

Asentimiento conyugal

Dictamen elaborado por el escribano EZEQUIEL CABULI y aprobado por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en forma unánime, en sesión del 21/4/2010.

Doctrina

1. Para la venta total del inmueble ganancial de titularidad conjunta, si un cónyuge le otorgó al otro, mediante poder, suficientes facultades para enajenar, la voluntad expresada de ese modo torna superfluo el asentimiento previsto en el artículo 1277 del Código Civil.

2. Para la venta de bienes gananciales de titularidad conjunta, en los casos en que un cónyuge apoderado tenga facultades de venta de la totalidad del inmueble, no concurre el problema del asentimiento que prescribe el artículo 1277 del Código Civil el cual solamente se plantearía en caso de que uno de los cónyuges quisiera enajenar su porción indivisa ganancial.

3. La naturaleza del negocio determina la extensión del poder y la necesidad de cumplir el encargo impone al apoderado no hacer menos de lo que se le ha encomendado.

1. Antecedentes

Se presenta a esta comisión el expediente iniciado por los escribanos G. F. y A. J. S., quienes exponen los antecedentes:

1. Uno de los escribanos consultantes es requerido a efectos de otorgar una escritura de compraventa por la cual los cónyuges A. D. A., condómino en la proporción del 35%, y N. T., condómino en el 65% restante, venden el inmueble de la calle Palpa [...]. Los condóminos adquirieron el inmueble en virtud de la escritura de venta de fecha 9 de marzo de 2001, pasada ante el escribano de esta ciudad D. M. M.
2. Atento que A. D. A. estará ausente de la Ciudad de Buenos Aires, su esposa comparecerá al acto en su nombre

I. BELLUSCIO, Augusto C. (Dir.), *Código Civil comentado, anotado y concordado*, t. 6, n° 20, pp. 1470/71; LLAMBÍAS, JORGE J. y otros, *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, [2004], t. II-B "Artículos 896 a 1136. Hechos y actos jurídicos. Actos ilícitos"; BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, n° 353, p. 497; MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, t. II "Efectos personales y régimen de bienes del matrimonio", n° 278, p. 360; LLAMBÍAS y otros, *op. cit.* (cfr. *supra*), t. III-A, "Artículos 1137 a 1433. Contratos en general. Sociedad conyugal", p. 301; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil: derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 2006, n° 455, p. 554 (5ª edición actualizada y ampliada); Dictamen elaborado por el escribano Francisco Cerávolo publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, "Consultas Jurídico-notariales", n° 852, abril-junio 1998, pp. 115-122.

y representación, acreditando su personería con el poder que su cónyuge le otorgara con fecha 19 de febrero de 2010 ante la escribana G. F.

3. El consultante, en carácter de escribano autorizante de la nueva escritura de venta, observa que en el poder especial de venta se ha omitido consignar expresamente el asentimiento requerido por el artículo 1277 del Código Civil, a efectos de que la compareciente N. T. pueda disponer del 65 % que le corresponde en el inmueble.
4. Sostiene la escribana F., autorizante del poder especial de venta, que este poder es válido para realizar la operación de venta, ya que sería lo mismo que ambos concurren a la escritura, en cuyo caso no sería necesario que se dieran recíprocamente el asentimiento.

2. Consideraciones

En virtud de los antecedentes citados, se deberá analizar en el presente dictamen si el poder de venta otorgado constituye un instrumento idóneo para que pueda otorgarse el negocio jurídico solicitado.

Asentimiento conyugal del artículo 1277 del Código Civil:

El asentimiento conyugal es un negocio jurídico, unilateral y recepticio, integrativo del poder de disposición que la ley atribuye al cónyuge titular del dominio de bienes gananciales, inmuebles, derechos o muebles registrables. Su omisión determina la insuficiencia de legitimación de quien así pretendió disponer. La violación del requisito impuesto por la ley torna nulo al acto, con sujeción a la norma del artículo 1042 del Código Civil y también con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1043, aplicable en adecuada interpretación extensiva. Se trata de nulidad relativa, solo invocable por el cónyuge que debió declarar conformidad o por sus herederos, doctrina ampliamente mayoritaria¹.

