

CONSENTIMIENTO. CÓNYUGE NO ADMINISTRADOR.
DIP. PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO

Resumen

Admisibilidad del asentimiento conyugal anticipado y específico de acuerdo con el régimen que establecía el artículo 1277 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Informe: Civil

Consulta

I. HECHOS

30.10.1973. Por escritura pública que autorizara en la ciudad de Montevideo el Esc. JF, inscrita en el entonces Registro de Traslaciones de Dominio de Maldonado, UU sociedad comercial enajenó por compraventa y tradición en común, proindiviso y por partes iguales a los señores JCA y EJC, ambos argentinos y casados en únicas nupcias con TR y CMR, respectivamente, y domiciliados en Buenos Aires, los solares padrones ...1, ...2 y ...3 del departamento de Maldonado.

25.10.1984. Por escritura pública que autorizara el Esc. CR en la provincia de Córdoba, Argentina, legalizado y protocolizado, el Sr. EJC, casado en primeras nupcias con CMR, otorgó poder especial y expreso al Sr. JCA para que en su nombre y representación «venda los inmuebles de su propiedad [...] padrones ...1, ...2 y ...3 del departamento de Maldonado, ampliamente descriptos en dicho poder, por el precio, forma, plazo y demás condiciones que el mandatario estimara convenientes, y demás cláusulas de estilo». Presente en dicho otorgamiento, la cónyuge CMR «acuerda su consentimiento en los términos del artículo 1277 del Código Civil, suscribiendo este instrumento».

25.10.1984. Por escritura pública que autorizara la Esc. GBB, la Sra. TR, divorciada de JCA, y el Sr. JCA, divorciado de la anterior, quien concurre a dicho otorgamiento «por sí y en nombre y representación según poder que se relacionará de los esposos EJC y CMR», venden «al Sr. PAM [...] los padrones referidos en el poder citado». En los controles de dicha escritura, la autorizante indica que la representación surge del poder relacionado, por el cual los cónyuges EJC y CMR le «confieren facultades suficientes para este otorgamiento». Del relacionado de procedencias surge que los inmuebles fueron adquiridos por los señores JCA y EJC, casados respectivamente con las citadas, por lo que su administración le correspondía a estos.

26.12.2020. El Sr. PAM otorgó un contrato preliminar por el cual se obligó a vender y el Sr. DM se obligó a comprar los referidos inmuebles.

El escribano del futuro comprador entiende que el título podría ser observable por algún colega, por entender que estaría faltando el consentimiento del cónyuge no administrador, ya que esta no otorgó poder para vender (como fuera erróneamente invocado en la escritura); y «como la intención del futuro comprador es construir para vender, no quisiera que se le generaran problemas», por lo que las partes acordaron someter el caso a la opinión de la Asociación de Escribanos del Uruguay.

II. OPINIÓN DEL CONSULTANTE

Estamos frente a un caso en el que corresponde aplicar las normas del derecho internacional privado contenidas en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940; en particular, el artículo 16, que dispone:

Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley de situación de los bienes.

De acuerdo con dicha norma, son de aplicación las leyes argentinas respecto a los enajenantes, por ser estos todos argentinos y ser el primer domicilio matrimonial en dicho país, de acuerdo con lo informado.

Con respecto a la enajenación de bienes inmuebles, dispone el Código Vélez Sarsfield, vigente a la fecha de la compraventa en el vecino país, en sus artículos 1276 y 1277:

Artículo 1276. Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277.

Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podrá dirimir los casos de conflicto. [Párrafo incorporado por el artículo 1.º de la ley 25.781, B. O. 12.11.2003.]

Uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro sin mandato expreso o tácito conferido por este. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas. [Artículo sustituido por el artículo 1.º de la ley 17.711, B. O. 26.4.1968. Vigencia: a partir del 1.º de julio de 1968.]

Artículo 1277. Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de estas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo, previa audiencia de las partes.

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para

disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátese en este caso de bien propio o ganancial.

El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido.

