiento legal.

Es entonces un negocio jurídico independiente pero integrativo del negocio jurídico dispositivo(7)(1427).

De tales consideraciones resulta que la diferencia fundamental entre el apoderamiento y consentimiento directo es que en el primero existe una vinculación interna y otra externa: la primera crea una relación jurídica entre el poderdante y el apoderado, quien, a su vez, cuando lo ejerza creará una relación jurídica externa entre él y el tercero con quien contrate el negocio jurídico encomendado.

En cambio en el consentimiento, cuando éste se realiza coetáneamente con el negocio jurídico dispositivo, existe un solo acto, un solo momento y una sola relación, que surge de la misma declaración y produce un solo efecto, con eficacia para todos, tanto para el cónyuge titular como para el tercero integrante de la relación principal.

En el apoderamiento hay dos negocios y dos momentos: el del otorgamiento del poder y el de su cumplimiento. Entre ambos puede producirse la revocación del primero o su extinción.

En el consentimiento coetáneo o posterior no pueden producirse ninguna de estas situaciones, por su directa conexión con el acto fundamental.

V. MOMENTOS Y FORMAS DE EXTERIORIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La doctrina es pacífica en cuanto a que el consentimiento puede exteriorizarse en los siguientes momentos:

I Antes de que se otorgue el negocio;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II Simultáneamente con él;

III Con posterioridad a su celebración; y de la siguiente manera:

a) Declaración previa en escritura pública, 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 del Cód. Civil, presentes o futuros, en cuyo caso es un negocio jurídico autónomo(8)(1428).

b) En el mismo documento que contenga el negocio jurídico para el que se exige el consentimiento, ya sea éste dado por el cónyuge no disponente personalmente, haciendo uso de la forma especificada en el ítem anterior, o mediante el apoderamiento que citaremos a continuación.

c) Por poder conferido al cónyuge disponente o a un tercero, el que siempre deberá contener la facultad expresa de exteriorizar ese consentimiento, sea por un acto concreto o para todos los enumerados en el art. 1277 del Cód. Civil.

Habíamos dicho que el consentimiento no afecta la validez del acto, sino que constituye un requisito de su eficacia.

Si el vicio es manifiesto (vg: venta de bien ganancial en la que se omite el consentimiento), el acto será nulo; y si no es manifiesto (vg: venta sin consentimiento de un bien aparentemente propio, pero en el que se ha falseado el estado civil en el momento de su adquisición), será anulable.

En todos los supuestos, la nulidad será relativa y por ende subsanable mediante la manifestación del consentimiento a posteriori e incluso en algunos casos induciéndolo de actitudes tales como la de la mujer que, ante la ejecución de un bien ganancial gravado por su cónyuge, titular del mismo, sin su consentimiento, permanece pasiva.

De éste resulta que el efecto que produce el consentimiento, es el de conferir plena eficacia al acto jurídico para el cual se presta.

En los supuestos de que ese consentimiento se otorgue en forma concomitante o posterior al negocio, el efecto mencionado ha de producirse de inmediato, y además no podrá considerarse revocable, adquiriendo dicho consentimiento características de ratificación. "Si el consentimiento conyugal es prestado luego del negocio, los efectos producidos devienen firmes e irrevocables por vía indirecta, ya que el consentimiento posterior incluye renuncia a la alegación de ineficacia" (Gattari, op. cit.). En caso de prestarse anticipadamente, producirá el efecto señalado en el momento en que el acto dispositivo se ejecute, siendo, hasta ese instante, esencialmente revocable.

VI. CONSENTIMIENTO GENERAL Y ESPECIAL

Cuando el consentimiento se expresa coetáneamente con el acto para el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cual es requerido, resulta obvio que sólo se refiere a ese acto y respecto del bien sobre el que se opera, pudiéndoselo calificar entonces de especial o específico. Pero, de acuerdo a lo señalado anteriormente, también puede ser manifestado con anticipación a la formalización del acto negocial para el que se exige. En este supuesto puede darse para la realización de uno o más actos determinados o para cualquiera de los comprendidos en el art. 1277 del Cód. Civil; por ejemplo: para disponer y gravar.

Lo mismo ocurre con relación a los distintos tipos de bienes a los que alude la norma citada. Así, el asentimiento puede prestarse respecto de uno o más bienes determinados, como también para alguna o cualquier clase de bienes incluidos en esa disposición.

