

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

TEMA 7/72 ASENTIMIENTO CONYUGAL

¿Es posible obtener la autorización judicial supletoria posterior al acto celebrado sin el asentimiento conyugal a efectos de su convalidación?

DOCTRINA MAYORITARIA:

Es posible obtener la autorización judicial supletoria posterior al acto celebrado sin el asentimiento conyugal.
(Doctrina de los consejeros Solari, Pondé, Falbo, Villalba Welsh, Ferrari Ceretti).

EN DISIDENCIA:

La indicada autorización supletoria debe tener, necesariamente, carácter

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

previo.
(Doctrina de los consejeros Pelosi, Silva Montyn).

OPINIÓN DEL CONSEJERO OSVALDO S. SOLARI

Problemática

Como es sabido el nuevo art. 1277 del Cód. Civil exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar inmuebles, derechos o bienes muebles registrables de carácter ganancial y también para disponer del inmueble propio de uno de ellos donde esté radicado el hogar conyugal, si hubiese hijos menores o incapaces.

Como norma complementaria, dicho artículo establece que si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento, el juez podrá autorizar el acto previa audiencia de las partes. Es decir, que en la disposición o gravamen de los bienes a que se refiere al precepto legal, debe existir: o consentimiento voluntario o autorización judicial supletoria de aquél.

Se nos plantea ahora como cuestión a dilucidar si es factible que esa autorización sea obtenida a posteriori del otorgamiento del acto que la requería.

Por supuesto que entendemos que no se trata de pensar que existe una alternativa al respecto. O sea, que los interesados puedan elegir entre obtener la autorización supletoria antes o después de firmada la escritura de enajenación o gravamen. Consideramos bien claro que aquélla normalmente debe haber sido ya acordada al escriturar para la validez del acto jurídico instrumentado. Pero cabe admitir, en cambio, que por error de hecho o de derecho, se hubiere prescindido del consentimiento conyugal o de la autorización supletoria a éste, por estimárselo innecesario en el caso, y advertida luego su necesidad, se desee superar la omisión. Se nos ocurre, por vía de ej., que se haya incumplido el requisito del consentimiento por: a) Ocultamiento del verdadero estado civil; b) ignorarse que se trataba de bien propio, hogar de hijos menores; c) que el bien considerado propio, se advierte luego que total o parcialmente, es ganancial. También es hipótesis factible que, luego del acto de disposición, se compruebe que el instrumento probatorio del consentimiento sea ineficaz por vicio de fondo o de forma.

Es decir, que la necesidad de recurrir a una autorización supletoria tardía, no es una mera posibilidad teórica y por tanto se justifica su examen.

Consecuencia de la omisión del consentimiento

En primer lugar, corresponde decidir en qué situación jurídica está el negocio realizado sin la autorización judicial supletoria del consentimiento.

El art. 1277 que exige el consentimiento o en su defecto la autorización

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

judicial, nada prescribe al respecto. Se limita a hacerlo obligatorio, sin señalar las consecuencias de la omisión de dicho recaudo.

En realidad, lo que falta no es la autorización, porque estrictamente el problema no consiste en que no se la haya recabado sino en que está ausente el consentimiento requerido por el art. 1277. Este puede ser voluntario - cuando emana del cónyuge - o forzoso cuando lo da el juez por vía de la autorización supletoria, a la que podría llamarse, pues, consentimiento judicial. Repetimos que lo que falta es el consentimiento, no la autorización.

Debe estudiarse, por tanto: a) Si el consentimiento posterior al acto cubre el defecto legal provocado por su omisión en el momento de realizarse el negocio. b) Si por razones de fondo o de forma hay impedimentos para: I) Obtener judicialmente este consentimiento (autorización supletoria) a posteriori, y II) si obtenida la misma sus efectos son similares a los del consentimiento voluntario posterior.

Naturaleza jurídica del consentimiento

Para esclarecer esta temática nos parece indispensable referirnos a la naturaleza jurídica del consentimiento, ya que sólo sabiendo en qué consiste el mismo, resultará factible apreciar las secuencias de su omisión.

El tema ha sido objeto de estudio en nuestro país, luego de la reforma de 1968 que introdujo esta especie jurídica.

Así, Pelosi, actual presidente del Consejo Académico de este cuerpo, se refirió a él en conferencia pronunciada en el Colegio de Escribanos de Capital Federal el 18 de julio de 1968, con el mérito de haber sido el primer jurista argentino que se ocupó de esta materia, entonces virgen de literatura. Examinó en esa ocasión las teorías expuestas por juristas extranjeros en torno al consentimiento conyugal, requisito ya existente, como es sabido en muchos países a la época de su introducción en la legislación argentina. Así, las teorías de la codisposición, de la disposición conjunta, muy similar a la anterior, de la licencia o autorización y del asentimiento a la disposición ajena, teoría en la que se enroló; todo con clarificador análisis y abundante información bibliográfica.

Borda, en la 4ª edición actualizada de su Tratado de derecho civil argentino (Familia, I, pág. 285), luego de expresar que el consentimiento no es un acto de codisposición, pues el derecho de administrar y disponer corresponde al cónyuge a quien la ley reserva la administración del bien, manifiesta que el acto de administración tiene carácter complejo, o sea que un cónyuge dispone y el otro "asiente, admite, da su venia". "Este asentimiento tiene una naturaleza muy semejante a la venia que da el padre para el casamiento de un hijo menor o a la autorización judicial para que los padres, tutores o curadores, realicen actos en nombre del incapaz".

En la literatura española, Puig Brutau, en su obra Fundamentos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho civil, t. IV, vol. 1, examina el consentimiento requerido por el art. 1413 del Cód. español después de la reforma de 1958 que lo hizo obligatorio para el marido en trance de realizar actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles de propiedad de la sociedad de gananciales. Coincide en el criterio de que es solamente el marido el otorgante de los actos de disposición, sin perjuicio de la necesaria "intervención" de la mujer. Empero, señala la opinión distinta de Castro, La Rica, Escrivá de Romaní, Ventura - Traveset, quienes consideran que se trata de una codisposición de los gananciales (pág. 755).

