

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

TEMA X - Autorización Judicial Supletoria del Consentimiento. Requisitos procesales que deben cumplirse para su eficacia

Carácter del proceso:

- a) Se trata de un proceso voluntario. (Opinión de los consejeros Pondé, Pelosi y Falbo).
- b) No es un proceso voluntario sino contencioso. (Opinión de los consejeros Martínez Segovia, Yorio, Ferrari Ceretti y del profesor Carneiro, quien ordena y desarrolla los fundamentos).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Procedimientos a seguir:

- a) Los del artículo 5º, inciso 12, C.P.C. y C. de la Nación para los que opinan que se trata de proceso voluntario.
- b) Juicio ordinario, a menos que los códigos procesales posteriores a la ley 17711 dispongan un procedimiento especial (para los que opinan que es contencioso).

Juez competente:

a) Los jueces civiles, por razón de la materia, siendo incompetentes los jueces de paz letrados, los laborales, criminales y comerciales, donde esté diferenciada la competencia. No obstante, si la sentencia está consentida personalmente, no es observable por incompetencia.

b) Por razón del territorio:

I. Los que opinan que es un proceso voluntario, coinciden en que el juez competente es el del domicilio del disponente y que no interesa el domicilio conyugal (Pondé), ni que estén separados de hecho.

II. Los que piensan que es contencioso hacen las siguientes distinciones:

A) Domicilio conyugal cuando se mantiene la unidad.

B) También, cuando estando separados de hecho, no han fijado nuevo.

C) El juez del divorcio mientras no se haya liquidado, luego la misma solución del punto B) para los divorciados según sea una u otra la situación del domicilio.

D) Si el cónyuge está ausente, el del domicilio conyugal o último conocido.

E) El ausente declarado tal, el último conocido o entenderse con el curador.

F) En los casos de ausencia con presunción de fallecimiento ya no existe consentimiento conyugal sino de los herederos como titulares del derecho.

III. Tiene influencia para dar una u otra solución, la calificación del bien en propio o ganancial y si existe e no constancia del origen del dinero, según se aplique la doctrina de que dispone el marido (en el último supuesto) o la de la codisposición, en que no habría asentimiento, o la que sostiene que administra y dispone el cónyuge titular.

Citación:

I. Por cédula cuando se conoce el domicilio, con declaración en rebeldía en su caso. En caso de rebeldía debe interpretarse que desiste de la oposición.

II. Siempre en el domicilio del cónyuge citado.

III. Por edictos cuando se desconoce, designándose defensor en este caso.

IV. Acta de notoriedad: El consejero Pondé sugiere que sea posible

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

utilizarla para reemplazar a los edictos con la debida cautela. La mayoría sostiene que sólo puede usársela para probar la ausencia.

Prueba:

- I. Son admisibles todos los medios de prueba.
- II. La carga de la prueba recae sobre el actor en cuanto a la negativa y la ausencia, y en el demandado en cuanto a la justa causa de la negativa.
- III. Debe probarse: según los casos: la ausencia, la negativa, la justa causa de la negativa, la prescindibilidad del bien, la existencia o inexistencia de menores o incapaces, el destino para hogar familiar o no.
- IV. En otro orden de cosas debe probarse el vínculo familiar, el título y la operación concreta para la que se solicita.

Legitimación procesal:

- I. El cónyuge disponente.
- II. El cónyuge demandado, presente o declarado rebelde, el defensor del ausente; el Ministerio Pupilar en caso de existir menores o incapaces (se comprende entre los protegidos a los habilitados y los que ejercen oficio o profesión, no así a los penados ni los emancipados por matrimonio).
- III. El adquirente por vía subrogatoria (art. 1196) probando el contrato, la inactividad y el perjuicio. O elegir la vía de la acción por cumplimiento del contrato.

Sentencia:

Acoger o desechar la negativa; en caso de ausencia o no concurrencia, acordar la autorización. Si se trata de bien propio, la prescindibilidad o falta de perjuicio.

Debe analizarse la prueba; no corresponde disponer el depósito de la mitad del precio en los bienes gananciales.

Tiene efectos de cosa juzgada formal y material.

Desde el punto de vista del notario:

I. El tema se refiere a los requisitos procesales de la ley civil y no los de los códigos de procedimientos, pero dado el planteo debe analizarse el procedimiento como se ha hecho.

II. Lo único que debe controlarse es la audiencia previa de las partes. El notario sólo debe verificar si la autorización judicial ha sido acordada previa audiencia.

III. El documento de autorización debe ser exhibido al notario, ser especial para el acto, relacionárselo en la escritura y agregárselo conforme al artículo 1003.

(En disidencia Martínez Segovia, que considera que no es documento habilitante por tratarse de complemento de la propia aptitud de disponer y no representación de intereses de terceros).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IV. No cabe designar representante para que concurra a la escritura a prestar el consentimiento, ni menos la concurrencia del juez.

V. La ley no exige que el consentimiento sea dado en escritura pública, puede prestarse en un boleto privado con firma autenticada, y no es necesaria su reiteración en la escritura pública (profesor Carneiro). (Nota: Esta opinión no fue compulsada por los señores consejeros).

VI. La autorización judicial supletoria a que se refiere el artículo 1277 del Código Civil debe acordarse con referencia a una operación concreta y previa audiencia de las partes. Estas son las formalidades esenciales cuyo cumplimiento el notario debe verificar a fin de establecer la legitimación del cónyuge disponente.

VII. Los presupuestos y requisitos procesales que han de observarse para su obtención serán los reglamentados en las leyes de fondo y en los respectivos códigos de procedimientos.

VIII. No es venia supletoria sino autorización judicial supletoria.

IX. Para exigir o no el consentimiento y la autorización judicial supletoria, el notario debe estudiar el carácter de los bienes de la sociedad conyugal: a) Calificación de propio o ganancial; b) En los propios, atenerse a la afirmación del cónyuge de que no está allí el hogar conyugal ni existen menores o incapaces (Pondé - Falbo), o basarse en el conocimiento que de ello tenga el adquirente.

X. No es aceptable exigir el consentimiento o autorización judicial supletoria "a mayor abundamiento".

OPINIÓN DEL CONSEJERO EDUARDO B. PONDÉ

Doctrina:

Si un cónyuge negare su consentimiento para otorgar alguno de los actos jurídicos enumerados en el artículo 1277 del Código Civil (texto ley 17711), la autorización judicial supletoria deberá requerirse al juez del domicilio del cónyuge con titularidad dispositiva.

La citación del otro cónyuge se hará en el domicilio conyugal o en el domicilio conocido si estuvieren separados de hecho.

Desconociéndose el domicilio, la citación se hará por edictor (art. 145 C.P.C. V C ley 17454). Eventualmente podría solicitarse sustituir la citación por edictos mediante acta de notoriedad acreditativa de hechos que tornen inoperante la publicación de edictos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Considerandos

Juez competente.- La petición que formula el cónyuge para obtener la autorización supletoria, encuadra dentro de los procesos voluntarios, desde que se busca integrar los elementos para la concreción de una relación jurídica privada. Es una actividad a cumplir en el ámbito jurisdiccional con las características de las autorizaciones para contraer matrimonio, comparecer en juicio o nombramientos de tutor o curador. Bajo esa concepción, como proceso voluntario, la competencia está regulada por el inciso 12 del artículo 59 del C.P.C. y C. que fija como juez competente, "En los procesos voluntarios, el del domicilio de la persona en cuyo interés se promueven, salvo disposición en contrario".

El primer y fundamental interesado es el cónyuge que por titularidad domiciliar posee facultad de disponer. Luego, entonces, el juez competente es el del domicilio del cónyuge disponente.

No incide para nada la circunstancia de que los cónyuges convivan en el domicilio matrimonial o estén separados de hecho. La competencia no varía porque corresponde siempre la del domicilio del que dispone y no la del que simplemente consiente.

Es atinado hacer mención al caso de adquisición de un bien por la mujer sin hacer constar el origen del dinero, porque es temática en que la doctrina notarial está dividida. Un sector sostiene que la administración y disposición compete al marido; el otro mantiene que ambos sin titulares y coadministran y codisponen. En el primer supuesto es competente el juez del domicilio del marido acorde con lo antes expuesto; en el segundo caso no prosperaría la autorización supletoria porque no se trata de suplir la falta de consentimiento que es lo que prevé el artículo 1277.

Citación.- La citación del cónyuge de quien se pretende el consentimiento se hará en el domicilio real de éste (art. 339 C.P.C. y C.), pero puede acaecer que - especialmente si estuvieren separados de hecho de largos años atrás - los cónyuges no convivan en el mismo domicilio, por cuya razón sería de aplicación el artículo 145 del C.P.C. y C. en cuanto a que puntualiza que, ignorándose el domicilio, procederá la notificación por edictos.

El ajuste legal no admite variación a la publicación de edictos en los casos que corresponde; empero, cabe aceptar ante situaciones muy especiales que prospere la sustitución de la citación mediante edictos por actas de notoriedad. Ello debe hacerse, indefectiblemente, con cautela.

Apreciamos viable que se acredite la notoriedad de hechos por testificación o elementos probatorios de la notoriedad de la separación de los cónyuges prolongada e ininterrumpida o del alejamiento del país de manera definitiva y en época determinada c de persona a la que se tiene por muerta en guerra o en expedición riesgosa.