El consentimiento es general o genérico cuando se da para la ejecución de cualquiera de los actos jurídicos a los que se refiere la ley, respecto de cualquiera de los bienes en ella enumerados, siendo este tipo de asentimiento el que constituye el objeto de este trabajo.

Además de los ya citados, existen supuestos intermedios, como son: el asentimiento general en cuanto a los actos y especial en cuanto a los bienes (para disponer o gravar determinado inmueble); especial en cuanto al acto y general en cuanto a los bienes (para permutar cualquier inmueble, mueble o derecho registrable ganancial); para realizar determinados actos con limitados pero indeterminados bienes (ceder cualquier derecho ganancial cuyo registro haya impuesto la ley en forma obligatoria), etc.

VII. FUNDAMENTOS DE QUIENES NIEGAN EFICACIA AL CONSENTIMIENTO GENERAL ANTICIPADO

A través de los estudios realizados por destacados juristas y lo consignado en este trabajo, se concluye que no existen discrepancias en lo que se refiere a la oportunidad en que el cónyuge consentidor debe expresar su consentimiento respecto del negocio jurídico principal que realiza al cónyuge disponedor. Pero sí la hay en cuanto a su forma, es decir, si dicho consentimiento debe ser expresado para cada acto para el cual se requiere, o si por el contrario, es viable el asentimiento general anticipado o el poder general otorgado por el cónyuge no disponente para que el apoderado manifieste su consentimiento en cada oportunidad que sea necesario.

Los principales fundamentos de quienes niegan la eficacia del consentimiento general a priori son:

- a) Se opone a la ratio legis que determinó su creación;
- b) Significa una renuncia de derechos no permitida por la ley (art. 19 Cód. Civil);
- c) Afecta el orden público.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

**VIII. FUNDAMENTOS QUE DEMUESTRAN LA VALIDEZ DEL
CONSENTIMIENTO GENERAL ANTICIPADO**

Estimamos que los argumentos enunciados en el numeral anterior quedan enervados en virtud de las siguientes consideraciones:

a) "Ratio legis: Ratio legis es la razón legal o finalidad que se tuvo en cuenta al sancionar la norma que provoca las dudas"(9)(1429).

Los legisladores que proyectaron la reforma del Código Civil no dejaron en el artículo de marras ninguna laguna legal y no se plantearon duda alguna. Dispusieron la necesidad del consentimiento del cónyuge no disponente para las negociaciones sobre los bienes allí consignados, Sin especificar la forma mediante la cual debe ser exteriorizado. Ello no porque lo olvidaron, sino porque, precisamente, lo dejaron librado a la normativa general del Código de fondo. La versación de los juristas que intervinieron en la redacción de la reforma hace suponer que tuvieron en cuenta la legislación comparada, que, en todos los países en los que el instituto que nos ocupa existe (salvo Portugal - art. 1684 del Cód. Civil), norman la necesidad del consentimiento conyugal sin especificar la forma de prestarlo.

Resumiendo las opiniones que en el punto justificarían la no aceptación del consentimiento general a priori, puede decirse que se basan fundamentalmente en la protección del patrimonio de la sociedad conyugal, especialmente de la mujer, con el objeto de impedir actos fraudulentos de un cónyuge en perjuicio del otro. Aceptar esta postura sería admitir que el derecho de fiscalización que la ley otorga al cónyuge no disponente, impidiéndole la manifestación anticipada del consentimiento, implicaría imponer legalmente la desconfianza entre los esposos, "y esto es inadmisibles porque pretenderlo sería destruir uno de los pilares fundamentales del matrimonio"(10)(1430).

Por lo demás, como bien dice el Dr. Osvaldo S. Solari (op. cit.), "el fraude al cónyuge consentidor también es posible con el consentimiento especial, ya que éste no impide las maniobras fraudulentas cuando existe el deliberado propósito de cometerlas", sobre todo si tenemos en cuenta entre otras muchas posibilidades que en una compraventa al contado el disponente percibe el precio de la misma y, salvo casos patológicos que no corresponde considerar aquí, los cónyuges no se distribuyen el dinero cobrado, y nada impide al esposo disponer luego del mismo en la forma que le plazca.

Por otra parte, si realmente quienes proyectaron la reforma hubieran estimado necesaria la especialidad del asentimiento, así lo habrían expresado en la ley.