Por nuestra parte no tenemos dudas de que en la legislación argentina, el consentimiento conyugal, tanto el del marido como el de la mujer, importa la expresión de un asentimiento, conformidad o aprobación con el acto realizado por el otro cónyuge. Salir de este esquema importaría destruir el de la sociedad conyugal en cuanto a su administración, lo que no ha sido idea del legislador, cuya voluntad se ha limitado a la protección de los intereses societarios del cónyuge no administrador, dándole un arma eficaz de información y control respecto a la disposición de los bienes normalmente más cuantiosos en su aspecto económico.

La jurisprudencia en nuestros tribunales se ha orientado decididamente por esa senda, con rechazo de la idea de codisposición o disposición conjunta. (C. N. Civ. Sala B, 20/5/71, L.L., t. 146; íd. Sala D, 19/3/69, Rev. Not. N° 786, pág. 1767; íd. Sala F, 16/11/71, E. D., 18/4/72; íd. Sala A, 7/9/71, 18/4/72).

En el ámbito notarial, cabe tener presente la declaración aprobada sin reservas en la XII Jornada Notarial Argentina efectuada en Resistencia en agosto de 1968, donde respecto a la naturaleza jurídica del consentimiento, se coincidió en lo siguiente: "Se considera que dicho requisito importa conformidad con el negocio jurídico que realiza el cónyuge disponente". (Congresos y Jornadas, Repertorio Notarial, pág. 336).

Este Instituto tiene fijada su posición en la materia, en estos términos: "En síntesis no se ha implantado una disposición conjunta de marido y mujer... El consentimiento del cónyuge no titular del dominio configura un negocio jurídico llamado por la doctrina alemana de asentimiento, que equivale a una declaración de conformidad con el negocio jurídico ajeno". (Inst. Arg. de Cult. Not. Ley 17711. Aplicación en la actividad notarial, pág. 97).

Sea suficiente esta esquemática relación de doctrina y jurisprudencia para arribar a la conclusión de que el asentimiento - como denominación correcta del consentimiento del art. 1277 Cód. Civil - importa técnicamente una integración de los poderes de disposición que la ley acuerda a cada uno de los cónyuges, respecto a determinados bienes.

Es una situación similar a la de los representantes de las personas jurídicas - presidentes o directores de sociedades anónima, p. ej. - que para ciertos actos (conforme a las disposiciones estatutarias) deben contar con una autorización especial de los órganos de administración.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En estos supuestos, como en el del consentimiento conyugal, no debe hablarse de incapacidad sino de limitación del poder de disponer (Messineo, Doct. general del contrato, t. 1, pág 87), concepto que nos parece más ajustado al tema que examinamos, que el de legitimación para contratar, que consideramos más propio del problema de la falta de capacidad.

Sin embargo, cabe puntualizar que en algún pronunciamiento judicial se ha establecido que el art. 1277 del Cód. Civil establece requisitos de fondo que hacen a la capacidad de las partes (ver al respecto el excelente trabajo de Carlos N. Gattari, quien cita ese fallo en L. L., t. 147, 31/7/72 y hace interesantes argumentaciones sobre esta materia).

Consecuencias de la omisión del consentimiento

¿Pero qué sucede si en contravención a lo mandado por aquel precepto, el acto jurídico de enajenación o gravamen es realizado sin el consentimiento o la autorización que lo supla?

Estimamos que se trata de un caso de nulidad relativa porque el interés afectado es exclusivamente privado del cónyuge a quien la ley quiso proteger por vía del consentimiento. No están afectados los intereses generales ni mucho menos el orden público, cuya defensa justifica el carácter de absoluto de ciertas nulidades. Coinciden en que se trata de una nulidad relativa, Cornejo L. L., 5/12/68; Guastavino, Rev. del Not., N° 699, pág. 524; Borda, E.D., 19/8/70, N° 2489; Belluscio, L.L., 9/9/68 y Ascúa, Rev. del Not., N° 711, pág. 727.

Como consecuencia natural del carácter de nulidad relativa se presenta la posibilidad de purgarla mediante la confirmación del acto, que consistirá en la posterior prestación del consentimiento, inexistente al momento de la realización del negocio jurídico. En nuestro criterio, el consentimiento es igualmente eficaz si se presta luego del acto a que se refiere, y en tal caso, por vía de confirmación queda aquél con plena eficacia jurídica.

En doctrina encontramos que en términos amplios, Puig Brutau opina que el consentimiento puede ser expreso o tácito, general o especial, previo, simultáneo o posterior al acto (pág. 740, ob. cit.).

También Enneccerus - Nipperdey afirman que el consentimiento puede preceder o subseguir al negocio. En el primer caso se trata de un consentimiento y en el segundo, de una ratificación (Parte general, 2ª ed., pág. 397, N° 4).

Entre nuestros juristas, Guastavino concuerda en que el consentimiento puede ser anterior o posterior al acto dispositivo "convirtiéndose en el último supuesto en una confirmación".

Cabría agregar que se trataría de una situación jurídica fuertemente parecida a la de las venias maritales, durante la vigencia del régimen de administración y disposición de bienes de la ley 13517, las que omitidas en sus debidas oportunidades se instrumentaban luego como un procedimiento de subsanación de los títulos de propiedad, técnica que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

según nuestra información no ofreció reparos doctrinarios ni judiciales.

La autorización tardía

Resta decidir el punto central del tema. O sea, si la autorización supletoria puede ser otorgada luego de realizado el negocio jurídico al igual que, según nuestro criterio, puede serlo el consentimiento voluntario.

Concretamente, no veo inconveniente alguno, de fondo o de forma.