La omisión del asentimiento conyugal en los casos en que es requerido (artículo 1277 del Código Civil) legitima a petitioner a solicitar la nulidad o anulación, en su caso, al cónyuge cuya conformidad fue omitida, o a los hijos menores o incapaces para cuya protección se impuso el requisito. Lo admiten inclusive los autores que ven en la falta de asentimiento una incapacidad de derecho

o prohibición impuesta al cónyuge disponente, quienes demuestran que no siempre la transgresión a una incapacidad de derecho da lugar a nulidad absoluta.

Ahora bien, ¿cuál es la forma impuesta para prestar el asentimiento conyugal?

Es necesario destacar que no existe norma jurídica que obligue a la expresión textual de los supuestos del artículo 1277 del Código Civil; en consecuencia, se puede entender que el asentimiento podrá ser otorgado tácitamente, siendo aplicable el artículo 918 del Código Civil: “La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria”.

Una situación similar a la descrita en el párrafo anterior, y como bien sostiene la escribana consultante, es el ejemplo en que ambos cónyuges disponentes de un bien ganancial se presentan en la escritura y venden un inmueble cuya titularidad comparten. Al ser ganancial, se entiende *tácitamente* que se prestan el recíproco asentimiento por la parte que enajena su cónyuge, no siendo necesario bajo ningún punto de vista jurídico consignarlo expresamente en la escritura.

Otra situación de *asentimiento tácito*, y siguiendo un ejemplo citado por Etchegaray en su libro *Escrituras y actas notariales*², se da en los casos en que un cónyuge no titular desocupa un inmueble vendido junto con el cónyuge titular, es decir, cuando no se opone a que se efectúe la tradición al adquirente.

Conforme al *principio de la libertad de las formas*, el artículo 974 establece que cuando ni las leyes ni el código designen una forma especial para algún acto jurídico, las partes pueden usar las formas que estimen convenientes. En consecuencia, podría interpretarse que el asentimiento conyugal puede darse en instrumento público como en instrumento privado. Si el asentimiento anticipado es otorgado en apoderamiento, podría aplicarse la normativa propia de tal instituto jurídico: expreso, tácito, instrumento público, privado, por cartas y aun verbalmente (artículo 1873 del Código Civil). En los casos en que se otorga el asentimiento conyugal anticipado, existe jurisprudencia que sostiene que es viable toda forma, aun el sentimiento *tácito*³. El artículo 1277 no aclara si la manifestación de voluntad del cónyuge que debe asentir el acto debe ser expresa, tácita, inducida de una presunción legal. Por ende, pueden aplicarse

2. ETCHEGARAY, Natalio P., *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 231.

3. Ver nota extendida en p. 259.

los principios de los artículos 918 y 919 en cuanto establece a la expresión tácita de la voluntad como una forma válida de exteriorizarla⁴.

Ahora bien, esta interpretación *no es absoluta* y no puede utilizarse en todos los supuestos. El asentimiento tácito debe interpretarse en forma restrictiva y en circunstancias especiales⁵.

Existen autores que han tratado la forma del asentimiento conyugal y han concluido que en ocasión de otorgarse una escritura pública traslativa de dominio, su expresión debe coincidir con dicha forma impuesta por ley, es decir la necesidad de su otorgamiento por esta misma vía –escritura pública–, en forma simultánea o anterior con la disposición del bien.

Si bien el artículo 1277 del Código Civil no establece la forma en que debe otorgarse el asentimiento conyugal, debemos nuevamente recurrir al análisis de su *naturaleza jurídica* para determinar la *forma* en que debe prestarse. Se trata de un derecho de control, veto que busca la protección, garantía de igualdad jurídica. El negocio consentido es el *principal*, el asentimiento conyugal es *accesorio* al mismo. Por lo que cabe considerar que el asentimiento conyugal es accesorio al acto de disposición. Por ende, inferimos que debe cumplir con la forma propia del acto principal. Es decir, y no obstante las excepciones que hemos señalado, en tales supuestos es necesario su expresión en instrumento público⁶.

