

Asentimiento conyugal

Dictamen elaborado por la escribana **PILAR RODRÍGUEZ ACQUARONE** y aprobado en forma unánime por la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires el día 23 de marzo de 2010.

Doctrina

- 1) El cónyuge a quien compete la gestión de los bienes que menciona el artículo 1277 es titular de las facultades que comprende el poder de disposición.*
- 2) Al otro cónyuge que no dispone ni administra, se le reconoce un derecho de oposición.*
- 3) Lo que el artículo 1277 del Código Civil requiere es el asentimiento o conformidad del cónyuge no titular de la gestión del bien: es una declaración de conformidad con un acto jurídico ajeno, es decir concluido por otro.*
- 4) El asentimiento es la conformidad de un tercero que no es parte.*
- 5) El cónyuge no se transforma en parte del negocio jurídico al otorgar el asentimiento conyugal.*

Antecedentes

Según se refiere en el corresponde de la escritura número XX celebrada con fecha 12 de marzo de 2009, los cónyuges G. y K. adquirieron un inmueble en condominio y por partes iguales el 8 de octubre de 1993.

Dicha adquisición, al efectuarla ambos, resulta una adquisición en condominio de partes indivisas gananciales.

Luego, por escritura de fecha 12 de marzo de 2009, pasada ante la escribana M. C. M., los cónyuges celebran los siguientes actos.

La señora K. dona a su hijo su mitad indivisa y el señor G. vende al hijo de K. su mitad indivisa en una misma escritura.

La escribana M. solicita al Colegio emita dictamen sobre la observabilidad o no de la escritura por ella autorizada, por haber sido observada por una escribana de otra jurisdicción y habiéndole solicitado dicha escribana un distracto de la donación.

Lo que manifiesta la escribana M. que se cuestiona como observable es la donación de la mitad indivisa, alegando que al haber asentido el cónyuge, éste se convertiría en donante y entraría en la prohibición del artículo 1807 del Código Civil.

Consideraciones

Por lo que se desprende de la consulta formulada por la escribana M., se observa la donación por considerarse que al prestar el asentimiento, el cónyuge se transforma en donante. En este sentido, la donación estaría comprendida en la prohibición del artículo 1807 del Código Civil.

Es necesario puntualizar nuestra opinión en relación a los temas que surgen de la consulta formulada:

- a)** Que si bien la escritura de venta de mitad indivisa y donación de mitad indivisa es una, instrumenta dos negocios jurídicos distintos. Por lo tanto, el instrumento notarial es uno, pero el sujeto negocial adquiere las porciones indivisas por dos causas-títulos distintos.
- b)** Cada cónyuge es titular exclusivo de su parte indivisa, sea propia o ganancial.
- c)** Cada uno tiene facultades de disposición, independientemente de que el acto cuente o no con el asentimiento conyugal.
- d)** El otorgamiento del asentimiento conyugal necesario para el acto de disposición en cuestión, por ser el bien de que se trata un bien ganancial, no convierte ni transforma el acto en uno de disposición conjunta o co-disposición.

La reforma efectuada al Código Civil, en especial al artículo 1276, por la ley 17.711 de 1968, modificó el sistema de unidad de administración del marido por la administración y disposición de cada cónyuge, estableciendo dos masas de administración,

independientemente de la ulterior unidad de masa a los efectos de la liquidación de los bienes gananciales, una vez disuelta la sociedad conyugal.

El régimen de los bienes gananciales adquiridos conjuntamente por los esposos no está previsto específicamente en la ley, por lo cual fue discutido por la doctrina y asimismo tratado específicamente en las *V Jornadas de Derecho Civil* de Rosario de 1971, y se ha dividido en dos posturas: la primera y mayoritaria aplica las reglas del condominio, considerando al bien un condominio de partes indivisas gananciales, y la segunda aplica las normas de la sociedad civil, por la remisión supletoria del artículo 1262 del Código Civil.

Hay abundante doctrina en la materia: *“Marido o mujer son los titulares de los bienes y derechos que administran, disponen o ejercen independientemente de su calidad de propios o gananciales. Sobre esta premisa es posible admitir bienes de titularidad conjunta entre los cónyuges. Por ejemplo, la constitución del condominio sobre una cosa adquirida por ambos en que cada uno es titular de una parte indivisa. Se establece así la cotitularidad en el dominio de ella, que se regirá por las normas del derecho real de condominio sin alterar la calificación que corresponda hacer de las alícuotas de uno y otro condómino: podrán ser propias o gananciales”*¹.