La prudencia debe ser rectora. La notoriedad debe basarse en hechos con sentido afirmativo, verbigracia: "Sé que partió hacia Europa en el año 1940 con ánimo de radicarse allá definitivamente"; "Tuve noticia de su fallecimiento por un familiar al ser invadida Polonia en la última guerra mundial"; "Me consta que participó en la expedición organizada por el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

explorador N.N. al Amazonas, cuyos componentes jamás regresaron".

El hecho notorio apoyado en que no se sabe nada desde hace muchos años es feble, carece de fuerza convincente para dar vigor a la notoriedad; por eso es que decimos de la necesidad de que posea sentido afirmativo, de conocimiento fundado, como para que tenga calidad de convicción apta para solicitar la supresión de citar por edictos ante la visible inoperancia que tendría.

Bienes propios.- Si bien el procedimiento no varía en cuanto a Juzgado competente, como asimismo a manera de citación, interesa, en cambio, determinar cuándo el notario debe requerir la resolución judicial supletoria. En tratándose de bienes gananciales, la comparecencia de ambos cónyuges, sea para disponer, sea para consentir, es inevitable; más, con respecto a los bienes propios, es el notario quien debe aquilatar si corresponde o no requerir el consentimiento del cónyuge o suplirlo por resolución judicial. Hay, pues, un quehacer plus en su labor de hacedor del documento notarial.

El cónyuge titular del bien propio hará, naturalmente, una declaración unilateral determinativa de que en el inmueble no está radicado el hogar conyugal o que si está radicado no hay hijos menores o incapaces. Es el notario quien debe calibrar la veracidad del dicho. Siendo que lo que se dispusiese fuera tierra baldía, es superfluo que el notario no debe imaginar que pueda haber engaño. Distinto, claro está, es si se proyectara disponer de inmueble con accesiones de edificación aptas para vivir y que, consiguientemente, pueden constituir el hogar conyugal. Es preciso, en consecuencia, "distinguir para no confundir".

Pudiera ocurrir que el notario tenga amistad con el disponente que le permita conocer su exacto domicilio, la existencia o no de menores o incapaces, lo que configurará una situación por cierto bien simple de resolver. Pero esto no es lo normativo. Lo habitual es que aun tratándose de clientes vinculados estrechamente a la notaría, el fedante no tenga tal grado de intimidad que le permita adquirir esa certeza. Es en estos supuestos que debe jugar el tacto y la prudencia del notario con los caracteres tipificantes de la dación de fe de conocimiento. Ninguna otra actividad notarial puede ser más ejemplificativa que ésta.

Con esa orientación es que debe descartarse el procedimiento fácil de exigir siempre el consentimiento del cónyuge, apoyándose en el primitivismo del "a mayor abundamiento" que, por lo común, en lo que suele abundar es en ignorancia y no en prudencia. Así como el notario para lograr la seguridad individualizadora suficiente para dar fe de conocimiento - no recurre por sistema a los testigos de conocimiento, sino que echa mano a los medios supletorios conocidos, así también puede aplicar modos de sencilla investigación, induciendo y deduciendo para llegar a la convicción de que está o no radicado el hogar familiar en el inmueble del que se dispone, como igualmente si hay hijos menores o incapaces. Es proceso subjetivo que debe cumplir el notario, asumiendo la responsabilidad de su función porque es un jurista creador del documento notarial y no un amanuense cauto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si fuere menester requerir la autorización supletoria de juez, será competente - como enunciáramos al comienzo - el del domicilio matrimonial; la citación deberá hacerse en ese domicilio siempre que los cónyuges no vivieren separados, en cuya circunstancia deberá hacerse en el domicilio del otro o bien recurrir a la publicación de edictos. Conforme con las disposiciones de la última parte del segundo párrafo del artículo 1277 de la ley 17711, después de disuelta la sociedad conyugal los procedimientos indicados son de plena aplicación, ya sea con referencia a bienes propios o a bienes gananciales.

OPINIÓN DEL CONSEJERO ALBERTO VILLALBA WELSH

Comparto en general la opinión de Pondé, con las siguientes salvedades:

1º) Respecto a la situación de los bienes gananciales adquiridos por la mujer sin hacer constar el origen del dinero, hay una tercera posición doctrinal en la que estoy enrolado. Consiste en considerar que estos bienes son administrados y dispuestos por su titular. En tal caso, el juez competente será el del domicilio de la mujer.

2º) El acta de notoriedad para acreditar la separación o que se ignora el paradero del cónyuge, será utilizable en sustitución de la prueba testimonial, pero no podrá reemplazar los edictos, que deberán publicarse siempre que no se haya podido averiguar el domicilio. A tales efectos puede requerirse información al Registro Electoral y a la Dirección de Migraciones.

3º) Algunos de los ejemplos de respuestas de los testigos, citados por Pondé, pueden resultar inconvenientes porque llevan a la idea de la muerte del cónyuge, en cuyo caso debería ventilarse el juicio correspondiente.

4º) Si vencido el plazo de los edictos, el citado no compareciere, se nombrará al defensor oficial para que lo represente (art. 343, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; art. 341, Cód. Pcia. Bs. Aires).

5º) No abro juicio sobre la cuestión a que se refiere el preopinante en relación a bienes propios, porque no es materia de este expedientillo.

OPINIÓN DEL CONSEJERO FRANCISCO MARTÍNEZ SEGOVIA

Para establecer los requisitos procesales necesarios para la eficacia de la venia judicial supletoria del consentimiento, problema que el escribano debe analizar en el proceso previo de legitimación y que por regla general no se traduce en el texto documental, salvo en cuanto a la mención de la fecha de la sentencia e individualización del juez interviniente y del expediente en que se dictó, creo que deben estudiarse los siguientes aspectos: 1. Juez

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

competente; 2. Medios de citación; 3. Prueba a producirse según los distintos supuestos; 4. Contenido de la decisión judicial.

1. Juez competente:

Cada Código Procesal traerá las normas pertinentes que determinarán la competencia territorial y por razón de la materia.

El Código de Procedimientos de Entre Ríos no tiene una expresión similar a la que ha mencionado el consejero Pondé (art. 5º, inc. 12, del C.P.C. y C. de la Nación) para los procesos voluntarios.

Creo que no estamos frente a un proceso voluntario sino contencioso, puesto que no se trata de solicitar una venia para suplir capacidad - como en el caso de los padres, tutores o curadores - sino de plantear al juez una discrepancia o de suplir la opinión de un ausente. Mientras que en el caso de los incapaces la intervención judicial es de contralor y no se computa la voluntad del incapaz, en estos casos se trata de superar la voluntad contraria o de suplir la voluntad de una persona capaz ausente.

Con este criterio, considerando los distintos matices posibles, pienso:

I. Matrimonio que conserva su unidad y domicilio, pero en el cual el cónyuge que debe asentir se niega a ello. El juez competente será el del domicilio conyugal porque es el domicilio del demandado.

II. Matrimonio separado de hecho: A) Si el cónyuge que disiente no ha constituido nuevo domicilio, es juez competente el mismo del caso I; B) Si se conoce nuevo domicilio constituido por el cónyuge demandado, es éste el que determina el juez competente.

A este respecto el doctor Augusto César Belluscio, en el tomo IV de sus Nociones de derecho de familia (págs. 51/52), nos informa acerca de la evolución de la jurisprudencia, admitiéndose hoy que se prescindan, hasta para la acción de divorcio, del domicilio matrimonial o común, considerándose que lo dispuesto por los artículos 104 y 90, inciso 9º, de la LMC y Código Civil no es de orden público. Y dice: "Así, por ejemplo, cuando ninguno de los cónyuges vive en el lugar en que tuvieron el hogar matrimonial, nada obsta para que el juicio se promueva en su domicilio actual; otra solución resultaría inútil y desventajosa para los interesados, pues afectaría la más cómoda defensa de sus derechos. De la misma manera, si el juicio se promueve ante los tribunales del domicilio del demandado, éste no puede oponer la incompetencia sobre la base del artículo 104 de la ley de matrimonio cuando el último domicilio común estuvo en otro lugar, porque tal forma de proceder lo beneficia en lugar de perjudicarlo".

Luego hace referencia a la circunstancia de que el artículo 1º del C.P. prohíbe la prórroga de la competencia territorial en los asuntos de familia, pero no en los que sean patrimoniales, y critica, aún, la prohibición mencionada.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

III. Cónyuges divorciados que no han liquidado la sociedad conyugal. Se aplicara el mismo criterio que en los casos anteriores (apartado II) según haya o no constitución de nuevo domicilio.

IV. Cónyuge ausente sin declaración de ausencia. El juez competente es el del domicilio matrimonial o de la última residencia del ausente (art. 16 ley 14394).

V. Cónyuge ausente declarado tal en juicio. Procede la misma solución del caso anterior.

VI. Cónyuge declarado ausente con presunción de fallecimiento.

A. En la etapa de la posesión provisoria, es competente el juez de la declaración de ausencia, quien debe intervenir siempre en los actos de enajenación o gravamen conforme a los artículos 16 y 28 de la ley 14394.

B. Producida la posesión definitiva existirá sucesión y liquidación de la sociedad conyugal, nuevo título hereditario, excluyéndose la necesidad del consentimiento. Si el ausente aparece luego, estará a lo prescripto por la ley en protección de la buena fe (arts. 30 y 32 de la ley 14394).