Lo primero, porque para la ratio legis del consentimiento, tal como nosotros la vemos, sólo debe preocupar que éste exista, siendo indiferente en qué momento se produce o exterioriza. Inclusive, cabe admitir que haya existido antes de la realización del negocio, pero que faltare su debida prueba como elemento exterior de la voluntad de prestarlo.

Pero como quiera que sea, una vez concedido el consentimiento conyugal, la ley está cumplida en su finalidad o sea, en la tutela de los intereses del cónyuge del que conforme al art. 1276 debe actuar como disponente del bien.

En cuanto a problemas de forma, tampoco los percibimos, sea que al proceso se lo considere voluntario o contencioso (ver obra del Instituto ya mencionada y opinión de Augusto M. Morello en J. A., N° 3404 del 10/10/69).

En cualquiera de los dos casos, es decir antes o después de realizado el negocio jurídico, el juez actuante deberá decidir si existe o no justa causa para negar el consentimiento.

Si no media esa justa causa, la resolución judicial, si es anterior al negocio para la que es solicitada, tendrá la designación jurídica de "autorización supletoria" conforme a la letra del art. 1277 del Código Civil. Si es posterior, creemos más correcto denominarla "aprobación judicial". Es exactamente lo que sucede en materia de disposición de bienes de menores en los supuestos en que se requiere la intervención judicial. Si se trata de la venta de un inmueble de un menor bajo patria potestad, normalmente se comienza suscribiendo un boleto de venta, cuya validez se supedita a la "aprobación" judicial. Estrictamente debiera ser al revés, primero la "autorización" para firmar el boleto y luego la firma del mismo. Pero lo normal es que el boleto precede a la autorización, por lo que ésta no es tal, jurídicamente hablando. Aunque ayuda a confusión el hecho de que al padre se lo "autorice" a otorgar la escritura. Pero adviértase que esta autorización es consecuencia de que el negocio - o sea el contenido del boleto - ha sido aprobado. Por tanto, hay aprobación de lo ya realizado - el negocio jurídico - y autorización para instrumentarlo adecuadamente.

Y bien. En materia del consentimiento del art. 1277 Cód. Civil sucede lo mismo. El cónyuge a quien corresponde disponer, firma un boleto - supeditado en su eficacia a que obtenga el consentimiento del otro cónyuge - voluntario o judicial. Si lo obtiene, queda válido el boleto ya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

suscripto, por lo que, insistimos, este consentimiento, más que una autorización para realizar la venta, importa la aprobación de la misma - que desde nuestro punto de vista está realizada, aunque se trate de inmuebles - y, en todo caso, autorización para otorgar la pertinente escritura traslativa de dominio.

"Autorización", como acto previo, y "aprobación", como acto posterior, producen igual resultado jurídico, en cuanto a la eficacia o efectos del negocio a que se refieran. La una como la otra llenan la laguna legal, en los poderes del disponente, integrándolos en aquello que les faltaba por virtud de la norma legal. Sea suficiente como fundamento legal para aquietar dudas lo dispuesto por el art. 1936 Cód. Civil en materia de ratificación ó 1330 Cód. Civil en la venta de cosa ajena. Y como apoyo doctrinario, la opinión de Spota, quien al estudiar las formas del asentimiento, expresa: "...En el derecho privado el asentimiento asume también estas dos formas de autorización (o consentimiento) y de aprobación (o ratificación). Aquí la palabra ratificación no debe aprehenderse sólo en el sentido de aprobarse los actos jurídicos del que excedió en su poder de representación o que invocó un poder de representación que no posee, como en cambio lo entendió el codificador al inspirarse en la doctrina francesa del siglo pasado, ya que la ratificación tanto abarca este supuesto como la aprobación del acto jurídico celebrado en el propio nombre del que lo otorgó (v. g. la venta de cosa ajena)".

Luego menciona el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto y agrega que tanto uno como otro, para designar a la aprobación y a la autorización con un solo vocablo, adoptan la expresión asentimiento, a fin de indicar la declaración de voluntad dirigida a cualquiera de las partes (Spota, t. I, Parte general, vol. 3º, pág. 1027). Quién puede pedir la autorización supletoria posterior al acto va realizado: Creemos que puede hacerlo tanto el cónyuge que dispuso del bien, como el adquirente. En cuanto al cónyuge, no vemos diferencia en sus derechos para obtener la autorización supletoria, porque promueve la acción luego de instrumentado el negocio de disposición. Por lo contrario, al hacerlo cumpliría una obligación incumplida - de la que permanece deudor - en su carácter de transmitente obligado por las normas sobre la evicción contenida en los arts. 2089 y sgtes. del Cód. Civil.

En lo que respecta al adquirente, coincidimos con la opinión de los Dres. Falbo y Carneiro (R. del N., N° 715, págs. 284 y 293), estimando que está legitimado para el trámite judicial.

Por no tratarse de una acción o derecho de tipo personal, podrá requerir la autorización supletoria del consentimiento, subrogándose al efecto (art. 1196 Cód. Civil) en los derechos que tenía para solicitarla al cónyuge con quien contrató.

En resumen, considero que es posible obtener la autorización judicial supletoria posterior al acto celebrado sin el asentimiento conyugal, para lograr de esta manera su convalidación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

OPINIÓN DEL CONSEJERO CARLOS A. PELOSI

DOCTRINA: La autorización supletoria conferida por el juez a que se refiere el art. 1277 del Código Civil (texto según la ley 17711) debe tener, necesariamente, carácter previo y, por lo tanto, la omisión del asentimiento conyugal o de dicha autorización, en su defecto, no puede subsanarse con la aprobación judicial posterior.

DESARROLLO

I. Mis coincidencias con el primer ponente

Le ha correspondido al consejero Solari expedirse en primer término y afrontar, por consiguiente, las dificultades propias del enfoque inicial.

