

Voces: ACTO DE DISPOSICION ~ BIEN GANANCIAL ~ ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Título: El asentimiento conyugal del artículo 1277 del Código Civil y la forma

Autores: Viterbori, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY1992-A, 581

Desde la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), la doctrina y parte de la jurisprudencia continúan divididas acerca de la interpretación formal del art. 1277 que viene a consagrar legislativamente la igualdad jurídica de la mujer, consagrada por la Naciones Unidas en la "Declaración Universal de Derechos Humanos", según la cual tanto "el hombre como la mujer disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo". Ello ha sido confirmado además, por la Convención de Bogotá de 1948 donde se manifestó que "los estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre"; principio de igualdad jurídica que ha sido receptado por la mayoría de las Constituciones del mundo.

Antes de considerar específicamente el tema del art. 1277 y su vinculación con la forma documental, es conveniente recordar --como sostiene Stassinopoulos citado por Meeham en "Teoría y técnicas legislativas" Ed. Depalma, Buenos Aires 1976-- que el "sentido del alcance general que se le atribuye a las leyes no hace referencia a una mera generalidad numérica, sino a una "generalidad abstracta" por la cual se va a "determinar o crear el derecho para toda persona que tenga los rasgos característicos fijados de antemano de una manera general" o, como advierte Carré de Malberg (igual cita op. cit) "por regla general debe entenderse una decisión emitida no ya en concreto sino in abstracto para alcanzar a todos los casos de la misma naturaleza que puedan presentarse en el futuro... Se trata en definitiva de una generalidad que con relación a los individuos importa el establecimiento de normas jurídicas que los comprenden impersonal, objetiva e indeterminadamente. Esta generalidad no deja de ser tal aunque el acto se refiera a una manera determinada".

La norma del art. 1277 indudablemente es tuitiva, pero general y sustantiva no formal, pero, además tiene la particularidad de "interferir legislativamente en la voluntad íntima de los cónyuges, no obstante que ya existen otras normas de protección patrimonial matrimonial que la ley 23.515 (Adla, XLII-B, 1535) ha dejado subsistente (arts. 1295 etc. etc.). La fenomenología diría que: cuando el mundo interior de una persona entra en contacto con el mundo interior de otra, hablamos de intimidad y aquí es oportuno considerar algunos aspectos fundamentales de cómo se va formando la intimidad de los matrimonios. A este respecto es altamente ilustrativo el artículo de Alfredo H. Altamira, publicado en el Diario "La Nación" del 6 de junio de 1991, p.7, donde sostiene "que la identidad (de la pareja) se va conquistando al ritmo de las edades, pero un núcleo definido y estable es necesario para el equilibrio personal y para mantener relaciones humanas gratificantes. Si por el noviazgo se logra una cierta autoestima, ya casados estarán en buenas condiciones para crecer en la identificación del yo, del tú y del nosotros conyugal". "Hay una correlación entre el grado de madurez emocional y la capacidad de intimar, de lo contrario se permanece en el individualismo y por lo tanto se toman decisiones tan unilaterales que manifiestan conciencia egocéntrica y no conyugal" y Altamira agrega: "Si los dos padecen inmadurez emocional están dominados por las exigencias propias sin sentir las del otro. Viven vidas paralelas. Ninguno se responsabiliza de la tarea común: crear una relación mutua que les permita crecer a los dos".

Esta digresión no es ajena a la intención tuitiva del Estado en el afán de regir muchos aspectos de la vida íntima de la pareja que deben ser librados al derecho de expresar libremente sus respectivas voluntades. Se olvida que en la mayoría de los casos, las relaciones entre los cónyuges son más normales y armónicas de lo que se cree; que está basada en la recíproca confianza, que es producto del amor, de los sentimientos afectuosos y de, la ya referida intimidad, lo que hace posible que las relaciones patrimoniales que se van formando se desarrollen en perfecta armonía y por lo tanto no es necesario regularlas sobre la base de la desconfianza, "ni hace falta la protección de la ley". Ya existe una adecuada protección al patrimonio conyugal en la constitución del "bien de familia" (ley 14.394, arts. 34 a 59 --Adla, XIV-A, 237--). El art. 1295 en vigencia; los arts. 1294 y 1295 y conc. del Cód. Civil e inclusive en los Códigos de Procedimientos en cuanto regula el tema de las "medidas cautelares", etc.