Para todas estas soluciones, como hemos adelantado, tenemos en cuenta que se trata de juicio contencioso, no de un proceso voluntario, y una acción de carácter personal por lo que rige la preferencia del domicilio del demandado (art. 4º, inc. 2º, del C.P.C. de E. Ríos, igual al art. 5º, inc. 3º, del C.P.C. de la Nación), y el criterio jurisprudencial señalado por Belluscio.

2. Medios de citación:

En los casos I a III procede la citación por cédula en el domicilio que corresponda en cada caso, que ya hemos señalado. En los casos IV a VI la citación se hará por edictos.

No creo que el acta de notoriedad pueda reemplazar a la notificación por edictos. Puede ser útil para acreditar la notoriedad del domicilio nuevo, del paradero o su desconocimiento y para probar las diligencias realizadas para conocerlo a fin de que sea viable la notificación por edictos a tenor del artículo 145 del C.P.C. de la Nación.

3. Prueba a producirse según los distintos supuestos:

Los aspectos procesales a analizar son: I. Carga de la prueba; II. Tema de la prueba; III. Medios de prueba; IV. Producción de ella; V. Valoración de la prueba.

I. La carga de la prueba recae, como es natural, en el accionante, cónyuge titular o propietario, que desea disponer o gravar. Esta carga abarca todo el tema de la prueba, con excepción del fundamento de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

negativa, que incide sobre el cónyuge que deniega el asentimiento.

II. El tema de la prueba, o sea los hechos a probar, serán:

a) La negativa, su causa y fundamentos cuando se trate de disponer o gravar un bien ganancial;

b) El hecho de ser prescindible el bien y el no estar afectado el interés familiar, además de lo indicado en la letra precedente, cuando se deniegue la disposición o gravamen del bien propio en que se asienta el hogar conyugal.

e) En los casos de ausencia, fundamentalmente el hecho de esa ausencia, y luego, si se trata de bien ganancial nada más y si es el hogar conyugal, bien propio, la prescindibilidad y falta de lesión al interés familiar.

III. Los medios de prueba serán todos los admitidos por el derecho procesal, sin limitación o excepción alguna pudiendo incluirse para algunos aspectos el acta de notoriedad.

IV. La producción de la prueba se hará dentro de los términos y modalidades propios del trámite que deba adoptarse, sea juicio ordinario si no hay otro procedimiento especial señalado, sea mediante dicho procedimiento particular según los distintos códigos procesales. La producción de la prueba se hará bajo contralor judicial.

V. En cuanto a la valoración de la prueba el juez deberá apreciar el fundamento de la negativa, en el caso de mediar; el carácter prescindible y el interés familiar en los casos de hogar conyugal, y las razones que aduzca el cónyuge presente, en los casos de ausencia. Todo bajo las reglas de la sana crítica, ya que no hay posibilidad de que se encuentre caso de exhibición de prueba legal imperativa.

Cuando no haya disenso expreso, el juez solamente podrá denegar la venia en casos de extremo riesgo, pues se trata de una medida de contralor en protección del cónyuge no disponente, para evitar el fraude, de manera que éste será el índice determinante de la decisión negativa.

4. Contenido de la decisión judicial:

I. En los casos de negativa la decisión procederá a acogerla o desecharla, sin perjuicio de las demás medidas de protección que se le puedan solicitar.

II. En los casos de ausencia deberá estimar los intereses en juego y decidirse por el otorgamiento o la negativa. No sería procedente, como se ha sugerido alguna vez, que se obligue al cónyuge disponente a depositar la mitad del precio o del préstamo por el cual se gravará el bien.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

III. No cabe designación de representante para que conceda el asentimiento, ni menos la comparencia del juez o del defensor al acto notarial de escrituración.

Por último considero que la sentencia no es documento habilitante de agregación obligatoria, pues no se trata de representación de intereses ajenos, sino de suplementar o completar la capacidad de disposición con la venia judicial. Vale decir, como expresé al comienzo, un requisito de legitimación.

OPINIÓN DEL CONSEJERO OSVALDO S. SOLARI

Desde mi punto de vista, el tema en tratamiento está referido a los requisitos procesales exigidos por la ley civil; no a los dispuestos por el Código de Procedimientos o Procesal vigente en la jurisdicción de que se trate.

Planteado así el problema, hay un solo requisito y es el establecido por el propio artículo 1277, al requerir la audiencia previa de las partes.

"Si alguno de los cónyuges negare, sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarle previa audiencia de las partes", reza dicho artículo en el párrafo dedicado a los bienes gananciales. La ley contempla el caso de negativa del cónyuge, pero es obvio que la situación es igual cuando en vez de una negativa expresa hay una simple falta de conformidad determinada por la ausencia, con o sin presunción de fallecimiento, la separación de hecho o el divorcio sin disolución de la sociedad conyugal. En cualquier caso, pues, en que no pueda obtenerse el consentimiento expreso, deberá requerirse la autorización judicial.

En este trance, estimo que el notario deberá simplemente verificar si la autorización judicial ha sido otorgada "previa audiencia" de las partes. El procedimiento interno de esta audiencia, su convocatoria, detalles de realización, etc., son de la esfera del derecho procesal y cada provincia tendrá sus propias reglas. Ello no hace al fondo del asunto. Para el artículo 1277 sólo hace falta que se realice la audiencia.

Podrá acontecer que a la audiencia no concurra el cónyuge requerido para dar su consentimiento. Además, la ausencia podrá ser deliberada, como manera de negar el consentimiento, o fortuita. Inclusive, en los cónyuges separados desde mucho tiempo atrás, alguna vez se ignorará el domicilio del que debe consentir y la citación a la audiencia será por edictos, que el cónyuge citado, acaso, no llegue a conocer. Nada de lo que precede tendrá importancia. Si la citación a la audiencia ha sido realizada de acuerdo a lo que el Código Procesal de la jurisdicción disponga, poca trascendencia tendrá que el citado concurra o no.

Si la audiencia tiene lugar con la asistencia del cónyuge que debe prestar su consentimiento, quien expone las razones por las cuales lo niega, el juez, a su exclusivo criterio, deberá resolver si aquéllas importan la "justa causa" del artículo 1277. Es una situación de hecho, que deberá ser resuelta como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tal. Si, en cambio, la audiencia se celebra en ausencia de aquél, pienso que el juez tendrá que conceder la autorización en forma poco menos que automática, porque al no haber causa de oposición (justa ni injusta) cualquier razón que dé el peticionante deberá ser considerada suficiente, so pena de transformarlo en un incapaz, que no es la finalidad de la ley. Repito y concreto: el notario deberá comprobar si hubo audiencia previa, como lo manda el artículo 1277 y si ésta fue convocada en legal forma de acuerdo a lo que disponga el código local sobre la materia. Cumplidos estos recaudos, el acto de disposición será inatacable.

OPINIÓN DEL CONSEJERO AQUILES YORIO

Adhiero al dictamen del consejero Martínez Segovia, que expresa los requisitos que deben cumplirse en el orden procesal para la eficacia de la venia judicial supletoria que establece el artículo 1277 del Código Civil.

OPINIÓN DEL CONSEJERO CARLOS A. PELOSI

Doctrina:

1. La autorización judicial supletoria a que se refiere el artículo 1277 del Código Civil debe acordarse con referencia a una operación concreta y previa audiencia de las partes. Estas son las formalidades esenciales cuyo cumplimiento el notario debe verificar a fin de establecer la legitimación del cónyuge disponente.
2. Los presupuestos y requisitos procesales que han de observarse para su obtención, serán los reglamentados en las leyes de fondo y en los respectivos códigos de procedimiento.
3. Es aconsejable proceder con el testimonio de la sentencia de modo idéntico al prevenido en el artículo 1003 del código citado.

Fundamentos

I. Introito

Me toca dictaminar sobre el tema cuando ya se han expedido la mayoría de los señores consejeros. Los aspectos tratados, en sus diferentes enfoques, no deja contenido residual para mi tarea.

Por ello, he de referirme a los puntos estrictamente indispensables, con la intención de apoyar o disentir con lo expresado por los que me han precedido.

II. Calificación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Estimo que no debe designarse el tema "Venia judicial", porque esto importa intercalar uno distinto, como es la naturaleza jurídica del instituto. Debe hablarse, utilizando los términos de la ley, de "autorización judicial supletoria". Es un detalle terminológico de pequeña entidad, pero a la vez importante para no auspiciar un léxico impropio.

III. Naturaleza de los requisitos

Comparto la tesis del consejero Solari acerca de la disposición legal que el notario, en el desempeño de sus funciones y deberes, debe tener en cuenta para comprobar su cumplimiento

Por lo demás, ya se verá que existen otras disposiciones contenidas en las leyes de fondo que también han de ser observadas.

Empero, es comprensible que los demás consejeros se hayan referido a los requisitos estatuidos por los códigos de procedimiento, ajenos al quehacer notarial, puesto que el thema decidendum se ha planteado en ese terreno. Seguiremos por consiguiente esta dirección, dentro de los lineamientos indicados en el apartado I.

IV. Carácter del proceso

Ya viene planteada la divergencia entre su carácter voluntario o contencioso. Creo que los conceptos doctrinales no resuelven la disputa. Hay que atenerse a las fórmulas legislativas. Tomando como modelo la ley 17454 podríamos encuadrar el caso que nos interesa en el artículo 807, que se incluye dentro de los procesos voluntarios. También lo está el juicio de disenso (art. 801), y no se puede dudar que en este supuesto se dirime un conflicto u oposición de intereses, notas que agrega Palacio para definir el proceso contencioso (ver Lino Enrique Palacio, Derecho procesal civil, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967, t. I, pág. 309). Y en cuanto al juicio sucesorio que se considera voluntario por antonomasia, se lo legisla en otra categoría, llamada de procesos universales.