Para emprender mi labor dentro de un marco de simplificación de conceptos creo necesario comenzarla puntualizando que en su meditado y conciso estudio el consejero Solari ha determinado con exactitud los siguientes aspectos: 1) La problemática del asunto en examen. 2) La naturaleza jurídica del consentimiento exigido por el art. 1277 del Código Civil (texto según la ley 17711). 3) El carácter de la nulidad que origina la omisión de la formalidad; y 4) El mejor empleo, en este caso, de la palabra aprobación en lugar de autorización, con la reserva, empero, que haré más adelante (Ver punto IV, 1).

II. Mi disidencia

Sin dejar de reconocer que son muy sólidos los argumentos esgrimidos por el consejero Solari, el análisis desprejuiciado del problema en busca de un resultado objetivo, exento de valoraciones extralegales y de enjuiciamientos tendientes a crear una protección que no brinda el ordenamiento jurídico, me deciden por la tesis opuesta, en cuanto a la posibilidad de obtener una posterior aprobación judicial con alcance confirmatorio.

III. La doctrina

1) La ley española de 24 de abril de 1958 modificatoria del artículo 1413 del Código Civil, que impuso al marido, en su carácter de administrador de la sociedad conyugal, la formalidad del consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, ha provocado, en ese país, una rica elaboración doctrinal en todo lo atinente al asentimiento conyugal.

Así como concedo a esa actividad científica una autoridad indiscutible para sostener la validez de los llamados consentimientos generales anticipados, también en la materia que nos ocupa he encontrado razonamientos que me parecen valederos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La doctrina española, en general, sostiene que la autorización judicial subsidiaria debe pedirse y concederse antes del acto de enajenación.

2) Claro está que no faltan autores que se pronuncian por la opinión contraria. Así, Francisco Escrivá de Romaní y de Olano ("Actos dispositivos realizados en contravención del artículo 1413 del Código Civil", en Revista de Derecho Notarial. Madrid, Abril - Junio 1967, págs. 7 y sigts.) considera que si bien no es el procedimiento normal, puede pedirse. Rebate el argumento de que la autorización necesariamente ha de ser anterior, pues no ve claro si ha de obtenerse previamente a la fase pre - contractual, al convenio verbal, al documento privado o a la escritura, habida cuenta de las series de fases que pueden darse en el iter negocial.

3) Con el objeto de abreviar, omito referirme a los diferentes estudios realizados sobre el tema y me limitaré a exponer las razones en que Manuel de la Cámara Álvarez apoya su postura de que la autorización judicial debe obtenerse previamente ("El nuevo artículo 1413 del Código Civil", en Anuario de Derecho Civil, Abril - Junio 1959, págs. 451 y sigts.) y a las cuales me adhiero. Son las siguientes:

a) El carácter preventivo de la institución. La ley trata de evitar que se consume un acto que puede resultar peligroso o lesivo para la mujer (en el régimen español sólo corresponde hablar de la mujer, en el nuestro del cónyuge no titular). Es lógico, pues, que la demostración de la inexistencia del peligro se ofrezca antes de realizar el acto que la mujer no quiere consentir.

b) Si no se ha obtenido el consentimiento, ni la autorización judicial previa, la impugnación debe quedar expedita a la mujer (en nuestro caso al consorte no titular), sin que pueda ya discutirse si el acto fue o no perjudicial. La prueba de ese extremo, una vez consumado el acto, puede ofrecer dificultades punto menos que insuperables. La autorización judicial a posteriori, aunque teóricamente fuera posible, sería denegada en la mayor parte de los casos.

c) En cuanto al momento en que debe obtenerse la autorización previa, entiende que puede ser en la fase intermedia. Aduce dos argumentos: uno teórico y otro práctico. En el terreno teórico, mientras el acto de disposición (o si se quiere el supuesto de hecho traslativo) no esté completo, la autorización que se obtenga será, todavía, previa, pues el derecho español requiere la tradición (y en el caso de la hipoteca la inscripción) para que se opere la modificación jurídico - real. Las razones prácticas consisten en que mientras el bien permanezca de iure y de facto en el patrimonio común, ningún daño puede derivarse de que se discuta si el acto resultará o no perjudicial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

d) Aunque el derecho de impugnación nazca desde que el acto se celebre, puesto que éste no tiene por sí solo virtualidad suficiente para producir la transmisión, no hay inconveniente en que, durante esta etapa intermedia, la impugnación esté condicionada a la demostración de que el acto no es perjudicial. La cosa, evidentemente, varía si el contrato ha sido consumado. El derecho de la mujer debe quedar expedito, pues toda discusión sobre la existencia o inexistencia del perjuicio no hará sino retrasar o entorpecer la reparación de un daño que puede haberse ya producido.

e) Si las partes contratan bajo condición suspensiva de que se consiga la autorización judicial, el juego mismo de la condición impide la consumación del contrato, ya que los efectos del acto (aparte de las que se derivan de la propia situación de expectativa) quedan suspendidas y subordinadas al otorgamiento de la autorización judicial supletoria.

IV. Consideraciones complementarias

1) La reserva que dejé planteada al final del punto I respecto del empleo del vocablo "aprobación" en lugar de autorización, radica en que ello es teóricamente aceptable, es decir, su correcto uso está vinculado a que realmente pueda obtenerse a posteriori una decisión judicial convalidatoria. No siendo así, es necesario advertir que el art. 1277 sólo habla de "autorización" y de "previa audiencia de las partes", consagrando con ello el sistema preventivo.

Además, como lo expresa Rodríguez Adrados ("Disposición onerosa de inmuebles gananciales", en Revista de Derecho Notarial antes cit., Julio - Diciembre 1958, págs. 129 y sigts.) es el más razonable, porque el juez tiene más amplia libertad, sin el hecho consumado, que siempre coacciona un poco, de haberse ya celebrado el acto dispositivo.

2) Realizado el acto jurídico que requiere el asentimiento conyugal sin el cumplimiento de este requisito, el problema ya no se circunscribe, como en la etapa previa, a resolver si es justa la causa de oposición del cónyuge no titular, o, en su caso, si el bien es prescindible. Ha sufrido una transformación y se centra en la competencia del juez para subsanarlo.

