

ASENTIMIENTO CONYUGAL*

Por **Alicia B. de Brugo**

“Hipoteca por saldo de precio”. Por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, noviembre 1° de 1997. Autos: “E., M. V. y otro” (Pub. *La Ley Litoral* - Jurisprudencia Anotada, 1998).

I. Los hechos que dieron lugar a la sentencia que se comenta [según los datos en la mencionada publicación]

Mediante escritura N° 17 del año 1995 pasada ante el escribano O. J. D., M. V. E. y J. J. E. vendieron cuatro inmuebles a J. R. H., constituyéndose hipoteca en primer lugar y grado de privilegio por una suma determinada en dólares, a la que asciende el saldo de precio; inscribiendo el Registro General en forma definitiva la venta, en tanto que lo hizo en forma provisoria respecto de la hipoteca por el saldo de precio pre-indicado, dada la ausencia de asentimiento conyugal de la esposa del comprador previsto en el artículo 1277 del Código Civil.

Ante la resolución N° 74/96 del Director General del Registro General Rosario, en virtud de la cual se ordenaba así dicha inscripción, la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial revocó la misma disponiendo la inscripción definitiva de la escritura motivo de autos, previo cumplimiento de los demás recaudos que correspondan.

II. La sentencia de la Cámara y sus fundamentos

1. Los argumentos esgrimidos en tal sentido ponen de manifiesto las vaci-

* Publicado en la *Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos*, N° 165, pág. 29.

laciones tanto en la práctica notarial, como en la doctrina y la jurisprudencia, del tema que nos ocupa (confr. 2º párr. de los Considerandos).

2. Igualmente reafirma la teleología de la norma que exige el asentimiento conyugal basado en el control de mérito en función de las expectativas de los cónyuges en lo que refiere a la participación común en las ganancias y la cuestión última de la disolución de la sociedad conyugal (confr. párr. 3º con cita a Zannoni, *Derecho de Familia*, t. I, pág. 542).

3. Pero asimismo se sostiene que, desde esta perspectiva, la exigencia del asentimiento deviene improcedente toda vez que lejos de desbaratar el patrimonio conyugal, el negocio jurídico tiende a fortalecerlo al aumentar su integración con nuevos inmuebles, aun cuando se reconoce expresamente que pesará sobre ellos una hipoteca por saldo de precio.

4. Se afirma igualmente que dicha carga sólo comportará un retaceo económico a la magnitud del incremento patrimonial que representan las nuevas adquisiciones, no configurando un menoscabo actual y concreto de los bienes que integraban la sociedad conyugal (confr. párr. 3º *in fine*).

5. Que, a todo evento, la adquisición, favorable a los intereses del matrimonio revela por parte del comprador el espíritu que la ley no sólo no combate sino que estimula (con cita a Mazzinghi, *Derecho de Familia*, t. 2, pág. 361, 3ª ed. act. y reest., Bs. As., 1996. confr. párr. 4º).

III. Las premisas fundamentales que deben tenerse en consideración para una ulterior reflexión sobre el tema

1. El artículo 1277 del Código Civil establece: “*Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles[...]*”. Esta norma, modificada por la ley 17711 –que acaba de cumplir 30 años–, es clara y categórica e implica un control fundado en las expectativas que cada esposo tiene respecto de la participación común en los bienes gananciales al momento en que opere la disolución de la sociedad conyugal y tiende a prevenir que un cónyuge pueda sustraer del haber conyugal bienes de significativo valor económico, sin control alguno y en forma deliberada, es decir que el art. 1277 configura una **prevención del fraude**.

2. La doctrina mayoritaria en 1968/1969 (léase Ref. Cód. Civil por ley 17711) no advirtió la diferencia que realiza un sector de la doctrina entre “hipoteca-fin e hipoteca-medio”; sustentándose, en definitiva, que la hipoteca **cualquiera sea ella**, comporta en cierto modo un acto de enajenación requiriéndose en consecuencia a tales fines la capacidad (art. 3119) (confr. Gattari, Carlos N.; *Poder dispositivo de los cónyuges. Art. 1277 Código Civil*, Librería Jurídica Ed., pág. 137).

3. Advertimos, no obstante, que la doctrina no es pacífica ya que al hacer la distinción entre “hipoteca-fin” e “hipoteca-medio”, en relación con la primera la interpreta como un acto de enajenación, ya que significa una real disminución del patrimonio y tiene los caracteres de un egreso, por lo que no es conveniente aplicar la misma doctrina a la hipoteca-medio, pues en ésta se produ-

ce un aumento del patrimonio, representa un acto de ingreso y permite localizar bienes fungibles.