"No surge del texto de la ley la necesidad de que el consentimiento deba ser manifestado en cada uno de los actos para los que es requerido. Es obvio que si la especialidad del consentimiento fuere condición de su eficacia, el legislador no hubiera omitido expresar tal circunstancia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Justamente porque no lo ha hecho no puede enervarse su validez, ya que los jueces no pueden declarar otras nulidades que las que la ley establece (art. 1037 Cód. Civil). La falta de prohibición del consentimiento general trae, como consecuencia necesaria, su admisibilidad, toda vez que es la ley y no la doctrina ni la jurisprudencia la que puede determinar la nulidad de un acto jurídico" (op. cit. en nota 10).

Por otra parte, y desde un punto de vista práctico, si la compraventa de inmuebles es la profesión habitual del cónyuge disponente, la intención y naturaleza subjetiva de esas operaciones no es introducirlas en el patrimonio conyugal (Falbo, op. cit.). En este caso, como en el de los cónyuges separados de hecho o divorciados sin liquidación de la sociedad conyugal cuando al tiempo de la separación o el divorcio no existían bienes, o habiéndolos, los cónyuges están conformes en que cada uno disponga libremente de los que son titulares, una buena solución es la manifestación anticipada y general del consentimiento, para impedir perturbaciones fácticas en el tráfico negocial.

b) Renuncia de derechos: Parte de la doctrina entiende que el consentimiento general anticipado implica una renuncia de derechos, permitida por el art. 19 del Cód. Civil, puesto que no está prohibida y sólo mira al interés individual. Otros sostienen que no hay en el caso ningún tipo de renuncia; el consentimiento prestado a la ejecución de un acto supone un proceder positivo, no negativo. Prestar con antelación el consentimiento significa tanto como exteriorizar anticipadamente la voluntad de no ejercer - no renunciar - en cada acto el control a que se aludiera anteriormente; sin olvidar que, por su propia naturaleza el consentimiento general anticipado puede ser revocado en cualquier momento, hasta aquel en que se realice el acto para el que es exigido, lo que se opone a toda idea de renuncia.

De lo expuesto surge que para quienes admiten que el consentimiento general anticipado implica una renuncia de derechos, éste, por imperio del art. 19 del Cód. Civil es válido en todos los casos, excepto para los actos de disposición del inmueble de carácter propio que constituya la sede del hogar conyugal, si existieren hijos menores o incapaces, ya que no se trataría en el caso de una renuncia que afecte solamente los derechos individuales del cónyuge no disponente. En cambio, para los que afirman que el consentimiento general anticipado no configura una renuncia de derechos con respecto al mencionado art. 19 del Cód. Civil, dicho consentimiento es válido en todos los supuestos.

Es incomprensible que un cónyuge pueda conferir al otro un poder general para que disponga de sus bienes propios y de los gananciales cuya administración le corresponde, y no pueda en cambio anticipar su consentimiento, también general, para que el otro esposo pueda disponer de los bienes que la ley pone bajo su administración. Luego, si la posición de quienes niegan la viabilidad del consentimiento general anticipado fuera correcta, debería prohibirse a los casados el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otorgamiento de poderes generales de administración y disposición, lo que no sería serio ni jurídico (Conf. Giralt Font, op. cit.).

c) Orden público: Referente a este acápite, es preciso aclarar que tratar de definir el concepto de orden público se ha convertido en una larga lucha doctrinaria y jurisprudencial, sin que en definitiva, a la sazón, se tenga un concepto integral a ciencia cierta.

Como bien dice Eduardo B. Pondé(11)(1431): "El orden público es significativo para la sociedad en que convivimos, pero por su vaguedad es peligroso asentar en él juicios definitivos y resoluciones inalterables. Debemos tomarlo como orientación, como guía, pero muy prudentemente como norma jurídica expresa en la aplicación de la ley... Luego, entonces, no es oportuno utilizar lo de orden público como fórmula señera para calificar situaciones jurídicas, porque lo ambiguo no apuntala a las normas de derecho".

Conceptualmente entendido, pareciera así que todas las leyes o normas que afecten de algún modo a la sociedad o a sus integrantes, podrían ser consideradas como de orden público, sin dejar de prever que ello no es un axioma y que aun las leyes que en su propio contexto declaran ser de orden público, puedan no serlo del análisis exegético de las mismas.