"La convalidación, escribe Spota (Tratado de derecho civil, volumen tres, 6, pág. 843) es un negocio jurídico por el cual se torna eficaz el acto jurídico anulable (y, por ende, la nulidad relativa), consistente en la declaración unilateral de voluntad, expresada directa o indirectamente, que proviene de quien tiene la pretensión accionable emanada de esa anulabilidad, y que es efectuada una vez que cesó la causa que haya ocasionado la impugnabilidad y con la intención de alcanzar esa eficacia del negocio jurídico anulable".

Señala que tal definición no se aparta, en su esencia, de la brindada por el art. 1059 del Cód. Civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pasando por alto la terminología de Spota, consecuencia del criterio que adopta para clasificar las nulidades, lo cierto es que los efectos sanatorios de la convalidación sólo se producen por la declaración de voluntad expresa o tácita de un sujeto titular de la acción (arts. 1061, 1063 y 1064 Cód. Civil) que goce de la capacidad suficiente. Estas exigencias sólo podrían ser reemplazadas por una ley convalidante, pero no mediante aprobación o pronunciamiento judicial.

Como argumento decisivo, muy vigente en estos momentos en que se discute el alcance de algunas disposiciones de la ley 19550 en relación a los requisitos formales que deben observarse en los actos de constitución y modificación de las sociedades mercantiles, corresponde destacar que en orden a lo prescripto por el art. 1062 del Código Civil, si el acto jurídico celebrado sin el asentimiento judicial fue instrumentado en escritura pública, la confirmación expresa debe hacerse también en escritura pública y la sentencia, en la especie, no es la clase de instrumento público ordenado (art. 977 Cód. Civil).

3) Cabe significar, todavía, que, si eventualmente se acordara judicialmente la aprobación ulterior de que se trata, quizá la convalidación se operaría por vía de una confirmación tácita, según el procedimiento que se cumpla, y no por virtualidad de la decisión del juez interviniente.

V. Apuntación necesaria

De la Cámara Alvarez y otros autores españoles y, entre nosotros, Jorge Adolfo Mazzinghi (Derecho de familia. Abeledo - Perrot, 1972, tomo II, pág. 371) estiman que en caso de urgencia podría obtenerse la ulterior aprobación judicial equiparable a la confirmación. Creo que esto significa alterar el sistema legal y por más que nos entusiasme la solución, corresponde rechazarla.

OPINIÓN DEL CONSEJERO DOMINGO SILVA MONTYN

El consejero Solari, con sólidos argumentos, y en busca de solución de problemas que pueden presentarse, opina que es posible obtener la autorización judicial supletoria posterior al acto celebrado sin el asentimiento del otro cónyuge, y obtener por este medio su convalidación; y que esta autorización supletoria la puede pedir no sólo el cónyuge que dispone del bien, con lo que cumpliría una obligación incumplida sino también el adquirente, que estaría legitimado para el trámite judicial.

El consejero Pelosi es de opinión que la autorización supletoria conferida por el juez debe tener, necesariamente, carácter previo y que la omisión del asentimiento conyugal o la autorización judicial previa, no puede subsanarse con la aprobación judicial posterior.

Me adhiero a la opinión del consejero Pelosi. Si bien el consentimiento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conyugal puede ser expreso o tácito, general o especial, previo, simultáneo o posterior al acto puesto que equivale a una declaración de voluntad con el negocio jurídico ajeno e integra el poder de disposición que la ley acuerda a cada uno de los cónyuges respecto a determinados bienes. La autorización judicial debe ser expresa, especial y previa al acto. La aprobación judicial de un acto en que no se haya cumplido el exigible requisito del asentimiento conyugal, no es posible, por cuanto la ley habla de autorización, la cual debe ser concedida previa audiencia de las partes. Y además, como bien afirma Solari, la resolución posterior al acto, no es "autorización judicial" sino "aprobación judicial".

Por ello, opino que no es posible actualmente obtener autorización judicial supletoria posterior al acto celebrado sin el asentimiento conyugal a efectos de su convalidación.

OPINIÓN DEL CONSEJERO EDUARDO BAUTISTA PONDÉ

DOCTRINA: La autorización judicial supletoria que prevé el artículo 1277 modificadorio del Código Civil por la ley 17711, puede obtenerse con posterioridad al otorgamiento del acto que requiere el asentimiento conyugal.

Esa resolución judicial no es aprobatoria ni convalidante del negocio jurídico, sino simplemente supletoria del asentimiento.

El cónyuge titular del derecho debe otorgar el documento convalidante ejercitando esa autorización supletoria.

I

El artículo 1277 del Código Civil, modificado por la ley 17711, requiere el asentimiento de ambos cónyuges para disponer los bienes gananciales que ese artículo enumera, y prevé que si alguno de los cónyuges lo negare sin justa causa, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

La ley no dice si el asentimiento debe lograrse antes o después del acto jurídico dispositivo. La doctrina es acorde en que el asentimiento voluntario puede darse indistintamente antes o después. El tema de este expedientillo se centra en cuanto a si también juega esa posibilidad cuando un cónyuge niega su asentimiento y es preciso recurrir a la justicia para que se autorice al cónyuge con facultad dispositiva a hacerlo.

El primer opinante, consejero Solari, desarrolla ajustadamente lo que él califica como "problemática", con la sola reserva de su mención a bien "total o parcialmente ganancial", porque si bien la doctrina acepta la existencia de bienes mixtos, nuestro derecho positivo no los recepta. También son claros sus apartados referidos a "Consecuencia de la omisión del consentimiento", la "Naturaleza jurídica del consentimiento", las "Consecuencias de la omisión del consentimiento". Desde ya que coincido plenamente con él en que la autorización judicial puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obtenerse con posterioridad al otorgamiento del acto.