Surge claramente de las normas transcriptas que lo que el derecho argentino exige es el consentimiento (o asentimiento) del cónyuge no administrador (en el caso, la Sra. CMR). La cuestión por dilucidar, entonces, es si dicho asentimiento fue prestado debidamente o no, y qué consecuencias tiene la invocación del poder por parte del representante.

En el caso, no cabe duda de que dicho consentimiento o asentimiento fue prestado por la cónyuge en el poder, ya que en este se establece: «Presente la cónyuge CMR [...] acuerda su consentimiento en los términos del artículo 1277 del Código Civil, suscribiendo este instrumento». Como fue indicado, dicho poder era especial para enajenar los bienes objeto de la compraventa (sin perjuicio de lo que se dirá respecto al consentimiento general), por lo que no puede quedar duda de que se cumplió con lo preceptuado en el artículo 1277 del Código Civil argentino.

En este orden de ideas, cabe destacar que la doctrina argentina mayoritaria acepta incluso el consentimiento general anticipado. Entre otros, la Academia Notarial Argentina se expresó en los *Estudios de la validez del asentimiento general anticipado* (Buenos Aires, 1974):²¹

Oswaldo S. SOLARI coincide en la validez del consentimiento general anticipado dado por el cónyuge no titular al disponente del bien, en las realidades de la vida de relación de los cónyuges, que en el art. 1277 no se han establecido normas de la regulación del consentimiento respecto de las formalidades que deben cumplirse para que tenga validez legal tanto en las relaciones entre cónyuges como respecto de terceros que contratan con la sociedad conyugal, en materia de bienes gananciales o de bienes que tengan las características de ser el hogar de hijos menores de edad.

Si los eximios juristas que integraron la Comisión Reformadora del Código Civil no hicieron puntualizaciones al respecto, debe interpretarse que el instituto se agota con su sola presencia.²²

Con el artículo 1277 se ha querido brindar a los cónyuges una protección efectiva, pero esta pretensión no puede llegar al límite de sustituir la propia voluntad del cónyuge obligándole a protegerse más allá de lo que crea conveniente.²³

Imperativo de la ley es dar el consentimiento, pero la forma de darlo o negarlo escapa al ámbito imperativo, porque en esa oportunidad se torna plena la autonomía de la voluntad y tanto puede darse antes o después del

21 FERRARI, Francisco. «La forma de exteriorizar el consentimiento del cónyuge que requiere el artículo 1277 del Código Civil». En *Revista del Notariado*, n.º 824, p. 289.

22 Ídem, p. 240.

23 Ídem, p. 241.

acto dispositivo, con carácter general o especial. [...] Para Jaime GIRALT FONT (*Revista del Notariado*, 1970, pp. 2021 y ss.), el asentimiento puede ser prestado con antelación al otorgamiento del acto jurídico y, en tal caso, puede darse para uno o más actos y aun indeterminadamente para disponer o gravar en general.

El asentimiento general amplio o para cualquier acto o cualquier bien no implica en modo alguno una renuncia de derechos por parte del cónyuge que lo confiere y, por lo tanto, es indiscutible su validez.²⁴

La ley establece la necesidad del consentimiento, pero no precisa el momento en que debe ser declarado.

La doctrina admite la posibilidad de que se preste en tres momentos: antes, simultáneamente o con posterioridad a la celebración del acto dispositivo.

Los derechos conferidos por las leyes pueden renunciarse con tal que solo miren el interés individual y no esté prohibida su renuncia (art. 19 C. C.).

Dar matiz de orden público al consentimiento conyugal que requiere el art. 1277 C. C. no pasa de ser una apreciación teñida de ambigüedad caracterizante de lo que es orden público, desde que no tiene siquiera el aporte de una manifestación expresa en ese sentido.

Pero aun admitiendo que la regulación del consentimiento que impone el art. 1277 C. C. es de orden público, una cosa es que la exigencia del consentimiento sea de orden público y otra cosa es que sea de orden público la forma de dar el consentimiento.