En el supuesto de constitución de “hipoteca-medio” –por saldo de precio–, como la terminología lo indica, es un medio para lograr la titularidad y, en vez de restringir el dominio, lo hace posible, por lo que no resulta en consecuencia aplicable la teoría que sostiene que la hipoteca sería un acto de enajenación con fundamento en que la propiedad entra al dominio del adquirente. Se trataría de un medio que posibilita la **titularidad**. No habiendo tal saldo de precio, no habría comprador ni contrato ni adquisición. A su vez, si no existiera titularidad no sería admisible un saldo de precio garantizado con hipoteca, es decir que existe una correlatividad, simultaneidad y son cofundantes una de la otra.

4. En un tema tan rico como polémico existe la doctrina que exige el asentimiento conyugal, como la de Guastavino que, basándose en el art. 3119 del C.C., dice que en derecho argentino para constituir hipoteca es necesario ser propietario del inmueble y tener capacidad de enajenar inmuebles. Por más que parecieran simultáneas la adquisición y la constitución del gravamen, es preciso reconocer que previamente se adquiere el dominio y después se constituye hipoteca. Recayendo ésta sobre inmueble ganancial debe ser consentida por ambos cónyuges.

Asimismo, debemos tener en cuenta la doctrina que excluye tal asentimiento. Entre los juristas que sostienen esta teoría se encuentran Martínez Segovia y Etchegaray. Martínez Segovia argumenta: “Antes de la reforma, la adquisición del inmueble con hipoteca por saldo no requería certificado de inhibición por el adquirente. Igualmente se prescindía del consentimiento conyugal. Si el cónyuge puede pactar libremente la adquisición en el boleto y es una condición la reserva de esa garantía, no puede luego sujetársela a un requisito que agrega al pacto una voluntad más que puede no ser concordante. El consentimiento conyugal está relacionado con la hipoteca sobre bien, que en el patrimonio se halla libre, entonces hay disposición. El consentimiento conyugal se pide siempre que un inmueble se convierte total o parcialmente en dinero para facilitar el control de la alteración patrimonial; no es del caso. El bien entra gravado al patrimonio conyugal, sujeto al privilegio por saldo, que se refuerza con el privilegio de la hipoteca [...]”. Por último sostiene que “no es necesario el consentimiento conyugal por no existir peligro de fraude” (confr. Gattari, Carlos N.; *Poder dispositivo de los cónyuges*, págs. 142-143).

5. Al respecto la Dra. María Josefa Méndez Costa, quien realiza el comentario al fallo más arriba referenciado, se pregunta bajo acápite N° 3 dentro del mismo: “El asentimiento conyugal ¿es asimismo exigible cuando la hipoteca se constituye para asegurar el saldo de precio, es decir, cuando se compra y se hipoteca lo comprado, en una concurrencia de negocios donde no es fácil discernir si se da la convergencia en el tiempo (comprar e hipotecar simultáneamente) o un orden lógico y, además, cronológico (primero comprar y luego hipotecar)?”. Respondiendo afirmativamente en cuanto a la **innecesariedad** del asentimiento en el supuesto indicado con fundamento en la doctrina citada en el fallo, a la que agrega las tesis confirmatorias de Fassi, Bossert, la juris-

prudencia de la Cámara Civil y Comercial en pleno de la Sala F de la Cámara Nacional Civil (18/X/1973).

Aun así no deja de poner de relieve que la tesis contraria que sustenta el criterio de la necesidad del asentimiento conyugal cuenta con fundamento en el artículo 3119 Cód. Civil. Pero lo refuta sosteniendo que se trata de dos áreas normativas diferentes, atribuyendo esta última a la teleología de la protección del patrimonio ganancial destinado a ser compartido al momento en que opera la extinción del régimen matrimonial y que el caso en cuestión no pone en peligro tal patrimonio y, por el contrario, permite agilizar los trámites en aquellos supuestos de algunos planes de adquisición de viviendas en que la escrituración, que se hace con hipoteca por el saldo de precio, se demora burocráticamente y a veces casi indefinidamente, porque el comprador se encuentra separado de hecho y se reclama el trámite de la autoridad judicial (confr. comentario al pie del fallo, puntos 5 y 7).