V. Aspectos procesales

De lo dicho hasta ahora, me inclino más a favor de Martínez Segovia. Me permitiré formular las siguientes observaciones:

a) Juez competente. En el caso del matrimonio unido lo es el del domicilio conyugal. Tiene apoyo en el argumento del artículo 104 de la ley de matrimonio civil 2393.

Matrimonio separado de hecho. ¿Cómo puede el cónyuge constituir domicilio? Lógicamente tiene uno distinto. La expresión "constituido" es procesal. La solución se contradice con la de Belluscio, a quien cita.

Cónyuges divorciados que no han liquidado la sociedad conyugal. El juez competente es el que ha extendido en el divorcio, que por conexidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prorroga la jurisdicción personal distinta que puede invocarse, conforme lo tiene declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, t. 270, pág. 60).

Cónyuge ausente sin declaración de ausencia. Debe asimilarse al separado de hecho.

Cónyuge ausente declarado tal en juicio. En este caso se designa un curador, y si bien el ausente no se reputa incapaz, debe aplicarse por analogía la norma del artículo 90, inciso 6º, del Código Civil y por lo tanto debe ser el del domicilio del curador.

Ausente con presunción de fallecimiento. Declarado fallecido se abre la sucesión y en consecuencia es competente el juez del sucesorio (art. 3284, inc. 4º, del Cód. Civil). El juicio de declaración de presunción de fallecimiento termina con ella (art. 27 de la ley 14394).

b) Medios de citación. Caso IV. Hay que promover el proceso por declaración de ausencia y entenderse con el curador designado (o administrador o defensor, arts 15, 17 y sigts., ley 14394) o citarlo por edictos.

Caso V. Corresponde citar al curador (art. 19, ley 14394).

Caso VI. No se puede citar a un muerto. El procedimiento que cabe es el sucesorio con las variantes del artículo 28 de la ley 14394

c) Acta de notoriedad. Por mucho que nos duela, en nuestro país no puede mentarse el acta de notoriedad. Además, en razón de tratarse de una especie del género instrumenta; "actas", en el actual estado de nuestra legislación procesal y notarial su valor probatorio es muy relativo para el éxito de las pretensiones que constituyen el objeto de la acción, sin mengua, por su carácter de instrumento público, de la plena fe, respecto de ciertos extremos, en los términos del artículo 993 del Código Civil.

VI. Aspectos complementarios

a) La autorización supletoria debe peticionarse con referencia a una operación concreta, ya concertada (se agregará contrato, boleto, compromiso, acuerdo previo, etcétera, según la clase de acto jurídico a celebrarse) o en vías de formalizarse (se indicarán los datos de la otra parte negocial, el acto y bien de que se trata y las modalidades de la operación)

b) Deberá acreditarse el vínculo o estado de familia (según el caso, partida de matrimonio, sentencia o divorcio, etc.) o la situación jurídica invocada con soporte documental (declaración de ausencia, etc.).

e) Reitero mi posición, en el sentido de que razones de buena técnica aconsejan que se proceda con el testimonio de la sentencia de modo idéntico al prevenido por el artículo 1003 del Código Civil. Algo más, en rigor, la sentencia, y como acto jurídico, legitima el poder de disposición sobre el bien y, como documento, debería considerarse, por tanto, como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

habilitante. Resulta aplicable entonces la doctrina según la cual la sola mención se justifica únicamente cuando el documento original ha sido creado en el protocolo o puede hallarse su reproducción o comprobar su existencia y contenido en sede notarial.

OPINIÓN DEL CONSEJERO DOMINGO SILVA MONTYN

La autorización judicial a que hace referencia el artículo 1277 del Código Civil debe acordarse para una operación determinada y previa audiencia de las partes.

Los requisitos procesales que deben observarse son los determinados en las leyes de fondo y códigos de procedimientos.

El notario debe verificar si la autorización judicial ha sido acordada previa audiencia de partes. No es necesario que a esta audiencia concurra la parte que no ha otorgado el consentimiento. Pero debe ser citada legalmente.

El testimonio de la sentencia que acuerda la venia es documento habilitante, y por lo tanto debe agregarse al protocolo.

OPINIÓN DEL CONSEJERO FRANCISCO FERRARI CERETTI

Doctrina:

Será juez competente para entender en el juicio de autorización supletoria requerida por el Código Civil, artículo 1277, segundo párrafo, el que determinan los respectivos códigos procesales, en razón del territorio y de la materia.

El disenso respecto del acto a realizar determina la naturaleza contenciosa del procedimiento a seguir.

En el proceso deberán llenarse los requisitos exigidos por el Código Civil, artículo 1277, en cuanto requiere "la previa audiencia de las partes" y los procesales que las leyes de la materia también imponen según el leading - case: matrimonio unido, separado de hecho, divorciado, ignorancia del domicilio del cónyuge, cónyuge ausente con presunción de fallecimiento o fallecido.

La autorización deberá otorgarse con respecto al caso específico planteado y constituye un documento habilitante (art. 1003, Cód. Civil).

El caso a considerar trae el planteo de los requisitos procesales a cumplir para que la autorización supletoria sea eficaz.

Ello justifica que algunos preopinantes incluyan en su exposición las reglas específicas a este respecto.

Y ello es plausible porque se trata de una materia en que la reforma ha introducido cierta novedad en nuestro derecho positivo.

Bajo ese aspecto el Instituto cumple una labor didáctica.

Pero la tarea del notario está circunscripta a la labor específica que le

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

imponen las leyes, cual es la instrumentación de los actos que les fueren requeridos, siempre que no sean contrarios a aquéllas.

Pienso, en consecuencia, como el consejero Solari, que el notario deberá verificar primordialmente si se ha realizado la audiencia que prescribe el artículo 1277 del Código Civil, sin perjuicio de revisar si se han cumplido los demás extremos legales que el derecho de fondo y el procesal establecen para cada litigio, sea éste de jurisdicción voluntaria o contenciosa.

Esa audiencia deberá realizarse con la presencia del cónyuge o del defensor de ausentes (ley 17454, art. 343) que tendrá amplias facultades para intervenir en el proceso (Cám. Civ. Cap., Sala D, 19/3/69, autos Aquilino, Domingo A., J.A., 1969-III-239).

El juez gozará de amplias facultades de acuerdo al criterio de la sana crítica para acordar o negar la solicitud (Cám. Civ. Cap., Sala D, 6/5/69, autos C.F.L. y otro, J.A., 1969 -III-391) .

Concuerdo con Martínez Segovia en que se trata de un proceso contencioso y no voluntario.

Participo del dictamen de Pelosi en cuanto al punto V -aspectos procesales-: a) juez competente; b) medios de citación; c) acta de notoriedad, y VI -Aspectos complementarios - que brevitatis causa omito repetir.

Y pienso como Silva Montyn, en que la resolución judicial es documento habilitante (art. 1003, Cód. Civil) que debe ser agregado en testimonio al protocolo del escribano, por razones de buena técnica (seguridad), como lo sostiene Pelosi.

OPINIÓN DEL CONSEJERO MIGUEL NORBERTO FALBO

I. Introducción

En esta oportunidad me ha correspondido referirme al tema en último término. Esta circunstancia me permite conocer la opinión de todos los señores consejeros y, como es lógico, adherir a éstas en cuanto hay coincidencia.

En primer lugar, en cuanto a la calificación del tema considero, como lo pone de manifiesto el consejero Pelosi, que en vez de referirse a "venia supletoria", debe titularse "autorización judicial supletoria" o "autorización judicial para disponer" como expresara en anterior oportunidad al referirme incidentalmente al tema ("Las reformas al Código Civil y su significación con relación a la función notarial").

En segundo lugar, entendemos que la cuestión puede ser considerada desde diversos ángulos, tanto por los intereses en juego como por su valor documental. De ahí que según sea el sujeto que la considera, ésta varía con relación: a) al notario; b) a los cónyuges y c) al tercero adquirente.

Por último, según resulta del párrafo segundo del tema, parecería que no puede dejarse de lado la consideración de los trámites procesales que deben cumplirse en estos casos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En atención a lo que antecede, expondremos nuestras ideas al respecto.

II. El tema considerado en relación con la actuación del notario

El primer análisis que debe efectuar el notario está referido a la clasificación del inmueble objeto de la escritura: es decir, si es "propio" o "ganancial".

Con relación a los "propios", comparto la opinión del consejero Pondé en la parte pertinente, o sea: 1) la declaración del disponente de que en el inmueble no está radicado el hogar conyugal o que si lo está, no hay en él hijos menores o incapaces; y 2) con el conocimiento subjetivo del notario referente a la veracidad de esta declaración que, en última instancia, debe ser puesta en conocimiento del adquirente del inmueble, quien, en conocimiento de su significado jurídico, deberá resolver si se conforma con la sola declaración del enajenante o si debe exigir se compruebe la veracidad de la misma.

Respecto a los "gananciales" no cabe duda, debe mediar el consentimiento conyugal, excepto, en nuestra opinión, cuando la causa de la enajenación estuviera documentada, con fecha cierta, con anterioridad a la vigencia de la ley 17711.