II

El artículo 1277 exige el consentimiento; esto es lo esencial. Si el cónyuge lo da voluntariamente, sea antes o después, la realización jurídica es perfecta. Si niega el consentimiento, el juez podrá autorizarlo "previa audiencia de las partes". El artículo busca suplir el consentimiento voluntario por una autorización dada al cónyuge disponente para que, a su vez, dé ese consentimiento. Por eso es que determina que será "previa audiencia entre las partes".

Si otorgado ya el acto jurídico y requerida la autorización judicial supletoria, el juez convoca a audiencia, es para lograr un posible entendimiento entre los cónyuges y, si tal entendimiento no se produce, sopesará las opiniones de ambos y negará la autorización si hay justa causa de oposición o la concederá si la oposición no se apoya en justa causa.

El proceso de audiencia previa es para dar o negar la autorización, cosa que no hay que confundir interpretando que la autorización debe ser previa a la concreción del negocio jurídico, En este sentido no puede seguirse que el artículo establezca una medida preventiva indispensable anterior a la celebración del acto jurídico porque el fin que persigue es exclusivamente determinado.

El juez autoriza o no autoriza al cónyuge disponente. Si prospera la autorización, es para autorizarlo a dar el consentimiento y en ese supuesto el cónyuge autorizado actuará de una de estas dos maneras: si el negocio jurídico no está realizado, utilizará la autorización judicial supletoria para otorgarlo; si ya está instrumentado, utilizará la autorización para convalidarlo.

III

El artículo 1277 no dice, ni tampoco es deducible del texto legal, que el juez podrá "aprobar" o "convalidar" el negocio jurídico.

Que la petición se formule antes o después de instrumentado el negocio jurídico, no cambia el quehacer jurisdiccional. Si pide autorización es para que el juez la conceda o la niegue, pero el juez no puede convertir este petitorio en "aprobación" o "convalidación".

El artículo 1277 no puede ser interpretado como una posibilidad de convalidación, sencillamente porque el consentimiento que se pide no puede ser convalidante, sino el medio para convalidar. ¿Qué puede convalidar el cónyuge al que se pide el consentimiento? Quien convalida es el cónyuge disponente, porque aquel que no tiene facultad para disponer tampoco tiene facultad para convalidar. De no ser así estaríamos aceptando que al convalidar el juez el negocio jurídico supliendo la falta de consentimiento, en realidad supliría la voluntad negocial y esto tiene marcado sabor a codisposición, figura jurídica que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no encaja en la teoría del asentimiento, conforme fue captada por la ley 17711.

Es el "hecho" del ulterior consentimiento que provocará la convalidación, pero no porque el cónyuge no titular convalide sino porque da o se le hace dar el consentimiento para que otro convalide.

IV

Considero que las oposiciones a la obtención de la autorización judicial supletoria posterior a la celebración del acto no hallan justificado asidero ante el texto del artículo 1277. Las citas que hace el consejero Pelosi, basadas en doctrina y en interpretación de la ley hispana, se presentan carentes de drasticidad. El propio Pelosi, con probidad científica, menciona cómo algunos de los defensores de la imposibilidad de obtener la autorización judicial supletoria con posterioridad a la instrumentación del negocio jurídico, aceptan que pueda lograrse en caso de urgencia. El consejero Pelosi no comparte ese criterio, claro está, acorde con su interpretación; pero ello no obsta a que debilita los argumentos de los autores en quienes apoya su posición.

Las relaciones jurídicas buscan estabilidad como norma, y en busca de esa estabilidad - en el caso que nos ocupa - no importa que la autorización se logre antes o después de la celebración del negocio jurídico, sea por acto voluntario o por supletoria autorización judicial, siempre que no haya expresa prohibición legal. Si se trata de nulidad relativa, es confirmable antes o después; no hay razón aparente para que ese principio ceda porque haya que cumplir un paso previo ante el Poder Judicial para la ulterior convalidación.

OPINIÓN DEL CONSEJERO MIGUEL N. FALBO

1) El enunciado del tema, simple en apariencia, me ha provocado profunda meditación y la necesidad de realizar su análisis en forma minuciosa que, naturalmente, dificulta luego expresar de manera sintética.

2) El estudio que realizaron los consejeros preopinantes centra claramente la cuestión y a ellos nos remitimos por razones de brevedad expositiva, pero las soluciones encontradas que se sustentan - todas con importantes fundamentos - provocan las consiguientes dudas y alejan las soluciones fáciles y sencillas.

3) Partimos de la base siguiente: uno de los esposos, titular del dominio de un bien inmueble ganancial, ha otorgado una escritura que contiene un negocio dispositivo de ese inmueble, sin contar con el consentimiento de su cónyuge.

No existe posibilidad fáctica del consentimiento posterior, porque quien debe prestarlo se niega hacerlo sin que, naturalmente, medie

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incapacidad.

Decimos que se ha otorgado la escritura porque, todavía, antes de ese acto, podría, sin duda de nuestra parte, requerirse la autorización judicial prevista por el art. 1277.

Concretamos el caso a un inmueble por considerar que es el que cuenta con más posibilidades que se presente en sede notarial; sin perjuicio de ello, la solución que se adopte, será de aplicación, también, a los demás bienes a que se refiere el art. 1277.

4) Centrada la cuestión de la manera expresada, realicemos su análisis: En lo que respecta a los bienes gananciales, la parte final del párrafo I del art. 1277 dice: "Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes".

Con relación a determinados bienes propios, el párrafo III del artículo citado dispone: "El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resultare comprometido".

En el primer supuesto la norma prevé, en especial, el interés del cónyuge. En el segundo, con más amplitud el interés de la familia.

En ambos casos se faculta al juez a "autorizar" la realización del negocio.

La "autorización" suple, o reemplaza, al "consentimiento".

5) Pero ¿en qué "momento" procede la autorización judicial, antes o después que se otorgue el negocio dispositivo?

De los textos legales parece resultar que tiene que ser anterior al otorgamiento del acto.

Cuando se refiere a los gananciales, al decir "si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto..."