6. No obstante, también reflexionamos con preocupación en cuanto al valor seguridad jurídica y a las exigencias inherentes a la función notarial, por cuanto un fallo de estas características sólo prevé casos particulares, que aun así son *contra legem*. Reflexionemos tan sólo en la aseveración que realiza Guastavino en relación con el artículo 3119 Cód. Civ. arg. Y la exigencia normativa que para constituir hipoteca es necesario ser propietario del inmueble y tener capacidad para enajenarlo, igualmente que, aun cuando se practiquen aparentemente en el tiempo en forma simultánea, la adquisición y la constitución de la hipoteca, la misma *naturaleza de las cosas y su propio orden en el tiempo* exigen reconocer de modo realista que previamente se adquiere el dominio y con posterioridad se constituye la hipoteca. Siendo el inmueble ganancial, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges (confr. Gattari, Nicolás, ob. cit., pág. 140).

NOTA A FALLO

ALGO MÁS ACERCA DEL ASENTIMIENTO CONYUGAL Y LA HIPOTECA POR SALDO DE PRECIO

Por **Julián González Mantelli**

La necesidad o no del asentimiento conyugal (art. 1277 CC) para garantizar con hipoteca el saldo del precio de compra de un bien ganancial adquirido por uno solo de los cónyuges es una discusión que trasciende los sesudos análisis de tratadistas y doctrinarios para instalarse en nuestras oficinas como una pregunta concreta a la que debemos dar respuesta.

La Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Rosario sostuvo, en concordancia con un antiguo fallo de Cámara Civil de la Capital¹, que NO es necesario solicitarlo. Los fundamentos apelan al fin de la norma, entendiendo éste (su teleología) como medida de control del patrimonio ganancial; y verificando que tal adquisición gravada no hace sino aumentarlo y fortalecerlo.

(1) Cámara Civil, Sala F. *Revista del Notariado* N° 733, pág. 314.

Coincidencias doctrinarias

- Carlos Pelosi: adopta el mismo criterio antes expuesto, interpretando que en el caso no se da el supuesto previsto por el legislador de la norma, ya que el artículo 1277 sería un contralor de la eventual disminución patrimonial, coincidiendo que la compra es un aumento del patrimonio ganancial.
- Carlos Gattari: distinguió la hipoteca-fin (crediticio), que requiere el asentimiento, de la hipoteca-medio (de adquisición), que no lo requiere.
- Otros doctrinarios que adhieren a esta postura son Borda, Fassi, Bossert, Falbo y, desde el punto de vista jurisprudencial, es de destacar la existencia, en la ciudad de Mar del Plata, de un fallo plenario que adopta para su jurisdicción esta posición².

Tesitura contraria

No por minoritarias debemos desatender las ideas de quienes opinan contra la resolución adoptada en el fallo que anotamos.

La simple lectura del artículo 1277 nos permite ver que literalmente es necesario prestar el asentimiento conyugal para gravar bienes gananciales, sin hacer distingos entre adquisición anterior a la hipoteca o simultánea.

La adquisición simultánea es una ficción jurídica, ya que todo acto humano lleva un orden temporal (sucesividad) y, de conformidad con el artículo 3119, es sólo el propietario quien podrá hipotecar, debiendo entenderse, entonces, que primero se adquiere (primer acto en el tiempo) y luego el propietario hipoteca (segundo acto que sucede o continúa al primero). Con lo que siempre el gravamen es posterior a la compra y requeriría el asentimiento.

La idea de control también puede pensarse como “control de adquisición”. No siempre los aumentos patrimoniales son beneficiosos para los cónyuges. Piénsese en personas que, previendo situaciones de bonanza económica, se embarcan en estilos de vida que están por encima de sus posibilidades y, frente a un giro del destino (despido, quiebra, etc), pierden lo adquirido y más (ya que los créditos hipotecarios no se agotan con la ejecución de la cosa sino que se extienden a todo el patrimonio del deudor –que es su prenda común, como dice el adagio–).

Asimismo, consideramos que si se observa atentamente el régimen patrimonial del matrimonio dentro de la esfera del Derecho de Familia, apelando al *affectio maritali*, entendemos que ambos cónyuges deben estar presentes en un acto de la importancia que reviste la adquisición de un inmueble y la gestación de la deuda que lo hace posible.

Esta posición contraria es sustentada por la doctora Ana Raquel Nuta, los doctores Guastavino, Vaz Ferreira, por la XVIII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (Despacho 11) y las XII Jornadas Notariales Argentinas.

(2) Cámara 1ª Civil y Comercial de Mar del Plata, 22/6/1971, publicado en *Revista del Notariado* N° 733.