Pero, cuando el consentimiento del cónyuge del que dispone es requerido por la ley, tanto cuando se trata de bienes "gananciales", como de los "propios" (en el segundo párrafo del art. 1277) y el mismo es negado o no pudiese obtenerse, entonces el notario tiene dos deberes que cumplir:

El primero de carácter negativo, o sea, en principio, negarse a prestación de su función documentadora.

El segundo, positivo, informar a los interesados que deben obtener la "autorización judicial" como requisito previo al otorgamiento para evitar su posible nulidad.

Segundo: Momento del otorgamiento de la escritura

Si quien otorga el documento dispositivo invoca la existencia de "autorización judicial" para suplir el consentimiento del cónyuge, el escribano debe:

a) Solicitar la exhibición del testimonio de dicha autorización (arg.: art. 1003, Cód. Civil), el que, cuando corresponda (por razones de jurisdicción), deberá estar legalizada por autoridad competente.

b) Verificar si la autorización ha sido conferida para la operación a instrumentarse y previa audiencia de las partes (Pelosi, doctrina, 1, Solari; Silva Montyn y Ferrari Ceretti).

Que la autorización judicial debe referirse concretamente al inmueble o negocio a otorgarse (ej.: cesión de crédito hipotecario); resulta del art. 1277 que siempre singulariza el supuesto: "...su consentimiento para otorgar el acto..." y "...el juez podrá autorizar la disposición del bien..."

c) Relacionar ese documento en la escritura, de manera tal que de ella resulte su suficiencia para suplir el consentimiento y, asimismo, la indicación del juzgado que ha intervenido y el juicio (carátula) en el que se sustanció.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

d) Para evitar posibles inconvenientes, agregar dicho testimonio a la escritura matriz, de modo idéntico al prevenido en el artículo 1003 del Código Civil (Pelosi, doctrina 3, Silva Montyn y Ferrari Ceretti. En contra, Martínez Segovia, en su punto 4, párrafo III).

III. El tema considerado con relación a los cónyuges

Entendemos que la cuestión puede ofrecer distintos matices si se considera, por ejemplo:

- 1) Situación matrimonial regular, en la que, no obstante, el cónyuge niega su consentimiento.
- 2) Situación matrimonial anormal, resultante: a) de separación de hecho pactada (amigable) por los cónyuges; b) abandono de hecho unilateral; e) abandono de hecho recíproco.
- 3) Divorcio.
- 4) Ausencia.
- 5) Situación con relación a la clasificación del bien a escriturar; a) propio o b) ganancial; e) adquisición a nombre de uno u otro de los cónyuges, o a nombre de ambos.
- 6) Momento de adquisición del bien.
- 7) Destino del inmueble que reviste el carácter de propio.

Cada uno de estos supuestos puede provocar variantes en la tramitación del proceso judicial y en la resolución que en definitiva adopte el juez, como veremos al referirnos a este aspecto de la cuestión.

IV. El tema considerado con relación al tercero adquirente

Puede originarse en el supuesto que el titular del derecho se ha obligado a otorgar el negocio dispositivo, pero ante la falta o negativa del consentimiento de su cónyuge y ante la inactividad procesal del obligado ¿puede el tercero adquirente promover acción para obtener la autorización judicial?

Interpretamos que por aplicación del artículo 1196 del Código Civil el tercero adquirente puede subrogarse a su enajenante y promover la acción correspondiente para que el juez autorice al cónyuge transmitente a otorgar la escritura pendiente.

A nuestro entender, de ninguna manera puede considerarse que la acción que se promueva para obtener la autorización judicial prevista por el artículo 1277 del Código Civil (que suple el consentimiento del cónyuge del disponente) deba reputársela como "inherente a la persona" del obligado, pues la misma, en definitiva, sólo tiende a alcanzar un resultado de carácter patrimonial y, en principio, todos los derechos de esa clase encuadran dentro de la regla prevista por el artículo 1196.

Debe tenerse presente que para que proceda la subrogación ha de mediar negligencia e inactividad del cónyuge enajenante y, llegado el caso, a tenor de lo dispuesto por los artículos 111 y siguientes del Código Procesal (tanto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la Nación como de la provincia de Bs. As.), tendrá que citarse al mismo para que formule oposición o interponga la demanda y dar cumplimiento a las demás previsiones de los citados artículos de los códigos procesales.

Además, el tercero adquirente deberá demostrar la existencia y legitimidad del derecho.

Acreditados estos extremos, podrá promover o intervenir en el proceso (art. 91, Cód. Proc. Nac. y Prov. de Bs. As.), ateniéndose en su actuación a todo lo que en el capítulo siguiente (V) tratamos de reseñar de la manera más esquemática posible.

Demás está decir que el tercer adquirente podrá optar por ejercer la acción indirecta en la forma que hemos indicado, o la directa de cumplimiento de contrato y escrituración promoviendo el correspondiente proceso de conocimiento de conformidad a lo que dispongan al respecto los códigos procesales.

V. Requisitos procesales que deben cumplirse

A) Juez competente:

1) Supuesto de situación matrimonial regular: El juez competente es el del domicilio conyugal, que es también el domicilio del demandado (art. 5º, inc. 3º, Cód. Proc. de la Nac., ídem Prov. de Bs. As. y art. 104 L.M.). De acuerdo, Pondé, Villalba Welsh, Martínez Segovia, Yorio, Pelosi y Ferrari Ceretti.

2) Supuesto de situación matrimonial anormal:

a) Separación de hecho pactada (amigable) por los cónyuges. Estando los cónyuges separados en forma amigable, es de suponer que en el "acuerdo" privado que han concertado hayan fijado sus domicilios particulares. De todas maneras éste no puede ser desconocido para ellos. El juez competente será, como en el supuesto anterior, el del domicilio real del demandado. De hecho no hay domicilio conyugal, ni el marido puede ejercer el derecho que le confiere el artículo 53 L.M. que, en tal supuesto, revistiría el carácter de abusivo (ver jurisprudencia citada por Salas, Código Civil anotado, I, pág. 107, núms. 4 a 9).

b) La misma interpretación es aplicable a los supuestos de abandono de hecho tanto unilateral como recíproco. En el caso de no conocerse el domicilio actual, juez competente será el de su última residencia (art. 5º, inc. 3º, Cód. Proc. Civ., tanto de la Nación como de la Prov. de Bs. As. y art. 16 ley 14394). De acuerdo Martínez Segovia, Yorio, Pelosi y Ferrari Ceretti. En contra, Pondé.

c) Divorcio: Mientras dure su tramitación, debe intervenir el juez de la causa (art. 6º, inc. 2º, Cód. Proc., tanto para la Nación como Prov. de Bs. As.). Conforme, Martínez Segovia, Yorio, Pelosi, Ferrari Ceretti. Pero si

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dictada la sentencia de separación y concluido el juicio, los cónyuges han establecido su domicilio o residencia en lugares diversos (art. 72 L.M.), el juez competente será el de ese nuevo domicilio.

d) Para los supuestos de simple ausencia, el ausente declarado en juicio y el ausente con presunción de fallecimiento, debe estarse a lo dispuesto en los artículos 16, 19, 28 y 30 de la ley 14394, y el comentario de Martínez Segovia (Capítulo I, puntos IV, V y VI, al que adherimos).

B) Carácter del juicio:

Planteada la cuestión en este expedientillo de si el proceso es de carácter voluntario o contencioso, nos inclinamos por el primero.

Adoptamos esta posición basados en los siguientes argumentos:

Según el artículo 1277 del Código Civil el juez no debe dictar una sentencia como resultado de una contienda legal sometida a su resolución, sino conceder "autorización" para que se otorgue el acto dispositivo.

El artículo 807 del Código Procesal de la Nación y el 818 del de la Prov. de Buenos Aires consideran "procesos voluntarios" la autorización para ejercer actos jurídicos.

Couture, considera proceso voluntario la autorización para realizar un acto (Fundamentos del derecho procesal civil, N° 29, pág. 47).

Dice el citado maestro: "Cuando el cumplimiento de la jurisdicción voluntaria supone la obtención de una anuencia prescripta por la ley, tal como acontece en las venias o autorizaciones judiciales, el contenido del acto es de mera fiscalización. El juez acuerda o niega la autorización con los elementos que tiene a la vista. La ley no le exige más que eso. Su decisión no juzga rigurosamente en el sentido jurídico de la palabra, sino en su sentido meramente lógico o formal" (ob. cit., N° 31, pág. 51). Antes había expuesto: "Todo acto no contencioso lleva la contienda en potencia, ya sea de parte interesada, ya sea de parte de los órganos del Ministerio Público, a quienes se da normalmente injerencia en estos procedimientos" (ob. cit., N° 30, pág. 49).

Pondé, Pelosi (punto IV) y Ferrari Ceretti, estiman que este proceso es de naturaleza voluntaria. Martínez Segovia (punto I) y Yorio, que es contencioso.