La manera de conceder o negar el consentimiento escapa del ámbito de lo imperativo, porque en ese momento se torna plena la autonomía de la voluntad y, entonces, puede concederse tanto con carácter general o especial. Limitar el derecho de consentir es cercenar la autonomía de la voluntad.²⁵

No caben dudas de que en el caso, el consentimiento fue prestado en forma anticipada por la cónyuge, en el poder referido, dando pleno cumplimiento a la exigencia del artículo 1277 del Código Civil argentino.

La posibilidad de prestar el consentimiento en forma anticipada también es admitida en nuestro derecho; entre otros, por el Prof. VAZ FERREIRA: «En todos estos casos, la conformidad de la mujer puede darse, por ejemplo, por anticipado, incluso para que el bien sea enajenado a cualquier precio y al título que el marido crea conveniente».²⁶

La invocación del mandatario de actuar a nombre de la cónyuge

Está claro que la cónyuge no otorgó mandato con poder de representación al mandatario de su esposo. Pero este no era necesario, ya que, como se

24 Ídem, p. 242.

25 Ídem, p. 252.

26 VAZ FERREIRA, Eduardo. *Tratado de la sociedad conyugal*, tomo II, 2.^a ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1963, p. 43.

expresara, lo que exige la norma es que el cónyuge no administrador —la mujer, en el caso— preste su consentimiento, y esta ya lo había hecho en el poder de marras, no surgiendo que este hubiere sido revocado, si es que ello fuere posible, en cuyo caso debió ser inscripto en los registros respectivos.

Queda, entonces, por dilucidar qué efecto pudiere tener la invocación por parte del mandatario de que actuaba en nombre y representación del cónyuge no administrador (es claro que sí lo hacía respecto al cónyuge administrador).

El punto fue evacuado en un caso similar por la Comisión de Derecho Civil de la AEU en el expediente 2615/2004: «Hay, en realidad, una sobre actuación del mandatario, pues ya la conformidad había sido prestada; solo había que controlarla».

Dice al respecto VAZ FERREIRA:²⁷

En síntesis: cuando se enajena, por ejemplo, un inmueble adquirido por el marido, es el marido quien enajena el bien (art. 1971 del C. C., modificado solo en cuanto actualmente se exige para el caso la conformidad de ambos cónyuges), y la mujer da su conformidad a la enajenación (art. 51 de la ley 10.783). Y cuando se enajena un inmueble adquirido por la mujer, ella es quien dispone del bien (art. 2.º de la ley), y el marido presta su conformidad (art. 5.º).

Por todo lo expuesto, entendemos que en la compraventa de fecha 22.5.1998, el cónyuge administrador enajenó a través de su representante, quien tenía las facultades para dicho otorgamiento, habiendo prestado el asentimiento la cónyuge no administradora con anterioridad al acto, en el poder relacionado, dando cumplimiento a los requisitos que establece el Código Civil argentino en su artículo 1277, no siendo aquella observable.

Como otro punto a tener en cuenta, cabe recordar que han transcurrido más de veinte años desde dicho otorgamiento sin que se haya iniciado ninguna acción.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Se consulta la admisibilidad o no del asentimiento conyugal otorgado con anterioridad a la venta del año 1998 y si es relevante o no que el mandatario haya actuado en nombre y representación de ambos cónyuges. Esta comisión comparte la opinión manifestada por el consultante con relación a la admisibilidad del asentimiento conyugal en la forma en que fue otorgado y agrega las siguientes consideraciones.

27 VAZ FERREIRA, Eduardo. Ob. cit., p. 53.

1. EL ASENTIMIENTO CONYUGAL DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1277 DEL CÓDIGO CIVIL VÉLEZ SARFIELD

La ley que regula el régimen de bienes del matrimonio en lo referente a la naturaleza propio o ganancial de los bienes y la administración de ellos es la ley del primer domicilio matrimonial, punto de conexión previsto en el artículo 16 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 y también en el artículo 41 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, y en el artículo 2397 del apéndice del Código Civil.

En la consulta planteada, la referencia al artículo 1277 del Código Civil de Vélez Sarsfield nos induce a considerar que el primer domicilio matrimonial fue en Argentina, y bajo esa premisa se realizan las siguientes consideraciones.