Siguiendo este razonamiento y aceptando la hipótesis de que el artículo 1277 del Cód. Civil es de orden público, no hay duda que éste se refiere a la obligación de cumplimentar lo allí dispuesto, pero no a la forma de exteriorizar ese consentimiento.

Analizada la abundante doctrina que trata el tema, surge como premisa que las leyes de orden público son imperativas y llevan ínsitas el derecho y la prohibición. No hay duda que los principios de los derechos humanos preservan primero los derechos, y por excepción las prohibiciones. El art. 1277 del Cód. Civil no escapa a este principio general, ya que, fundamentalmente, legisla el derecho de un cónyuge para consentir o no un acto jurídico dispositivo del otro, y la prohibición al disponente de hacerlo sin el consentimiento del consorte.

Por eso dice Pondé: "Admitamos una vez más que la necesidad de ejercer ese derecho puede ser de orden público, y que no pueda renunciarse a esa ejercitación porque lo impone la ley imperativamente. Empero, la manera de concederlo o de negarlo ya escapa al ámbito de lo imperativo, porque en ese momento se torna plena la autonomía de la voluntad" (op. cit.). Y esta autonomía de la voluntad es la que permite al cónyuge consentidor elegir el tiempo y la forma de exteriorizar su consentimiento. Entenderlo de otro modo es cercenar los derechos volitivos autónomos consagrados por nuestra Carta Magna, que no obliga a hacer lo que la ley no manda ni lo priva de lo que ella no prohíbe.

IX. LEGISLACIÓN COMPARADA

Nota preliminar

Del trabajo del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Estudios sobre la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

validez del asentimiento general anticipado (en prensa), hemos extraído sintéticamente una reseña de lo elaborado por el doctor Carlos A. Pelosi, con respecto a la legislación comparada, por considerarlo lo más exhaustivo que hasta el momento se ha escrito sobre el particular.

Sosteniendo los que se oponen al consentimiento general anticipado, en que el mismo desvirtúa el propósito de la ley, el autor considera de vital importancia analizar la legislación comparada, pues no se alcanza a percibir "los motivos por los cuales, explicaciones que han brindado calificados autores extranjeros, no resultan válidos para el sistema argentino, cuando todo indica que no existen diferencias capaces de justificar soluciones disímiles".

ESPAÑA

El autor califica de "enjundioso" el antecedente que nos ofrece ese país. Expresa que la formalidad del asentimiento fue introducida por la reforma legislativa de 1958, y hace un perfecto estudio comparativo de los textos legales que imperan en España con relación a los nuestros.

Ahonda en el tema, haciendo un profundo análisis de la doctrina, de tremenda magnitud, tanto en cantidad como en calidad.

Nos informa, en fin, que la gran mayoría de la doctrina se pronuncia a favor de los asentimientos generales anticipados y que la práctica notarial los ha impuesto pese a las muy contadas voces en contra, sin que ello suscite ningún tipo de problema ni contiendas judiciales, registrales o notariales con respecto a su validez.

CHILE

La ley 10271 de 1952, modificatoria del Código Civil, mantiene al marido como jefe de la sociedad conyugal. Pero el art. 1749 establece que el marido no podrá enajenar bienes raíces sociales ni arrendarlos por más de 5 años si son urbanos o de 8 si son rústicos, sin la autorización de la mujer. Podrá suplirse por el juez el consentimiento de la mujer cuando ésta se hallare imposibilitada de manifestar su voluntad.

En este país la doctrina se halla dividida, si bien con preponderancia a favor de la validez del consentimiento general anticipado. A su favor se pronunciaron Manuel Somarriva Undurraga, Rossel Saavedra y Arturo Allesandri Rodríguez. Por la tesis contraria, de la Maza y Ríos, quienes mencionan sin embargo la opinión a favor de la validez del profesor Allesandri Rodríguez.

FRANCIA

El art. 1424 de la ley del 13 de julio de 1965 establece que: a) Las enajenaciones y constitución de derechos reales necesitan el consentimiento de la mujer cuando se trata de inmuebles, fondos de comercio y otras explotaciones industriales, comerciales, agrícolas,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

buques, etc. b) Las locaciones también requieren el consentimiento de la mujer cuando recaen sobre un fundo rural o sobre un inmueble de uso profesional, comercial o industrial.