En cuanto se refiere a la igualdad jurídica de los cónyuges y al poder de disposición patrimonial, ya en el Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado Latino, realizado en Munich-Salzburg en setiembre de 1967, al tratar el tema III "Capacidad para disponer en derecho comparado y en derecho internacional privado" se pronunció en el sentido de que: "en lo referente a la regulación de los poderes de disposición dentro del régimen matrimonial se propugna el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges y que, acorde con esta norma cada uno de los cónyuges podrá disponer libremente de sus bienes propios con las reservas que en cuanto al interés familiar establezcan las legislaciones nacionales. En cuanto a los bienes comunes el poder de disposición debe requerir la conformidad de ambos cónyuges". Es en definitiva lo que ha incorporado la ley 17.711 en su art. 1276 y 1277. En algún sentido, el art. 1277 tiene ciertas coincidencias con el art. 1413 del Cód. Civil español reformado el 24 de abril de 1958.

Desde el punto de vista formal, de la declaración de voluntad del asentimiento conyugal en el tiempo tanto la doctrina española como la nacional están contestes en que éste puede otorgarse, con referencia al tiempo: antes, durante o con posterioridad al acto del disponente.

El Notariado nacional se ha preocupado de inmediato sobre el tema de la forma en que puede otorgarse este asentimiento, porque al decir del profesor Francesco Carnelutti en su conferencia del 17 de mayo pronunciada en la Academia Matritense del Notariado sobre el tema de "La figura jurídica del Notario": "...La esencia de la función notarial... no está sólo en la documentación de los negocios y actos jurídicos, porque antes de ello está la figura del intérprete, no tanto material, sino cuanto en lo jurídico. El notario, lo que hace en realidad es interpretar ("traducir en su auténtico sentido etimológico de: transducere: llevar a) la realidad social al campo del Derecho; trasladar el hecho al Derecho, "ligar la ley al hecho" (el texto íntegro fue publicado en Revista Internacional del Notariado).

La cuestión de la forma documental en que el cónyuge "asentidor" puede fijar su declaración de voluntad conforme lo que dispone el art. 1277 (que nada indica al respecto), habida cuenta de que dicha declaración puede otorgarse a priori, durante el acto de disposición, y a posteriori es unánime en cuanto a la idea de que éste puede documentarse en los tres casos en forma especial, esto es en declaración expresa: lo que divide las aguas se refiere a la forma documental de dicha declaración.

En lo que la doctrina y cierta jurisprudencia no están contestes es en la posibilidad de que dicho asentimiento puede insertarse en un "apoderamiento general" sea éste dado a favor del cónyuge disponente o en forma recíproca entre ambos esposos.

El Instituto Argentino de Cultura Notarial (hoy Academia Argentina del Notariado), ha estudiado el tema y ha producido hasta la fecha dos importantes trabajos que merecen su especial atención: uno, inmediatamente sancionada la ley 17.711 titulado "La ley 17.711. Reformas al Código Civil y leyes complementarias. Aplicación en la actividad notarial" (año 1968) y el otro, en 1974 que agrupa la opinión de varios de sus académicos y otros colaboradores, donde se pone de manifiesto el aspecto formal de dicho asentimiento, contenido en un poderamiento general de administración y disposición del cónyuge asentidor al disponente y/o en forma recíproca.

Las opiniones vertidas hasta el momento se dividen, básicamente, en dos corrientes de opinión, una de las cuales a su vez se abre en dos sub-aspectos:

a) Que el asentimiento debe ser dado en cada oportunidad en que el cónyuge disponente otorge el acto negocial, sostenido por prestigiosos juristas en trabajos publicados en las revistas especializadas, que aquí omitiremos citar por razones de brevedad y que explicaremos la causa de su omisión al final.

a) I. Que el asentimiento debe ser dado en forma especial en cada oportunidad.

b) Que el asentimiento puede ser dado "a priori" en un poderamiento general de administración y disposición sea del asentidor al disponente y en forma recíproca y hasta contenido, específicamente en un poderamiento "irrevocable" cuando así lo exijan cláusulas específicas del negocio que le sirva de base y se cumplan las tres condiciones expresamente determinadas en el art. 1977 del Cód. Civil.