Al momento de otorgarse la compraventa objeto de marras (26.5.1998) regía el artículo 1277²⁸ del Código Civil Vélez Sarsfield, como bien menciona el consultante.

Con relación a la naturaleza jurídica del asentimiento conyugal referido en el artículo citado, la doctrina argentina sostenía que se trataba de un acto autónomo por el cual se presta la conformidad a un acto jurídico ajeno, no generándose una situación de codisposición. Por tal razón, el cónyuge que asiente no asume responsabilidad ni deuda alguna con motivo de ese acto; no puede ser demandado por incumplimiento, no tiene derecho a la mitad del precio, etc. En ese sentido, puede leerse a ZANNONI,²⁹ MAZZINGHI³⁰ y KAMELMAJER.³¹

La doctrina argentina discutía si era admisible el asentimiento otorgado de manera general y anticipado, esto es, un asentimiento para todos los

28 Artículo 1277 del Código Civil de Vélez Sarsfield: «Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de estas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo, previa audiencia de partes» (inc. 1). «También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial» (inc. 2).

29 ZANNONI, Eduardo Antonio. *Derecho de familia*, tomo 1. Buenos Aires: Astrea, 1978, pp. 580-581.

30 MAZZINGHI, Jorge Adolfo; LOREDO, Marta (colab.). *Derecho de Familia: efectos personales y régimen de bienes del matrimonio*, tomo 2. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972, p. 387.

31 KAMELMAJER, Aída (dir.); HERRERA, Marisa (dir.); LLOVERAS, Nora (dir.); MOLINA DE JUAN, Mariel; CHECHILE, Ana M.³; DUPRAT, Carolina; PELLEGRINI, María Victoria; MEDINA, Graciela. *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, tomo 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 635.

actos que en el futuro realice el otro cónyuge. A vía de ejemplo, MAZZINGHI³² sostenía que sí; en cambio, ZANNONI³³ se manifestaba en contra.

En cualquier caso, la doctrina no ponía en tela de juicio la admisibilidad del asentimiento anterior pero especial para uno o varios actos, y con relación a él, SAMBRIZZI³⁴ estimaba innecesario que el asentimiento del cónyuge titular del bien sea prestado con referencia al contenido de la operación, o sea, con constancia del precio, interés, etc., elementos que sí debían constar cuando la autorización era judicial.

En el caso sometido a consulta, la cónyuge CMR otorgó el asentimiento conyugal requerido por el artículo 1277 referido, en la misma escritura pública en que su marido confirió poder para vender los tres solares de terreno por el precio, forma, plazo y demás condiciones que el mandatario estime convenientes; es decir que el asentimiento conyugal fue otorgado con anterioridad a la venta, pero de manera específica para esa venta que concretaría el apoderado y, por lo tanto, es admisible.

Vale destacar que el actual Código Civil y Comercial de la Nación, que rige a partir del 1.8.2015, puso fin a la discusión sobre si es admisible o no el asentimiento conyugal anticipado y genérico, porque en su artículo 457 dispone que «en todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquel debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos».

Esto significa que en la actualidad no es admisible el asentimiento anticipado de manera genérica, sin perjuicio de que es admisible el asentimiento anticipado especial; pero en este caso, el nuevo código es más exigente que el anterior, al requerir que verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. De cualquier manera, el artículo 457 citado no es aplicable al caso de marras porque el artículo 7.º de este nuevo código³⁵ estableció como principio la irretroactividad de la ley y, por lo tanto, no es exigible un requisito que al momento de otorgarse el acto (año 1998) no existía.

Como argumento subsidiario se agrega que el régimen argentino estableció un plazo para que el cónyuge omitido pueda accionar contra la enajenación. Al respecto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, si bien consagra la irretroactividad de la ley en el artículo 7.º citado, como ya se expresó, en el mismo artículo también establece que las leyes se

32 MAZZINGHI, Jorge Adolfo, y LOREDO, Marta (colab.). Ob. cit., pp. 397 y ss.

33 ZANNONI, Eduardo Antonio. Ob. cit., pp. 599 y ss.

34 KEMELMAJER, Aída (dir.), et al. Ob. cit., p. 634.

35 Artículo 7.º del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: «Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo».

aplican a las consecuencias de las situaciones jurídicas existentes (o sea, es de aplicación inmediata).