Pelosi cita, además, las normas legales vigentes en la República francesa relacionadas con el tema, explica sus antecedentes y motivaciones y concluye en que el espíritu del legislador es el mismo que el que animó al nuestro, en el sentido de proteger a la mujer, y no sólo animó ese espíritu al legislador, sino también a la doctrina y a la jurisprudencia.

"Pero en Francia - expresa - tales objetivos no obstan, aun en el régimen vigente, después de haberse incorporado el requisito del consentimiento, que pueda otorgarse poder general, equivalente al consentimiento general que tratamos".

PORTUGAL

El artículo 1684 del Cód. Civil de Portugal de 1966 dispone, en el inciso 1, que el consentimiento conyugal en los casos en que es legalmente exigible, debe ser especial para cada uno de los actos.

Puede otorgarse en forma anticipada, pero por imperio de la ley debe ser especial.

Nada cabe agregar, puesto que aquí se ha empleado la técnica legislativa adecuada para obtener el resultado buscado.

URUGUAY

La ley 10783 de 1946, de derechos civiles de la mujer, que algunos autores consideran el antecedente más inmediato de nuestro 1277, en el art. 5º establece 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 derechos reales sin la conformidad expresa de ambos cónyuges. Esta misma conformidad deberá expresarse en caso de enajenarse una casa de comercio, un establecimiento agrícola ganadero o una explotación fabril o industrial de carácter ganancial. Cuando esa conformidad se otorgue por mandatario, éste deberá actuar en facultad expresa para ese género de operaciones.

Analiza el autor la práctica de la ley y la doctrina uruguayas al respecto, que han permitido el uso de los mandatos generales expresos.

VENEZUELA

El Código Civil venezolano establece que "Los cónyuges pueden libremente enajenar y obligar a título oneroso los bienes comunes cuya administración les corresponda. Para disponer a título gratuito de los bienes comunes, se necesita el consentimiento del otro cónyuge" (art. 170).

Comenta el autor: "El art. 170 requiere el consentimiento sólo para los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

casos de disposición gratuita y entonces resulta justificada la improcedencia de la prestación del consentimiento en forma general, por lo que en la práctica notarial de ese país es necesario darlo en cada caso particular.... La disposición gratuita de los bienes no constituye un acto ordinario ni se comprende entre los necesarios para desarrollar determinada actividad o profesión con la que se subvienen las necesidades del hogar".

OTROS PAÍSES

El doctor Pelosi analiza luego someramente la legislación de otros países en los que se requiere la formalidad del consentimiento, a saber:

GRUPO NÓRDICO

Ley sueca de 1920, ley danesa de 1925, ley noruega de 1927, ley finlandesa de 1929, que poseen en común la exigencia de la conformidad de los esposos para la celebración de algunos actos dispositivos.

GRUPO SOVIÉTICO

Se conocen las leyes respectivas con la denominación de código o ley de familia. Ley yugoslava de 1946, polaca de 1950, húngara de 1952, rumana de 1954, checoslovaca de 1964. En estas leyes se reclama la intervención de ambos esposos para los actos de disposición. Pero dada la particular legislación soviética en materia de propiedad, y pese a que, por no tratarse de notariado de tipo latino, se hace difícil obtener datos acerca de las prácticas corrientes, puede inducirse que en muy pocos casos se necesitará en la URSS el consentimiento general anticipado.

CANADÁ, PROVINCIA DE QUEBEC

Ley de febrero de 1964. Se exige el consentimiento en tan reducido número de actos que no se hace necesario el consentimiento general anticipado.

Resultado del análisis

El doctor Pelosi hace, en fin, un resumen de lo analizado a través de su trabajo. De entre sus conclusiones extraemos las siguientes:

a) El fundamento, en la generalidad de las legislaciones, del consentimiento radica en la protección de los derechos patrimoniales de los esposos, especialmente de la mujer.

b) No estamos en presencia de una laguna legal creada por el 1277, y, en la legislación comparada, salvo el caso de disposición expresa en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrario (caso de Portugal) o que el principio de la especialidad derive de los actos para los que debe prestarse (Venezuela) no existe impedimento legal alguno para la utilización de los consentimientos generales anticipados.

c) La doctrina extranjera casi en su totalidad considera que el consentimiento general anticipado no configura una renuncia de derechos, y que ello deriva del carácter revocable del mismo, que no se afecta el orden público, que son aplicables las reglas del mandato y que aún considerándolo una renuncia, sólo afecta al interés individual.

d) Excepcionalmente, el consentimiento general anticipado no puede comprender ciertos actos, en virtud de que requieren una muy especial decisión, como la disposición del inmueble en que está radicado el hogar conyugal y las donaciones sujetas a la conformidad del otro consorte.