Interpretación de las disposiciones del poder de venta

Seguimos a Etchegaray⁷ quien, al referirse a la extensión del poder en la compraventa inmobiliaria, indica que

[...] ese poder para vender un inmueble permite al apoderado que tiene en su poder dicho inmueble, además de recibir el precio de contado: efectuar tradición del inmueble al adquirente; otorgar la escritura con todas las cláusulas de estilo haciendo todas las manifestaciones negociales inherentes a una venta de contado, incluso las de orden notarial, registral o impositivo que requieran las leyes vigentes o fuere conveniente realizar al momento del otorgamiento.

Asimismo, y por aplicación del artículo 1905 del Código Civil, la naturaleza del negocio determina la extensión del poder y que la

4. LEFOSSO, Adriana M. y ZUVILIVIA, M., "Asentimiento conyugal. Poder para otorgar asentimiento y asentimiento general anticipado", *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 898, octubre-diciembre 2009, pp. 137-152.

5. En este dictamen, como se verá, se analiza el caso particular traído a consulta, siendo que su interpretación coincide con estos supuestos especiales y siendo perfectamente aplicable el asentimiento tácito.

6. LEFOSSO, Adriana M. y ZUVILIVIA, M., *op. cit.* (cfr. nota 4).

7. ETCHEGARAY, Natalio P., *op. cit.* (cfr. nota 2), p. 231.

necesidad de cumplir el encargo impone al apoderado no hacer menos de lo que se le ha encomendado.

La interpretación es una operación general que consiste en descifrar toda manifestación de voluntad productiva de consecuencias jurídicas. Interpretar significa buscar, a través de la expresión exterior, la real voluntad de lo expresado. Es, en definitiva, determinar los efectos jurídicos de una determinada declaración.

El artículo 1198 del Código Civil, a través de la reforma de la Ley 17.711, establece las pautas de interpretación en general conforme la buena fe. En un contrato privado, la ley prescribe atender más a la común intención de las partes –a través de lo que las partes entendieron o pudieron entender– que al sentido meramente literal de las palabras. La buena fe que refiere este artículo está dirigida a una interpretación razonable del contrato, lo que excluye que pueda imponerse a las partes una voluntad distinta que ellas no hayan manifestado o que no sería de cualquier manera razonable imputarles.

La eventual imperfección del lenguaje escrito torna aún más costosa la tarea interpretativa. Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos. Frente a la pluralidad de significados de las palabras, hay que atenerse al contexto, porque una cosa es el acuerdo que se plasma en el texto contractual, y otra la común intención de las partes⁸.

Análisis del caso particular

En el presente caso, para poder interpretar la verdadera voluntad de la cónyuge poderdante y para delimitar las facultades del poder, procedemos a transcribir la parte pertinente del mismo: “[...] INTERVIENE por sí y DICE: que confiere PODER ESPECIAL DE VENTA a favor de su esposa la señora N. T. [...] facultándola para que en su nombre y representación VENDA la finca sita en [...] Palpa [...]”

Es decir que no se aclara en ningún pasaje del poder, que su voluntad es enajenar solo su parte indivisa. En estos términos puede interpretarse que lo que ha querido el poderdante es que su cónyuge *venda* la totalidad del inmueble. A tal efecto fue facultado para realizar la manda “vender el inmueble ubicado en la calle Palpa” sin aclarar que desea que se enajene su parte

8. MAYO, Jorge A., “Apuntes sobre la interpretación de los negocios jurídicos (en particular de los contratos)”, *La Ley*, 2002-C-1004; Artículo 218, inc. 1º, del Código de Comercio; Artículo 1137 del Código Civil: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”; MORELLO, Augusto M., *El boleto de compraventa inmobiliaria*, La Plata, Librería Editora Platense, 1981, p. 235; BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1971, p. 343.

proporcional. Otra interpretación sobre el caso resultaría inconducente, ya que el poder no tiene limitación alguna con respecto a su objeto.

Conforme lo analizado, nos referiremos ahora a la forma en que debe prestarse el asentimiento conyugal y, en especial, a los casos particulares en los cuales –como vimos en el punto anterior– se entiende que este ha sido prestado tácitamente, circunstancia admitida por la jurisprudencia y la doctrina⁹. En tal virtud, entendemos que la señora N. T. –acreditando su personería con el poder referenciado– tiene facultades suficientes y puede otorgar válidamente el acto de disposición del inmueble en la forma relacionada.