Con relación al tema en estudio, en el artículo 456 establece que en caso de omisión del asentimiento conyugal, el omitido tendrá un plazo de caducidad de seis meses para demandar la nulidad del acto desde que lo conoció y no más allá de los seis meses de la extinción del régimen matrimonial, con lo cual se establece un plazo breve pero de comienzo incierto. Por otra parte, el artículo 4023 del Código de Vélez Sarsfield establecía que «toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, tratándose de actos nulos o anulables, si no estuviese previsto un plazo menor».

En el caso planteado, ya sea que se considere aplicable el artículo 456 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación o el artículo 4023 del Código de Vélez Sarsfield, luego de haber transcurrido veintiún años desde la enajenación y no haberse planteado por CMR ninguna acción al respecto, y ante el caso hipotético —sumamente improbable— de que hoy se presentara la cónyuge CMR, alegara que el asentimiento conyugal no era admisible en la forma en que fue dada y pretendiera realizar algún tipo de reclamo, de todos modos es razonable considerar que el plazo para reclamar ya caducó y el negocio quedó firme.

2. ACTUACIÓN DEL MANDATARIO EN NOMBRE DE AMBOS CÓNYUGES

Corresponde distinguir dos actos distintos: el asentimiento conyugal anticipado y el apoderamiento para otorgar el asentimiento conyugal. En el primer caso, el cónyuge no administrador manifiesta su asentimiento conyugal a un acto que en el futuro celebrará su cónyuge o un apoderado de él. En el segundo, el cónyuge no administrador no manifiesta su asentimiento conyugal, sino que confiere poder al apoderado para que, en su nombre y representación, otorgue en el futuro el asentimiento conyugal con relación a un acto que en el futuro celebrará su cónyuge o un apoderado de él.

En el caso planteado, en la misma escritura pública en que el marido de CMR confirió poder para vender los tres solares de terreno, CMR otorgó el asentimiento conyugal de manera anticipada y especial al acto que en el futuro celebre el apoderado de su marido.

El asentimiento conyugal anticipado se otorgó de manera vinculada al apoderamiento relacionado; por lo tanto, es razonable que el apoderado del marido, al momento de vender los tres inmuebles, invoque ese asentimiento conyugal.

El hecho de que el apoderado haya actuado en nombre de ambos cónyuges, en lugar de actuar en nombre del poderdante y declarar que el cónyuge no administrador manifestó su asentimiento conyugal con anterioridad, es intrascendente: no era necesario que el apoderado representara a CMR, pues ella ya había otorgado el asentimiento conyugal por sí misma.

Lo relevante es que el apoderado tenía poder para vender los inmuebles por el precio, plazo y condiciones que estime conveniente en nombre y representación de EJC, y que CMR ya había prestado su conformidad a esa venta.

Esc. Juan Pablo Villar
Informante

Los Escs. Laura Parnás, Ana Lía Méndez López, Lourdes Mainé, Gabriela Di Matteo, Margarita Puertollano, Carlos Groisman, Ana Laura Bertolotti, Ana De Mello, Gonzalo Trobo, M.^a Inés Casatroja, Beatriz Vázquez, Juan Pablo Alonso, Victoria Adami, Analía Cánepa, Paola Bartfeld, Ana Irabedra, Natali Bustelo, Javier Carneiro, María Laura Conde, Mariana Capel, Carina Charlone, Stefanía Della Mea, María Carmen Reyes, Nicolás García Rodríguez, Laura Martínez Baldizoni, Adriana Silva, Sabrina Buono, Verónica Ubillos, Ana Correa y M.^a del Rosario Marchese, todos integrantes de la Comisión de Derecho Civil, aprueban —vía correo electrónico— el informe que antecede, elaborado por el Esc. Juan Pablo Villar.

Escs. Juan Pablo Villar y Roque Molla
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional
de la AEU el 28.5.2020, expediente 2322/2020.*