Cada posición tiene sus propios argumentos y éstos son conocidos, con excepción hecha del meduloso estudio realizado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial (hoy Academia Argentina del Notariado) en 1974 al que nos referiremos más adelante.

La cuestión de la forma documental del asentimiento conyugal y las diversas opiniones se mantienen y, últimamente se han renovado como consecuencia de dos hechos que nos parece oportuno señalar:

1. El fallo de la sala C de la Cámara Nacional en lo Civil de fecha 2/8/88 publicado en JA, 1990-III y suplemento 5671 del 9/5/90, p. 25.

2. El "Proyecto de ley de unificación legislativa civil y comercial" que en su art. 1886 con 8 incisos, modifica el art. 1881 con 17 incisos actualmente en vigencia. Respecto de las críticas que este proyecto ha merecido y especialmente en el punto aquí señalado, en la revista "El Notario" editado por el Colegio de Escribanos de la provincia de Mendoza (núm. 6, año 1988) en forma específicamente dedicado al estudio de esas reformas, contiene fundamentos sólidos y críticos, reunidos en trabajos de diversos autores de gran prestigio jurídico. Desde el punto de vista que estamos tratando es de gran interés conocer el trabajo aportado por el doctor Francisco Martínez Segovia (miembro de número de la hoy Academia Argentina del Notariado, recientemente fallecido) que en páginas 79 a 94 formula un completo estudio crítico de esa reforma con el título de "Representaciones y mandatos en el proyecto" y en especial lo escrito en las ps. 84, 86 y sigts. donde recoge y amplía las opiniones vertidas por el Instituto Argentino de Cultura Notarial (hoy Academia...) del año 1974.

El estudio del Instituto Argentino de Cultura Notarial de 1974.

El Instituto (hoy Academia Argentina del Notariado) hace un aporte sumamente interesante donde se vuelcan no sólo la doctrina notarial nacional, sino que además contiene un amplio estudio del doctor Carlos A. Pelosi respecto de los antecedentes extranjeros en el tema con el aporte de sus juristas, inclusive respecto del art. 1413 del Cód. Civil Español y señala que en el derecho comparado existen tres sistemas en las relaciones

personales entre los cónyuges: a) El tradicional, donde el deber de obediencia al marido es su característica y a él incumbe el derecho de protección. b) El de la "jefatura del marido" adoptado por la ley francesa el 22 de octubre de 1942 y c) el de co-dirección matrimonial que elimina el poder de decisión del marido en los asuntos comunes e introduce la plena igualdad jurídica de ambos cónyuges.

En mérito a la brevedad agregaremos que, en dicho trabajo se arribó a conclusiones fundamentales para la interpretación del asentimiento desde el punto de vista formal; que podemos sintetizar así:

1. El asentimiento consiste en una declaración de voluntad unipersonal recepticia y quien la formula da a entender: a) que conoce el/o los negocios que realizan su cónyuge titular, b) que presta conformidad para que los celebre y por tanto está conforme para que dichos negocios produzcan todos sus efectos.

2. Que la declaración está dirigida hacia la/o las personas que tienen interés en conocerla...

3. Que nada impide que este asentimiento pueda dirigirse sólo al sujeto tercero negocial y no al cónyuge titular.

4. Que los efectos, en todos los casos, comienzan desde que queda formulado, y por lo tanto, si se otorga en forma a priori, puede quedar sin efecto con anterioridad al negocio siempre que medie declaración expresa del asentidor (arts. 946, 1138 y su nota, 1149 y 1150, Cód. Civil), desde luego que sin perjuicio de hacer conocer su decisión revocatoria, asumiendo su responsabilidad si su conducta fuere arbitraria (doctrina del art. 1155, Cód. Civil).

5. Que la ley no precisa el momento en que dicho asentimiento debe ser declarado.

6. Que el asentimiento es un medio y no el único para que el negocio alcance sus efectos.

7. Como toda declaración de voluntad, dado con anticipación al acto fundamental puede extinguirse antes de que se otorgue éste, a) sea por hechos sobrevinientes (fallecimiento, incapacidad declarada, expiración del plazo si fue condicionado) b) por resolución judicial; c) por actos de voluntad.

8. Que por aplicación del art. 1977, el asentimiento a priori puede ser otorgado en forma irrevocable si se cumplen los requisitos expresados en dicha norma.