“El sistema de protección que emana del artículo 1277 no significa en modo alguno que respecto de ciertos bienes el régimen sea de comunidad actual, y respecto de otros, de propiedad exclusiva con eventual comunidad futura” (Guaglianone, Régimen, Tomo I, p. 500) ni que en la práctica se trata de un sistema mixto de administración separada y conjunta: separada, para los actos menos importantes; conjunta, para los de mayor importancia. No hay ninguna comunidad actual ni ninguna administración conjunta. Sólo existe un régimen de protección creado para proteger al cónyuge no administrador su parte eventual y futura, que puede llegar a concretarse a la disolución del régimen en los bienes que administra el otro. El que dispone es el cónyuge que administra el bien; el otro solo da el asentimiento, que si no se obtiene hace que el cónyuge propietario ocurra ante el juez a fin de suplir esa falta de asentimiento. No disponen los dos. Dispone el cónyuge titular del dominio. No hay pues, ni administración

1. VIDAL TAQUINI, *Régimen Patrimonial del Matrimonio*. p. 592 y ss.

ni disposición conjunta por ambos cónyuges. No hay pues injerencia alguna de un cónyuge en la administración del otro; no existe posibilidad para un cónyuge de cumplir o realizar acto administrativo alguno respecto de los bienes cuya administración corresponde al otro.”²

Para la posición que aplica las normas de la sociedad civil, entre otros, GUASTAVINO³ y FASSI – BOSSERT⁴ descartan la aplicabilidad de las normas del condominio, y, apoyándose en el artículo 1262, sostienen que ante la inexistencia de mandato, se debería aplicar el artículo 1676: “*El poder de administrar la sociedad corresponde a todos los socios y se reputa ejercido por cada uno de ellos*”. Y el artículo 1677: “*Cuando no se hayan estipulado el modo de administrar, lo que cualquiera de los socios hiciere obliga a la sociedad como hecho por un mandatario suyo*”.

Esta postura, sin embargo, ha tenido escasísima aplicación jurisprudencial, e incluso para el caso de tratar la responsabilidad frente a los acreedores, los autores citados expresan que las normas de la sociedad civil llevan a la misma solución, o sea, la posibilidad de ejecutar sólo la parte indivisa del cónyuge deudor, porque un cónyuge no puede obligar válidamente a otro, ni comprometer la masa de administración de este, salvo la excepción del artículo 6 de la ley 11.357.

Compartimos la doctrina mayoritaria que interpreta que el cónyuge a quien compete la gestión de los bienes que menciona el artículo 1277 es titular de las facultades que comprenden el poder de disposición.

Al otro cónyuge que no dispone ni administra, se le reconoce un derecho de oposición.

Por ello, se prefiere el vocablo *asentimiento*, porque se trata de la conformidad de un tercero que no es parte.⁵

Lo que el artículo 1277 del Código Civil requiere es el asentimiento o conformidad del cónyuge no titular de la gestión del bien: es una declaración de conformidad con un acto jurídico ajeno, es decir concluido por otro.

El cónyuge no titular carece de derecho actual sobre los bienes. Tiene un interés respecto a una expectativa de participación a partir de la disolución de la sociedad conyugal.

El asentimiento conyugal no forma parte del acto o negocio principal, no integra la voluntad que conforma el negocio

2. ZANNONI, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo I, p. 322.

3. “Bienes adquiridos conjuntamente por los esposos”, LL 145-629.

4. *Sociedad conyugal*, Tomo II, p. 33, nro. 46, 1978.

5. BELLUSCIO- ZANNONI, *Código Comentado*, Artículo 1277, p. 172. quien cita a: BORDA, *Familia*, I, N°345, GUAGLIANONE, *Régimen Patrimonial del matrimonio*, II, N° 291, Mazzinghi, II, N° 269 p. 341; MÉNDEZ COSTA, *Efectos patrimoniales del matrimonio*, en *Derecho de Familia*, I, p. 377, entre otros.

jurídico, no es parte, sino que funciona como condición jurídica para la oponibilidad al cónyuge no disponente.

El acto jurídico negocial sólo puede ser decidido por quien administra, al otro solo le cabe asentir o negar.

Al estar frente al asentimiento y no frente a un acto de disposición, el cónyuge no tiene el poder o facultad de iniciativa respecto del acto de disposición que solo compete al titular registral; no responderá por evicción, al requerirse los certificados de inhibiciones que pudieren pesar sobre el cónyuge disponente, no procede requerirlos respecto del cónyuge que debe prestar el asentimiento pues él no realiza el acto de disposición y no obstaría la disposición el hecho de que el cónyuge no disponente estuviera inhibido, pero además el asentimiento puede ser suplido judicialmente.⁶

Conclusiones

Concluimos que el cónyuge no se transforma en donante por el otorgamiento del asentimiento conyugal, y en consecuencia la escritura que autorizó la escribana M. no merece observación alguna.

6. HIGHTON, *Código Civil comentado*, Artículo 1277, p. 183.