Las palabras "para otorgar el acto" indican, sin duda, que el acto todavía no se ha otorgado.

Con relación a determinados bienes propios, dispone la ley que "El juez podrá autorizar la disposición...". Otra vez resulta, del texto legal, que se autoriza la disposición. Por consiguiente, se parte del supuesto que todavía no se ha otorgado el acto dispositivo.

6) Mas si esto resulta claro, se plantea de inmediato la siguiente cuestión: ¿Cuándo, en qué momento, se efectiviza el acto dispositivo para que la autorización judicial sea anterior a él?

Señala con agudeza Escrivá de Romaní y de Olano ("Actos dispositivos realizados en contravención del art. 1413 del Código Civil", en Revista de Derecho Notarial Madrid, Abril - Julio 1967, pág. 18) que en el iter negocial hay una serie de fases; primera, momento en que se trata la posibilidad del acto de enajenación entre el cónyuge y el que adquiere; segunda, el convenio verbal entre esos sujetos, donde se expresa el consentimiento sobre objeto, causa y precio; tercera, cuando ese consentimiento se formula por escrito en documento privado (entre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nosotros, desde que se otorga el boleto de compraventa); cuarta, cuando se otorga la correspondiente escritura notarial, perfeccionadora del contrato y transmisiva de la titularidad del dominio. Ante estas posibilidades, nuestro autor se pregunta, la autorización judicial tiene que ser previa ¿pero previa a qué?, ¿a la fase pre - contractual?, ¿al convenio verbal?, ¿al documento privado? ¿A la escritura? "No lo vemos claro - dice - porque si, por ejemplo, se ha otorgado ya el documento privado pero no la escritura pública, creemos que nadie negará la posibilidad de pedir esta autorización judicial subsidiaria. Y si ya se hubiere otorgado la escritura pública, ¿qué inconveniente grave hay en pedirla? Estamos de acuerdo en que no es el procedimiento normal: lo correcto es que el marido, cuando la mujer se opone a ello, pida esta autorización antes del acto dispositivo, pero puede haber casos realmente de importancia en que autoricen al marido una actuación de este tipo. Pensemos, por ejemplo, en que el marido ha convenido una enajenación enormemente ventajosa para la familia en ausencia de su mujer. Cree, está convencido de que la mujer dará este consentimiento; otorga, incluso, escritura pública sobre esa base y después, la mujer, de forma absolutamente caprichosa, se niega a prestar su consentimiento. No vemos inconveniente - concluye - en que se acceda al juez para pedir autorización judicial subsidiaria".

7) Planteadas así las cosas es evidente que no resulta fácil dilucidar la cuestión.

Lo normal, conforme a lo que queda expresado es que, en ausencia de consentimiento, la autorización judicial tiene que ser previa al acto dispositivo.

Pero producida la situación anormal expuesta, en otra semejante, como ejemplo, la hipoteca de un inmueble ganancial, sin consentimiento, ni autorización judicial previa, pero justificada por evidentes razones de urgencia que solucionarán problemas en provecho de la sociedad conyugal o de toda la familia, ¿cuál es el interés fundamental que debe tenerse en consideración para resolver la cuestión: el derecho del cónyuge que no consintió, en ejercicio de la facultad que le concede la norma (general y abstracta); las motivaciones concretas, importantes, impostergables, necesarias, y, desde luego, ajenas a toda idea de fraude, que tuvo en miras el cónyuge que actuó pese a la falta de consentimiento o de autorización judicial?

8) Si tomamos en consideración al derecho en su manifestación normativa, parece evidente, como antes lo señalamos, que la autorización judicial tiene que ser previa.

El propio vocablo "autorización" indica que la ley sigue el sistema preventivo tal como lo pone de manifiesto Rodríguez Adrados ("Disposición onerosa de inmuebles gananciales", pág. 200, en Revista de Derecho Notarial, Madrid, Julio - Diciembre 1958).

El autor citado distingue entre "autorización" y "aprobación" judicial. En el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

primer caso - dice - la intervención judicial es previa; en el segundo es posterior; la enajenación de un inmueble sin anterior autorización judicial es nula, sin que pueda convalidarse porque ésta recaiga con posterioridad.

9) No obstante, para el diccionario de la Academia, "autorizar" significa tanto dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa, como aprobar o abonar.

A su vez, "aprobar" equivale a calificar o dar por bueno.

Pareciera, pues, que la conclusión por el sentido de los vocablos no fuera tan concluyente como señala Rodríguez Adrados, por lo menos en relación a su significación idiomática.

10) Además, como ya parece superada por la ciencia jurídica la aburrida polémica entre la jurisprudencia de intereses y jurisprudencia de conceptos, al recoger su dirección actual las enseñanzas de Viehweg que postula por una jurisprudencia de problemas, tendencia que hoy puede decirse que es dominante en Alemania, en opinión de García de Enterría (Prólogo al libro de Theodor Viehweg Tópica y jurisprudencia, Madrid, 1964), intentaremos una construcción que resuelva el conflicto siguiendo los presupuestos estructurales de la jurisprudencia propuestos por Viehweg, que son: 1) la estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema; 2) las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él; 3) los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados como una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquiera otra es preciso evitarla (ob. cit. p. 129).

11) Nuestro problema es un acto de disposición de un bien ganancial realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro y sin autorización judicial. Se ha otorgado el acto correspondiente (escritura), sin fraude alguno, atendiendo a una necesidad o a una positiva conveniencia, o a una evidente utilidad para el patrimonio de la sociedad conyugal, o para el interés de la familia de manera que, de haberse solicitado la autorización judicial "antes" de que se otorgara la escritura, tal autorización indudablemente hubiera sido concedida; aun con la negativa del cónyuge se tendría que haber prestado su consentimiento.

En un supuesto semejante, aun cuando de los textos legales aplicables resultara que la autorización judicial tendría que ser previa, ¿puede predominar con tal fuerza la llamada jurisprudencia de conceptos como para que no exista posibilidad jurídica de subsanar la nulidad, o, si se quiere, la ineficacia relativa del acto realizado?