C) Requisitos para promover la acción:

El cónyuge que promueva la acción tendiente a obtener la autorización judicial supletoria del consentimiento, deberá acreditar y expresar:

- 1) El vínculo matrimonial que invoca (con la presentación de la certificación del Registro del estado civil);
- 2) Su legitimación para disponer, indicando, si se trata de un inmueble, si es propio o ganancial (con la presentación del título que acredite su derecho);

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3) Que ha convenido un negocio dispositivo sobre el bien determinado que resulta del título y con una persona también determinada; o respecto a un negocio en vías de formalizarse, como indica Pelosi (punto VI);

4) La negativa de su cónyuge (si es posible, expresando la causa); o la imposibilidad de obtener su consentimiento (expresando también la causa que la origina);

5) El domicilio o residencia real de su cónyuge a los efectos de su citación; o que desconoce ese domicilio o residencia;

6) Aclaración si en el bien objeto de la acción está o no radicado el hogar conyugal y, en este caso, si hay hijos menores o incapaces;

7) En su caso, si el bien sobre el que quiere ejercer el acto de disposición lo adquirió después que su cónyuge hizo abandono del hogar conyugal por su sola voluntad. Esto en cuanto pueda facilitar la obtención de la autorización que pide (arg.: art. 1306, último párrafo).

D) Citación:

La citación está prevista en el trámite a cumplirse (art. 807 Cód. Nac. y 818 Prov. de Bs. As.). Para ello deberán seguirse las prescripciones de la ley procesal (arts. 339 a 345 Cód. Nac. y 338 a 343 Cód. Prov. de Bs. As.).

En principio, la citación debe hacerse por medio de "cédula" y en el domicilio real (arts. 339 Cód. Nac. y 338. Prov. de Bs. As.) del cónyuge que debe comparecer a la "audiencia" decretada por el juez.

Según los casos indicados precedentemente (Capítulo III de este informe), la cédula debe dirigirse al domicilio donde está radicado el hogar conyugal; o donde viva, realmente el cónyuge.

Si el domicilio asignado fuere falso, probado el hecho, se anulará lo actuado: art. 339 Cód. Nac. y 338 Cód. Prov. de Bs. As.

Si se desconoce su domicilio o residencia, procede la citación por edictos y por radiodifusión (arts. 343 Cód. Nac. y 341 y 148 Cód. Prov. de Bs. As.). Pero, en este caso, deberá justificarse previamente, en forma sumaria, que se han realizado sin éxito gestiones tendientes a conocer el domicilio (art. 145 Cód. Nac. y Cód. Prov. de Bs. As.) bajo pena de la nulidad en caso de falsedad y pago de la multa que prescriben los artículos citados.

En cuanto al contenido de la cédula de notificación y de los edictos, deberá estarse a lo dispuesto por los artículos 136 y siguientes (Cód. Nac. y Cód. Prov. de Bs. As.). De lo contrario la notificación será nula (art. 149 de ambos códigos procesales).

Respecto a la posibilidad de emplear el acta de notoriedad en reemplazo de la citación por edictos que indica Pondé, comparto la opinión negativa de Villalba Welsh (punto 2); Martínez Segovia (punto 2); Yorio, Pelosi (Capítulo V, letra e) y Ferrari Ceretti.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

E) La audiencia del artículo 1277 y la resolución judicial:

Deberán comparecer quien ha promovido la acción y el cónyuge citado. Si no lo hace podrá ser declarado rebelde (art. 59 Cód. Nac. y Prov. de Bs. As.), sin que ello altere la secuela regular del proceso (art. 60, mismos códigos).

Si se le hubiere citado por edictos y no comparece al juicio, se le nombrará un defensor oficial para que lo represente, quien tendrá que actuar conforme a lo dispuesto por el artículo 343 Cód. Nac. y 341 Cód. Prov. de Bs. As.

Si el cónyuge ausente hubiere sido declarado tal en juicio, deberá comparecer su curador (art. 19 ley 14394), o el defensor oficial en el supuesto del artículo 18 de la misma ley.

Si se hubiere declarado su ausencia con presunción de fallecimiento (art. 22, ley cit.), deberán ser oídos sus herederos o legatarios (art. 28, ley cit.).

En la audiencia, el juez debe oír a los comparecientes e informarse de cuáles son las causas por las que se niega el consentimiento y, en su caso, recibir toda la prueba que haga al derecho de los comparecientes (art. 807 Cód. Nac. y 818 Prov. de Bs. As.).

Es natural que dependerá de la viabilidad y valoración de éstas para que resuelva en definitiva concediendo o negando la autorización pedida.

Concedida la autorización, deberá solicitarse testimonio para presentarlo al escribano que deba autorizar la escritura.

OPINIÓN DEL DOCTOR JOSÉ JULIÁN CARNEIRO

Introducción

El Consejo Académico del Instituto Argentino de Cultura Notarial me ha concedido una alta distinción al invitarme a participar de este ilustrado debate, que agradezco y creo no merecer.

Como los señores consejeros prácticamente han agotado el tema, mis observaciones se limitarán, simplemente, a justificar las razones por las cuales me inclino por alguno de los criterios interpretativos que expusieron.

Entiendo que la tarea realizada es por demás eficaz, pues tiende a despejar la senda de la investigación frente a nuevas instituciones de tanta trascendencia en el tráfico. Desde luego, que no puede pretenderse que con ello se eliminen dudas. Al contrario, pueden crearse otras nuevas, pero es propio de toda tarea humana cuando se avanza en el camino del saber.

I. Presupuestos que determinan la procedencia de la autorización judicial supletoria:

a) El artículo 1277, reformado, del Código Civil prevé la autorización judicial supletoria en caso de negativa injustificada de uno de los cónyuges para prestar el asentimiento que le requiere el otro para disponer de un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho o bien registrable ganancial o derecho societario, o de un bien propio donde se encuentre radicado el hogar conyugal en el que viven hijos menores o incapaces.

Se aplica tanto al caso de oposición expresa como al supuesto en que no pueda obtenerse la conformidad del otro por desconocerse su domicilio (Cám. Nac. Civil, Sala B, I. 150.730 del 31/10/69; I. 152.100 del 2/12/69; 13.D., t. 31, f. 15.683).

b) El intérprete no debe seguir a la letra el texto de la ley y puede aplicarla a situaciones análogas. Sostener que en los casos de ausencia con domicilio desconocido es menester proceder a la liquidación de la sociedad conyugal mediante un juicio de divorcio, es una solución antifuncional y, además, si no existieren causales, prácticamente colocaría a los bienes gananciales registrables fuera del comercio (Cám. Nac. Civil, Sala C, E.D., t. 31, f. 15.686).

c) La oposición expresa puede existir cuando el matrimonio vive unido, como cuando este separado de hecho, cualquier fuere la causa.

d) Si se hubiere dictado sentencia de divorcio - aun cuando de acuerdo con el artículo 1306 del Código Civil produce la disolución de la sociedad conyugal ipso jure (S. C. Buenos Aires, E.D., t. 31, f. 15.602) - y no se hubiese liquidado y uno de los cónyuges quisiera disponer de bienes registrables gananciales, también será necesario el asentimiento, o la autorización supletoria. Mas, si hubiesen sido adquiridos con posterioridad al día de la notificación de la demanda, y siempre que no fuese con el producto de otros gananciales (argumento art. 1276 del Cód. Civil), puede disponer libremente, pues pertenecen al peculio personal de cada uno (Cám. Nac. Civil, Sala B, E.D., t. 31, f. 15.743; Sala F, E.D., t. 31, f. 15.704).

e) Si se hubiese declarado ausente a uno de los cónyuges en los términos de los artículos 15 al 20 de la ley 14394, su curador no puede prestar el asentimiento, pues solamente está facultado para realizar actos de mera custodia y conservación de los bienes (J. J. Llambías, Tratado de derecho civil, Parte general, Ed. Perrot, t. I, pág. 547; R. L. Salvat - J. M. López Olaciregui, Tratado de derecho civil, Parte general, Ed. TEA, t. I, pág. 773; A. Orgaz, Personas individuales, 2º edición, pág. 367). En este caso podrá, por aplicación de los principios de economía y concentración, requerirse al juez de este proceso la autorización supletoria para aprovechar la prueba ya producida sobre la ausencia.

f) Si se trata de un presunto fallecido (arts. 21 a 32, ley 14394), cabe advertir que se abre su sucesión el día fijado por el juez como presuntivo de su muerte (art. 27, ley citada, y art. 3282, Cód. Civil) y se opera la transmisión de los derechos a sus herederos (art. 3279 del Cód. Civil); ellos reciben los bienes en propiedad, aunque el dominio pueda calificarse como revocable, en el supuesto de aparición del presunto fallecido (R. L. Salvat -

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

J. M. López Olaciregui, ob. cit., pág. 888; J. J. Llambías, ob. cit., pág. 886; G. A. Borda, Tratado de derecho civil argentino, Parte general, 47 edición, t. I, pág. 256; E. B. Busso, Código Civil anotado, Ed. Ediar, t. I, pág. 611).

Empero, respecto de la sociedad conyugal, su disolución se opera de pleno derecho después de transcurrido el período de prenotación (art. 30, ley 14394), o antes si un viudo contrae nuevas nupcias (art. 31, ley citada; J. J. Llambías, ob. cit., pág. 689), o si pide su liquidación (art. 1307, aplicable en mi criterio para ambos cónyuges o en virtud del criterio de igualdad de tratamiento jurídico; decreto - ley 9983/57).

Producida la liquidación, si se pretende enajenar bienes gananciales, deberá oírse a los herederos, y ante su disconformidad, el juez no podrá dar autorización supletoria, pues ellos son titulares en la forma que corresponda de acuerdo con el orden sucesorio.