X. CONCLUSIONES

El consentimiento general anticipado es válido porque:

- 1) No está prohibido por la ley.
- 2) Forzar el derecho al control que la ley confiere al cónyuge no disponente mediante la manifestación expresa del consentimiento para cada acto en que se requiere, implica imponer legalmente la desconfianza entre los cónyuges. La ley puede prever que en casos determinados, y si así lo estima conveniente a sus intereses, un cónyuge fiscalice la actividad patrimonial del otro, pero no debe obligarlo a ello.
- 3) Si se estima que implica una renuncia de derechos, por imperio del art. 19 del Cód. Civil es válido en todos los casos, excepto para los actos de disposición del inmueble de carácter propio en que esté radicado el hogar conyugal, si existen hijos menores o incapaces.
- 4) Si se estima que no configura una renuncia de derechos, respecto del art. 19 del Cód. Civil, es válido en todos los supuestos.
- 5) Es incomprensible que un cónyuge pueda conferir al otro un poder general para que disponga de sus bienes propios y de los gananciales cuya administración le corresponde y no pueda, en cambio, anticipar su consentimiento, también general, para que el otro esposo pueda disponer de los bienes que la ley pone bajo su administración.
- 6) De orden público es la necesidad de dar el consentimiento, pero no lo es la forma de su manifestación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

7) Es una buena solución para distintos problemas prácticos.

BIBLIOGRAFÍA

- Ascúa, Omar Andrés, "Asentimiento conyugal (arts. 1276 y 1277 del Cód. Civil)", R. del N., N° 711, año 1970.
- Borga, Eduardo A., "Reformas al régimen patrimonial de la sociedad conyugal". Edic. Universidad Notarial Argentina, Cuaderno 49.
- Falbo, Miguel N., Las reformas al Cód. Civil y su significación con relación a la función notarial. Edit. Colegio de Escribanos de la Pcia. de Bs. As. La Plata, 1968.
- Gattari, Carlos N., Poder dispositivo de los cónyuges (art. 1277 del Cód. Civil). Edic. Librería Jurídica, La Plata, 1974.
- Giralt Font, Jaime, "Consentimiento general 'a priori'", Revista del Notariado, N° 714, pág. 2022.
- Guastavino, Elías P., "Modificación al régimen jurídico conyugal", R. del N., N° 699, año 1968.
- Instituto Argentino de Cultura Notarial, "Ley 17711 - Reformas al Cód. Civil y leyes complementarias", en Los Anales, V, t. II, año 1968.
- Instituto Argentino de Cultura Notarial: "¿El consentimiento conyugal puede ser general para disponer o gravar los bienes gananciales presentes o futuros?", en Los Anales del Notariado Argentino, VI, años 1969/70, pág. 70, Bs. As., 1972.
- Instituto Argentino de Cultura Notarial(*) (1432), Estudios sobre la validez del asentimiento general anticipado (en prensa).
- XII Jornada Notarial Argentina, Resistencia, Chaco, año 1968, en Congresos y Jornadas, edic. Repertorio Notarial del Colegio de Escribanos de la Pcia. de Bs. As., La Plata, 1969.
- Kaller de Orchansky, Berta, "Situación jurídica de la mujer casada y régimen de la sociedad conyugal en las reformas al Código Civil", La Ley, t. 130, pág. 1123.
- Llambías, Joaquín, Estudio de la reforma del Código Civil, pág. 55.
- Nuta, Ana Raquel. Nota a fallo, en Revista Notarial, N° 801, pág. 437.
- Pelosi, Carlos A., Cuestiones relativas al consentimiento, Edit. Abeledo Perrot, año 1969.
- Spota, Alberto G., Curso sobre temas de derecho civil. Edic. Instituto Argentino de Cultura Notarial, año 1971.
- Vidal Taquini, Carlos H., "El régimen patrimonial del matrimonio y las Quintas Jornadas de Derecho Civil". La Ley, t. 146, pág. 1098.