En apoyo a esta circunstancia, nos referimos al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala A, –que trascibimos en su parte pertinente– donde se dio una situación muy similar a la presente y la interpretación ha sido entendida en el mismo sentido¹⁰:

Con relación al tema de la aptitud del poder para prestar el asentimiento que impone el citado artículo 1277, el recurrente recuerda la opinión de un sector de la doctrina que entiende que el espíritu de la ley es el de requerir la conformidad con cada acto en particular y con las condiciones de cada acto, por lo cual su propósito no quedaría satisfecho con una autorización genérica que no individualice la operación para la cual se la presta (ver BELLUSCIO, A. C., *Código Civil comentado, anotado y concordado*, t. 6, p. 177, coment. art. 1277; BORDA, G. A., *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, t. I, n° 396; FASSI, S. C. y BOSSERT, G. A., *Sociedad conyugal*, t. II, coment. art. 1277, p. 56, n° 17; MÉNDEZ COSTA, María J., “Mandato entre cónyuges”, *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, 1971-311; CAFFERATA, José, “Invalidez del asentimiento conyugal general anticipado”, *La Ley*, 1975-D-603; VIDAL TAQUINI, *Régimen de la sociedad conyugal*, p. 361, n° 288; CORNEJO, R., “El régimen de bienes del matrimonio y la Ley 17.711”, *La Ley*, 132-1350).

Esa idea, que fuera receptada en las *V Jornadas de Derecho Civil* (Rosario, 1971) no es sin embargo uniforme, ya que otro sector de la doctrina piensa que no es indispensable que en el poder figuren los detalles de la genérica operación autorizada por el cónyuge, dado que ella excede la finalidad del recordado artículo 1277, cuya hermenéutica debe ser la más acorde con el espíritu de la comunidad de vida que el matrimonio implica, el cual se ve robustecido por la prueba de confianza que constituye el otorgamiento de un poder especial concebido en términos generales, el

9. GIRALT FONT, Jaime, “Consentimiento general *a priori*”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 714, nov.-dic. 1970, pp. 2021-2025.

10. Cámara Nacional Civil, Sala A, autos: “De N., F. A. c/ Del V. J. de N., B.”, 2ª Instancia, Buenos Aires, 26/9/1995.

cual debe ser cuidadosamente preservado y respetado, evitándose la innecesaria interferencia de factores que disocien la convivencia y armonías conyugales (cfr. CICHERO, N., “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, *El Derecho*, 63-470, en esp. 476/8; VILLALBA WELSH, Alberto, “Viabilidad jurídica del asentimiento general anticipado”, *Revista Notarial*, n° 845, p. 1303).

Pero, sin embargo, estimo que esa discusión no resulta de relevancia para el caso en examen, toda vez que de los certificados de dominio que con referencia al inmueble de la calle [...] obran en autos, se advierte que su adquisición fue realizada en forma conjunta por el matrimonio D. y N., es decir, compartiendo la titularidad del bien, cuando ya el matrimonio se había celebrado y se hallaba, por ende, vigente la sociedad conyugal, que hacía regir la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos por los esposos (art. 1271, C. C.). Al haber sido adquirido a nombre de los dos, a ambos cónyuges les correspondía su administración y disposición (art. 1276, C. C.) y así se estime que su naturaleza jurídica se compadecía con los gananciales de titularidad conjunta, a los que se les aplique por analogía las reglas del condominio, a bien que se encontraba sujeta al régimen patrimonial general de la sociedad conyugal a que era simplemente un condominio de partes indivisas gananciales, su disposición por acto voluntario requería del concurso del consentimiento de los dos titulares (cfr. BELLUSCIO, A. C., *Manual de derecho de familia*, t. II, pp. 91-92; BORDA, G. A., *op. cit.*, t. I, p. 281, n° 379 y nota 534 bis; MÉNDEZ COSTA, M. J., “El sujeto de la gestión de los bienes gananciales”, *Jurisprudencia Argentina*, 1971-12-809).