Si el cónyuge decide, durante el período de prenotación, continuar con la sociedad y quiere enajenar un bien, tampoco podrá obtener dicha autorización, pues el único efecto que produce el artículo 1307 es "impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento del marido", sin mengua de la transmisión operada respecto de la porción del acervo a los herederos de éste. Es decir, que deberá requerírseles su conformidad como titulares de la herencia y si no la otorgan, el juez no puede suplir su voluntad, so pena de afectar derechos de propiedad. El único camino que tendrá el cónyuge vivo es pedir la liquidación de todos los bienes de la sociedad conyugal.

II. Tipo de proceso

a) Se ha sostenido que la autorización judicial supletoria debe adecuarse al régimen del artículo 807 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 818 de la provincia de Buenos Aires), pues se trata de un proceso voluntario (A. M. Morello, M. A. Passi Lanza, G. L. Sosa y R. Berizonce, Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación, Ed. Platense, 1969, t. I, pág. 675, nota 9; asimismo, A. M. Morello, "Actos de disposición, enajenación y gravamen del artículo 1277 del Código Civil", J.A., del 10/10/69; confrontar dictámenes de los señores consejeros E. B. Pondé, A. Villalba Welsh, C. A. Pelosi y M. N. Falbo).

El proceso presupone un conflicto de intereses donde las partes reclaman al juez que lo dirima. De allí su carácter contencioso y tiene por objeto una pretensión, aunque puede no existir discusión posterior por allanamiento o por incomparecencia al proceso (L. E. Palacio, Derecho procesal civil, Ed. Abeledo - Perrot, 1967, t. I, pág. 309; D. Lascano, Jurisdicción y competencia, pág. 66).

Pero cuando la ley impone la decisión judicial como requisito previo para que un acto produzca o tenga eficacia jurídica, entonces se trata de un mero trámite donde el sujeto solicita, simplemente, ante el juez, pero no frente a otra parte (porque no hay contraparte) el reconocimiento de su petición, fundada, desde luego, en derecho. La relación procesal tiene lugar en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interés del peticionante (confrontar los supuestos mencionados por I. Eisner, L.L., t. 100, pág. 956, "Acerca de la actividad judicial extracontenciosa", y por E. J. Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, 3º ed., Ed. Depalma, pág. 45 y sigts.).

La decisión que se adopte frente a una petición judicial extracontenciosa no produce los efectos de la cosa juzgada, y ésta es, según los autores, la verdadera diferencia con los procesos contenciosos (art. 412, Cód. Procesal de Jujuy; E. J. Couture, ob. cit., pág. 50; L. E. Palacio. ob. cit., pág. 272; I. Eisner, ob. cit., pág. 966; confrontar la opinión contraria a la distinción entre proceso voluntario y contencioso en A. A. Mercader, Estudios de derecho procesal, Ed. Platense, 1964, pág. 204).

Por tanto, creo que corresponde considerar el procedimiento de autorización judicial supletoria como contencioso (conforme dictámenes de los señores consejeros F. Martínez Segovia, A. Yorio, F. Ferrari Ceretti), por las siguientes razones: 1) siempre presupone un conflicto de intereses entre los cónyuges; 2) cuando el disponente reclama la actuación del órgano jurisdiccional lo hace frente al otro para remover su oposición; 3) adquieren ambos el carácter de partes procesales; 4) aun en el caso de desconocimiento de domicilios - supuesto no contemplado por la ley - la pretensión se funda en la imposibilidad de obtener el asentimiento; 5) el juez debe efectuar un juicio de conveniencia y puede admitir la pretensión o no; 6) el citado puede guardar silencio, que importa conformidad (art. 356 del Cód. Procesal y art. 919 del Cód. Civil), o bien, allanarse, en cuyo caso, en principio, no será preciso efectuar el juicio de conveniencia, pero ya se ha dicho que la ausencia de discusión no significa que no exista litigio (F. Carnelutti, Sistema de derecho procesal civil, Ed. Uteha, t. I, pág. 276); 7) la sentencia debe producir los efectos de la cosa juzgada formal y material, pues no es tolerable, por la seguridad de los negocios, que pueda ser objeto de revisión en un juicio posterior por otras razones o circunstancias de hecho; es verdad que podría argüirse la nulidad del proceso, pero de admitirse no podría afectar los derechos de los adquirentes a título oneroso y de buena fe (art. 1051 del Cód. Civil).

b) Sentado lo expuesto, cabe establecer el tipo de proceso aplicable. Como el Código Procesal se dictó antes de la sanción de la ley 17711, no pudo subsumir el caso del artículo 1277 del Código Civil. En cambio, el Código Procesal de la provincia de Buenos Aires (ley 7425 del 19/9/68) prevé en su artículo 823, si bien dentro de los procesos voluntarios, reglas que pueden aplicarse al caso en examen (Cám. 1ª Civil y Com., Sala 2, La Plata, E.D., t. 31, f. 15.742).

De este modo, la pretensión debe formularse de acuerdo con las disposiciones relativas a la demanda del proceso ordinario, en cuanto fueren aplicables, y se indicarán los elementos de información de que se intente valer. Se dará traslado a la otra parte por cinco días (arts. 498 del C.P.N. y 496 del C.P.B.A.), con la advertencia que si mediare oposición deberá adecuarse su contestación a las reglas del procedimiento sumarísimo. No me parece adecuado reenviar al trámite de los incidentes,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pues se trata de un proceso autónomo de conocimiento. No sería razonable, tampoco, sobreseer los procedimientos por insuficiencia del medio elegido (inc. 6º, art. citado), pues la oposición nunca revestiría una complejidad tal que impidiese sustanciarla por ese trámite (A. M. Morello, art. citado).

La sentencia es apelable dentro de los dos días de notificada en relación y en efecto devolutivo (inc. 4º, art. 498, C.P.N. y 496 C.P.B.A.), pero no obstante que tiene ejecutabilidad inmediata, será conveniente que el notario espere la decisión definitiva para instrumentar el acto de que se trate.

Creo que este sistema es el que cabe aplicar en las jurisdicciones donde no existe un proceso apropiado, por aplicación del mismo principio de reenvío que rige para la ley sustantiva (art. 16 del Cód. Civil).

III. Juez competente

a) La competencia es la capacidad o actitud que la ley reconoce a cada juez, de ejercer sus funciones respecto de una determinada categoría de asuntos durante una determinada etapa del proceso. Es requisito de admisibilidad de toda pretensión o petición (L. E. Palacio, ob. cit., t. II, pág. 367).

b) Como, en mi criterio, no se trata de un proceso voluntario, no es aplicable el artículo 5º, inciso 12. Se trata de una pretensión patrimonial emergente de las relaciones matrimoniales; por tanto, el domicilio conyugal es, en principio, el que determina la competencia (C.S.N., Fallos, t. 213, pág. 303; t. 224, pág. 432; conforme dictamen del señor consejero C. A. Pelosi).

c) Pero, si están separados sin divorcio, y se hallan radicados en otro lugar, los jueces de éste son competentes (L. E. Palacio, ob. cit., pág. 395).

d) Si se han separado por sentencia de divorcio, como cada uno puede fijar su domicilio (art. 72, ley 2393), la demanda podrá iniciarse ante el juez del domicilio del cónyuge que debe prestar el asentimiento (argumento art. 6º, inc. 3º, Cód. Procesal), sin perjuicio de que también puede tramitar ante el del divorcio si no está liquidada la sociedad conyugal (conforme dictámenes de los señores consejeros C. A. Pelosi y M.N. Falbo), salvo que el proceso esté archivado o en distinta jurisdicción.

e) Como se trata de obtener autorización supletoria, la justicia de Paz es incompetente (art. 43, inc. 1º, apartado c, decreto - ley 1285/58) y, obviamente, la comercial y laboral. Por tanto, en la Capital Federal deberá iniciarse ante los jueces nacionales de primera instancia en lo civil, y en las provincias, ante los jueces de primera instancia locales.

f) ¿Puede el notario observar una autorización otorgada por juez incompetente?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por tratarse de una cuestión patrimonial, cabe la prórroga de competencia por razón de lugar, de manera que si la resolución está firme, debe intuirse que ha existido sumisión, expresa o tácita, al juez que la dicta (art. 2º, Cód. Procesal).

Si la decisión fue dictada por un juez incompetente por razón de materia, el punto es más delicado. La competencia laboral es improrrogable e indelegable (art. 2º, ley 12948). Sin embargo, en alguna oportunidad la Corte Suprema ha resuelto, estando firme la competencia de primera instancia de un juez del trabajo, que no procede la declaración de oficio (Fallos, págs. 254, 470, 260, 216). Respecto de la justicia federal de la Capital, dispone el artículo 352 del Código Procesal que, una vez firme la competencia, no puede declararse de oficio, salvo que se trate de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia, que no es el caso. En cambio, los jueces federales con asiento en las provincias pueden declarar su incompetencia en cualquier estado del proceso (art. 352 del Cód. Procesal).

Entiendo, no obstante lo expuesto, que en todos los casos de decisiones emanadas de jueces incompetentes en razón de materia, si la decisión ha sido notificada y consentida por el cónyuge no disponente, debe ser aceptada por el escribano. En verdad, ese silencio importa prestar tácita conformidad con el negocio. Existiría conversión entre el proceso nulo y el acto que contiene. Aunque las formas ofrezcan vicios, debe salvarse su contenido.

Por lo demás, la ley no exige que el asentimiento respecto de los actos de enajenación de inmuebles deba prestarse en instrumento público; puede serlo, incluso, en el mismo boleto de compraventa y no es necesaria su reiteración en la escritura pública. Sólo es menester que conste la autenticidad de la firmas.