9. Que la mayor parte de los negocios de derecho patrimonial caen dentro del ámbito de la representación (art. 1899, Cód. Civil) y para su eficacia es necesario: a) que el representante obre en nombre y por cuenta de su representado, b) que actúe con poder suficiente... "El asentimiento conyugal y el poder voluntario de representación tienen algunas características comunes, puesto que ambos revisten la categoría de negocios jurídicos autónomos que se formulan mediante una declaración de voluntad unilateral de naturaleza recepticia, con la diferencia de que el cónyuge que consiente por sí ejerce una facultad que le es propia porque está en su esfera patrimonial que le es propia. En cambio el apoderado ejerce la facultad que se le ha conferido y actúa ejerciendo un derecho ajeno a su propia esfera patrimonial.

10. Por su objeto, el apoderamiento está referido a todos los actos lícitos susceptibles de producir alguna modificación, adquisición o extinción de derechos (art. 1899, Cód. Civil) y su contenido puede ser general o especial con la única limitación de aquellos actos que no admiten representación...

11. Nada impide que el cónyuge no titular otorgue a su consorte o a un tercero un poder general para que en su nombre y cada vez que deba otorgarse un negocio dispositivo o de gravamen de los bienes pertenecientes a la comunidad conyugal declare su consentimiento, con el acto que convenga su cónyuge. Ello es posible porque el asentimiento no es un derecho personalísimo.

12. No existe la posibilidad de que ello importe una renuncia a la ley --como se ha sostenido por algunos prestigiosos tratadistas-- porque precisamente de acuerdo con la última parte del citado art. 19 del Cód. Civil puede renunciarse a un derecho o a una facultad conferida por la ley, puesto que en cualquier momento se puede revocar el apoderamiento o dejar sin efecto el asentimiento. La reforma de 1968 no incorporó una prohibición sino el derecho de conceder o negar el asentimiento. Pero aun admitiendo que la necesidad de ese derecho puede ser de orden público --sobre cuya naturaleza no hay definiciones concretas hasta hoy-- y por lo tanto imperativo, no integra dicho orden la forma de concederlo o negarlo, que se rige por el principio de la autonomía de la voluntad.

13. La doctrina extranjera sostiene firmemente que:

a) que no afecta el orden público;

b) que son aplicables las normas del mandato;

c) la validez está abonada por los antecedentes relacionados con la licencia marital;

d) Como se trataría de una protección que la ley brinda a los cónyuges, en especial a la mujer, a ella corresponde graduar el uso de ese "derecho-facultad" en función de la confianza que le inspire el esposo.

14. Si el derecho se manifiesta como una realidad viva dada por la experiencia, ella nos enseña que en un altísimo porcentaje, las relaciones entre los cónyuges son más armónicas y normales de lo que se piensa, basada en la confianza, producto de los sentimientos de amor, del afecto y de la intimidad. En la profesión notarial,

--que es donde primero se refleja la aplicación de las normas--, es donde mejor se puede notar que el asentimiento conyugal se otorga sin ningún tipo de dudas sobre el comportamiento y la confianza del otro cónyuge y, por último, como lo ha sostenido la hoy Academia Argentina del Notariado en el trabajo que nos ha servido de base para estas consideraciones, "Si esto es lo normal, ¿Por qué impedirlo o destruirlo sin más fundamentos que conceptos abstractos y carentes de apoyo legal?"

Por último y para concluir, podemos anticipar que en una de las últimas reuniones del Consejo Superior de la Academia Argentina del Notariado, el académico Francisco Ferrari Ceretti ha elaborado y leído un extenso trabajo sobre el tema que comprende desde "La evolución patrimonial de la sociedad conyugal en el derecho argentino; los argumentos en pro y en contra de la validez del apoderamiento general en sus diferentes casos; la legislación comparada y sus conclusiones hasta la refutación de la tesis prohibitiva concluyendo con "el agregado al art. 1277 del Cód. Civil de una interesante sugerencia. Este trabajo está en vías de publicación en la revista del Notariado del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, de próxima aparición y al que hemos tenido acceso por gentileza de su autor. Este trabajo del doctor Ferrari Ceretti sostiene abundantes citas y bibliografías de gran interés para quienes quieran ampliar sus conocimientos u opinar algo nuevo sobre el tema aquí expuesto.

Especial para la La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).