Siendo así, coincido con el voto del doctor Durañona y Vedia que funda el fallo de la Sala F de esta Cámara (registrado en ED, 72-537) quien, con cita de Belluscio (*op. y loc. cit.*), afirma que, *en tales situaciones de venta de bienes gananciales de titularidad conjunta, no concurre el problema del asentimiento que prescribe el artículo 1277 del Código Civil el cual solamente se plantearía en caso de que uno de los cónyuges quisiera enajenar su porción indivisa ganancial. Como en el caso de autos la señora de De N. prestó el consentimiento para la venta total del inmueble, por sí y por su esposo, respecto del cual –como se ha visto– poseía suficientes facultades para enajenar, es obvio que la voluntad de ambos cónyuges cotitulares del bien, expresadas de ese modo, tornaba superfluo el asentimiento previsto en el artículo 1277 del Código Civil.*

El apartado VI de la sentencia, que tanto ofende al actor, en realidad contiene la valoración de ciertos vestigios probatorios que robustecen la decisión, al mostrar una tesitura convalidatoria del accionante respecto del desatinado obrar de su esposa, que abo-

nan la inexorable conclusión desestimatoria del planteo de nulidad que impone el hecho de la suficiencia del mandato. Ello así, porque si la mandataria, como concluyera antes, actuó dentro de las facultades conferidas, *el acto otorgado resultó válidamente oponible al mandante y a los terceros que contrataron con aquel, por más inconveniente que le haya resultado la gestión de la mandataria quien, en su caso, sería la única responsable de los perjuicios inferidos por su actuación.*

3. Conclusiones

Conforme lo analizado en doctrina y jurisprudencia, en cuanto a la forma en que debe prestarse el asentimiento conyugal, consideramos que en el poder traído a consulta no se omite el asentimiento conyugal sino que este ha sido otorgado en forma tácita y, en tal virtud, la señora N. T. puede otorgar válidamente el acto de disposición del inmueble en la forma relacionada.

Debe interpretarse en el presente que lo que ha querido el poderdante es que su cónyuge *venda la totalidad* del inmueble. A tal efecto lo ha facultado para realizar la manda *vender el inmueble ubicado en la calle Palpa* sin aclarar que desea que se enajene solo su parte proporcional. Otra interpretación sobre el caso resultaría ilógica, ya que el poder no tiene limitación alguna con respecto a su objeto.

La naturaleza del negocio determina la extensión del poder, y la necesidad de cumplir el encargo impone al apoderado no hacer menos de lo que se le ha encomendado.

No obstante ello, la eventual imperfección del lenguaje escrito torna aún más costosa la tarea interpretativa del escribano que debe analizar las facultades del apoderado.

En tal virtud, consideramos que una exposición acabada de la totalidad de los actos necesarios para la culminación del negocio encomendado, traerá seguridad jurídica y consolidará la adquisición de los derechos de terceros conforme la buena fe. Asimismo, evitará futuras controversias entre poderdante y apoderado (aspecto interno de la representación) a la hora de rendir cuentas por los actos ejecutados.

Nota extendida

3. Autos “Cabáñez Arce, Abelardo c/ Stagnitt, Egidio y otra”, CApel.C.C. y Min. San Luis, 14/10/1969, *La Ley*, t. 136, 14/10/1969; GATTARI, Carlos N., *Poder dispositivo de los cónyuges* [art. 1277 del Código Civil], La Plata, Librería Jurídica, 1974, sostiene: “1) En el apoderamiento la relación jurídica tiene dos aspectos: *interna* y *externa*. *Interna*: entre mandante y mandatario. Es de contenido negocial en cuanto el mandatario acepta la manda. Este responde por inejecución (artículo 1904). *Externa*: entre el mandatario y los terceros ante quien actúa a nombre del mandante. 2) En el asentimiento anticipado solo se da el aspecto interno: es la relación interna que se da entre el cónyuge asentidor y el cónyuge titular disponedor. No existe una relación externa del cónyuge con los terceros adquirentes ya que el negocio lo celebran con el cónyuge titular”.