12) Creemos que no. Tanto el cónyuge que realizó el acto de disposición, como el que no prestó el consentimiento, o el tercero que tiene una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

titulación claudicante, podrían recurrir al juez exponiendo la situación y éste, luego de oír a las partes (incluso, naturalmente, al cónyuge que tendría que haber consentido) y comprobar la necesidad del acto realizado, o su positiva conveniencia para el patrimonio de la sociedad conyugal o el interés de la familia y, desde luego, la ausencia de todo fraude, podría aprobar el acto declarándolo válido o, si parece más correcto a tenor a lo que dispone el art. 1277, conceder la autorización que antes no se había requerido.

13) Entendemos que no hay norma alguna que se oponga a la primera solución.

El art. 1049 impide a la persona capaz alegar la nulidad, pero no solicitar la judicial aprobación de lo que, en determinadas circunstancias, podría ser considerado nulo o ineficaz en su manifestación formal.

14) No obstante, si el juez entendiera que no está facultado para aprobar el acto formalmente nulo, procede, sin duda, la otra solución, es decir, conceder la autorización.

En este caso la escritura podrá ser nula (de nulidad relativa) por falta de consentimiento o de autorización judicial, pero tan pronto como se obtenga una u otra, nada impide que se confirme o ratifique el negocio claudicante y, naturalmente, la escritura, otorgándose el documento complementario que lo subsane.

15) En cuanto a la acción judicial que debe intentarse en estos casos, entendemos que pueden ser las siguientes: para el cónyuge que no consintió, la de nulidad; para el cónyuge que dispuso, el pedido de la autorización omitida; para el tercero que adquirió, igual acción, subrogándose a los derechos del cónyuge que enajenó.

OPINIÓN DEL CONSEJERO ALBERTO VILLALBA WELSH

Los exhaustivos y enjundiosos estudios que de la cuestión planteada han realizado los consejeros preopinantes, me exime de considerarla in extenso y de reducirme por ello a las conclusiones a que arribo, luego de un examen que he enfocado atendiendo sobre todo a una concepción existencial del derecho y no meramente académico. No he de tener en cuenta por ello la terminología legal sino la realidad negocial vivida.

Si se admite pacíficamente la posibilidad de que el cónyuge no titular puede prestar su asentimiento con posterioridad al acto de disposición y que en tal caso el negocio jurídico alcanza su plena eficacia, no se advierte razón alguna valedera para no admitir que el juez pueda autorizar que se prescinda de tal asentimiento cuando de la audiencia que prescribe el art. 1277, resulte que a su criterio no existe justa causa para la negativa. Pues en eso consiste precisamente el hacer del juez, esto es, en declarar que la causa alegada por el no titular carece de la debida sustentación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Naturalmente que el juez deberá evaluar todas las circunstancias, especialmente las derivadas del hecho de que el negocio puede haber quedado totalmente consumado. Es muy posible que en la práctica no sea factible obtener la declaración judicial, porque además de considerarse si la negativa es o no fundada, no podrán dejar de tenerse en cuenta las razones que movieron al cónyuge titular a prescindir del asentimiento. Pero ésta es otra cuestión. Lo que interesa es saber si obtenida la declaración judicial pertinente, el negocio dispositivo es inobjetable.

Y no creo que sea necesario hablar de autorización judicial (cuando se otorga previamente al acto) ni de aprobación o convalidación (cuando es posterior) sino solamente y en ambos casos, de declaración en el sentido de que no hay justa causa para la negativa y que, por lo tanto, el titular puede o pudo actuar con prescindencia del asentimiento del no titular.

Me inclino, en consecuencia, y en lo substancial, por la tesis que sustentan los consejeros Solari, Pondé y Falbo.

OPINIÓN DEL CONSEJERO FRANCISCO FERRARI CERETTI

La declaración que persigue este expedientillo es puramente abstracta, ya que se hace difícil admitir la posibilidad de que algún notario autorice un acto sin el cumplimiento del requisito del consentimiento exigido por el art. 1277 del Cód. Civil.

Sentada esta premisa, considero que los argumentos esgrimidos por los preopinantes agotan el tema.

Pienso en forma similar a quienes opinan que puede obtenerse el consentimiento judicial supletorio para convalidar el acto observable.

Baso mi razonamiento en que el art. 1277 exige el consentimiento previo o simultáneo con el acto que se realiza.

Dice la ley: "Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa dicho consentimiento el juez podrá autorizarlo, previa audiencia de las partes".

Consumado el acto observable, ya no se trata de obtener el consentimiento para realizarlo (lo que ya está hecho) sino para convalidarlo.

Se persigue hacer desaparecer el vicio que hace observable el acto ya instrumentado como establece el Cód. Civil, art. 1059, reproduciendo a Aubry et Rau, t. 4°, pág. 261, parágrafo 337.

No puede hablarse de autorización judicial supletoria para realizar un acto que ya tuvo efecto, sino de repararlo, para evitar que pueda ser atacado por la parte lesionada.

El juez, en juicio contradictorio, verá si el acto realizado lesiona los derechos del cónyuge o el patrimonio familiar y según sea su apreciación la acordará o negará.

El hecho de que el acto ya esté consumado no deberá pesar en su fallo sino el interés patrimonial que pueda resultar lesionado, desechando el "capricho" y atendiendo las consideraciones que hagan razonable su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

decisión.

Allí deberá estar el fundamento de la sentencia.

Desde luego que la resolución no deberá ser confirmatoria del acto ya realizado, sino autorizando al cónyuge titular para convalidar el que se realizó con omisión de aquel requisito legal (Cód. Civil, arts. 977 y 1062).

Esta resolución supletoria , por lógica, tendrá que ser dada con posterioridad al acto objetable.

Me adhiero pues, con las aclaraciones precedentes, a lo dicho por los consejeros Solari, Pondé, Falbo y Villalba Welsh.