Debo advertir que en la Capital Federal, pasada la oportunidad para declarar la incompetencia, por el carácter nacional de todos los jueces, puede ser dictada válidamente por cualquiera de ellos (L. E. Palacio, ob. cit., pág. 376).

IV. Citación del demandado. Contingencias posteriores

El cónyuge demandado debe ser citado en el domicilio real (arts. 339 y sig. del Cód. Procesal) y deberá contestar en la forma dispuesta por el artículo 356. No puede reconvenir (art. 498, inc. 12).

Si se ignorare su domicilio, deberá procederse como determinan los artículos 343, 145/147 del Código Procesal, designándose al defensor de ausentes.

El acta de notoriedad puede servir para probar la ausencia (confrontar dictámenes de los señores consejeros E. B. Pondé y A. Villalba Welsh), pero debe observarse que la jurisprudencia es rigurosa en cuanto exige acabada prueba de que se han realizado gestiones para conocer el domicilio (Cám. Nac. Civil, Sala C, E.D., t. 1, f. 15.684; no basta la declaración de dos testigos y es menester librar oficios a la Policía Federal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y al Registro Electoral).

V. Rebeldía

El demandado puede ser declarado rebelde si no comparece (art. 59 del Cód. Procesal; conforme dictamen señor consejero M. N. Falbo), y si bien su silencio no bastará para admitir sin más el asentimiento, cuando existan hijos incapaces que vivan en el inmueble que se pretende enajenar, en los demás casos significará conformidad con el negocio propuesto por el actor (argumento arts. 356 y 60 del Cód. Procesal y art. 919 del Cód. Civil); conforme dictamen del señor consejero O. S. Solari).

VI. Medios de prueba

a) El actor debe probar el vínculo con la partida legalizada, si es de distinta jurisdicción, y acompañar el título del inmueble, indicar los elementos básicos de la operación (por ejemplo, precio, forma de pago, garantías, etc.) y no limitarse a decir que quiere vender (Cám. Nac. Civil, Sala C, E.D., t. 31, f. 15.688; conforme dictámenes de los señores consejeros C. A. Pelosi y D. Silva Montyn), en su caso, podrá acompañar el contrato si lo hubiese suscripto ad referendum de la autorización judicial.

El demandado debe probar su justa causa de oposición (art. 377 del Cód. Procesal; conforme dictamen del señor consejero F. Martínez Segovia). Si no lo hace, el juez debe conceder la autorización supletoria.

b) Si existen menores o incapaces (art. 1277 del Cód. Civil, segundo párrafo), deberá oírse al ministerio pupilar (art. 58 del Cód. Civil), bajo sanción de nulidad. Su falta de intervención será suficiente para que el notario observe la autorización.

c) Es menester dejar aclarado que por incapaces deben entenderse los dementes y sordomudos declarados tales en juicio (arts. 54, incisos 39 y 49, 140 y 153 del Cód. Civil) . Están excluidos, pues no son incapaces, los inhabilitados (art. 162 bis del Cód. Civil). Los penados (art. 12 del Cód. Penal) razonablemente no pueden ser amparados por esta norma mientras están privados de libertad.

Comprende la ley a las personas por nacer, los menores impúberes y adultos (arts. 54, inc. 2º y 55 del Cód. Civil), aunque se los hubiese habilitado civil o comercialmente (art. 131 del Cód. Civil y art. 11 del Cód. Comercial), o tuviesen título profesional (art. 128 del Cód. Civil). Pero entiendo que no abarca a los emancipados por matrimonio, pues respecto de ellos cesa la incapacidad (art. 128, tercer párrafo).

VII. La sentencia

La decisión judicial debe limitarse, si existió oposición, a valorar la prueba según las directivas del artículo 163 del Código Procesal (conforme

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dictámenes de los señores consejeros F. Martínez Segovia y F. Ferrari Ceretti).

Si se trata de la disposición de un bien donde no está radicado el hogar conyugal, el criterio de apreciación no debe ser riguroso. En todo caso, observará la conveniencia del negocio, tomando eventualmente en consideración el patrimonio de la sociedad conyugal, el propio de cada cónyuge y sus entradas (se ha resuelto que si se trata de un bien comprado después de la separación de hecho, el marido no puede alegar justa causa de oposición porque su cónyuge conviva con otro hombre: Cám. Nac. Civil, Sala D, E.D., t. 31, f. 15.687; debe concederse autorización para comprar un automóvil y gravar el saldo de precio con prenda si ese es el único modo con que puede hacerlo una señora lisiada que no tiene recursos para adquirirlo al contado: Sala B, fallo del 19/5/70, inédito; no corresponde exigir el depósito de la mitad del precio, pues el cónyuge disponente continúa con la administración sobre el dinero que se obtenga, ni tampoco que deduzca demanda por divorcio: Cám. Nac. Civil, Sala C, E.D., t. 31, f. 15.685).

En cambio, si se trata de bien propio o ganancial donde está radicado el hogar conyugal y viven en él hijos incapaces, sólo se autorizará la disposición "si fuera prescindible y el interés familiar no resultare comprometido". La directiva es estricta; en tanto puedan contar con un lugar donde vivir en condiciones análogas, la disposición debe autorizarse. En estos casos, como ocurre en el derecho francés, podría obligarse a una reinversión en las condiciones fijadas por el juez (G. Ripert J. Boulanger, Tratado de derecho civil, Ed. La Ley, t. IX, pág. 758).

Cabe agregar que el notario, en estos casos, debe remitirse a las manifestaciones de las partes en cuanto al estado de ocupación, sin que sea menester que él efectúe la investigación (confrontar dictámenes de los señores consejeros E. B. Pondé y M. N. Falbo).

Si se adquiere un nuevo bien, en sustitución del anterior, donde se traslada el hogar, si luego se pretende disponer de él, también será menester contar con la autorización, en tanto se mantenga la misma situación familiar.

La norma se refiere a la sociedad "disuelta", pero en nuestro criterio comprende aun la liquidada (confrontar, sin embargo, Cámara Civil Comercial de Mercedes, J.A., t. 1969 - 2, N° 1249, donde se resolvió que el artículo 1277, segundo párrafo, no es aplicable a la sociedad conyugal ya en liquidación a la fecha de su entrada en vigencia, con voto en disidencia del doctor González Etcheverry, quien sostuvo que como el régimen es de orden público debe imponerse su aplicación en todos los casos).

VIII. Derechos de los adquirentes por boleto de un inmueble y frente a la inactividad del cónyuge disponente

¿Puede el adquirente con boleto de un inmueble, ante la pasividad del disponente, demandar al otro para que preste el asentimiento?

Comparto el criterio sostenido por el doctor Falbo. La acción subrogatoria tiende a suplir la inactividad del deudor. Son materia de ella todos sus derechos y acciones, siempre que su ejercicio pueda proporcionar un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resultado útil al acreedor. El artículo 1196 del Código Civil sólo excluye los que sean inherentes a su persona, es decir, los que por su naturaleza o por disposición de la ley fuera inconcebible su ejercicio independiente de la persona a cuyo favor lo instituyó (J. J. Llambías, Tratado, "Obligaciones", Ed. Perrot, t. I, pág. 511), fundado en razones morales (G. Ripert- J. Boulanger, ob. cit., t. V. pág. 313) Se ha dicho, también, que las meras facultades sin contenido patrimonial están excluidas de esta acción, porque su ejercicio no proporciona ninguna ventaja al acreedor (G. A. Borda, Tratado, "Obligaciones", Ed. Perrot, t. I, pág. 191), pero cuando con ellas puede derivarse un manifiesto provecho para él, deben admitirse y ello puede fundarse, en el caso, en el deber de colaboración que debe prestar el vendedor al comprador, pues no puede prescindir abusiva o caprichosamente del ejercicio de esta facultad, como es la de requerir el asentimiento a su cónyuge (confrontar J. J. Llambías, ob. cit., pág. 524 y nota 126 pág. 529). Adviértase que la fórmula legal es de suyo imprecisa, y la doctrina y jurisprudencia son las que han limitado su ámbito. Empero, sólo son presupuestos esenciales la calidad de acreedor del subrogante, la inactividad del deudor y el interés legítimo (J. J. Llambías, ob. cit., pág. 538; L. De Gásperi - A. M. Morello, Tratado de derecho civil, Ed. TEA, t. I. pág. 557; R L. Rezzónico. Estudio de las obligaciones, 5ª edición, pág. 111; H. Lafaille, Tratado de las obligaciones, Ed. Ediar, vol. I, pág. 68 y sig.), todos los cuales se dan en este caso y, además, no existe otra posibilidad de satisfacer su crédito (J. Puig Brutau, Fundamentos de derecho civil t. I, vol. II, pág. 485), a no ser la resolución del contrato con daños y perjuicios, lo cual conspira con el principio de conservación del contrato y, en todo caso, los daños podrían incidir sin provecho en el patrimonio conyugal (art. 5º, ley 11357).

IX. Síntesis

1) La autorización para disponer deberá contener: a) mención circunstanciada del negocio que se autoriza; b) certificación del actuario de que se ha notificado a los cónyuges y que se encuentra firme; c) en su caso, deberá dejarse constancia de la intervención del ministerio pupilar y de su consentimiento o notificación del fallo definitivo; d) si correspondiese a distinta jurisdicción, deberá legalizarse el testimonio pertinente.

2) Proceder con el testimonio de la autorización en la forma dispuesta por el artículo 1003 del Código Civil.