

CONSENTIMIENTO CONYUGAL. SU CALIFICACIÓN REGISTRAL*

Por **Jorge Alberto García Coni**

A poco de cumplirse veinticinco años del fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil, en autos “Mauricio Feidman s/ recurso de recalificación”, convendría abordar nuevamente un tema que, desde distintas aristas, interesa al notario y al registrador.

En *Revista del Notariado* 754 (julio/agosto, 1977) se transcriben los fundamentos del fallo (votado por once jueces) y el dictamen de la minoría (seis votos), además del lúcido comentario crítico de Carlos A. Pelosi.

Vamos a considerar los argumentos utilizados, y aun otros, que tal vez hubieran fundado mejor el fallo: “En el desarrollo de la doctrina sentada por la mayoría hay avances, retrocesos, confusiones y equívocos” (*Rev. cit.*, Pelosi, plenario “*Contra legem*” sobre el art. 1277, Cód. Civil).

En primer lugar, la fundamentación del plenario, al analizar el artículo 8 de la ley registral, pone el acento en el anteproyecto que dio origen al artículo 7 del decreto ley 11564/63 de la provincia de Buenos Aires, que incluía “la validez de los actos dispositivos” como materia de calificación y, si bien reconoce, por supuesto, la supresión expresa de tal aserción en la redacción definitiva del artículo y en las leyes 17417 (art. 10) y 17801 (art. 8), parece que en todo el curso de su argumentación la tuviera presente y, como *criterio integrador de todo el sistema de la norma*, le sirve, a manera de sustento invisible, para forzar la lógica legal, siendo que expresamente el legislador quiso su eliminación definitiva para limitar la calificación registral a las formas extrínsecas de los do-

(*) Especial para *Revista del Notariado*.

cumentos... ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos (más adelante nos referiremos a ello).

Busca afirmarse en los artículos 15 (tracto sucesivo) y 30 a 32 (anotaciones personales de la ley de registros) para encontrar razones que permitan que la calificación exceda los límites del artículo 8, pero estas disposiciones son los supuestos que expresamente la ley consideró, eliminando deliberada y expresamente la facultad genérica de examinar la validez de los actos (argumento de la minoría); por otra parte, el tracto sucesivo o continuo es uno de los tantos principios registrales que la ley recepta y el registrador califica (ya volveremos sobre esto). Con respecto a los artículos 30 a 32, nada debería decirse ya que éstos establecen la forma de llevar el registro de anotaciones personales, pero la calificación surge del artículo 23 de la ley, en virtud del cual el notario debe tener a la vista el título inscripto y solicitar los certificados de dominio y los informes de inhibiciones; él los califica, determinando la vigencia y oponibilidad de los gravámenes, embargos, etc., así como si el inhibido es su sujeto negocial. Si el certificado de dominio informa hipotecas, usufructos, servidumbres, embargos o cualquier otra restricción, el escribano puede contradecir todas ellas, con la documentación de la que se valga (cancelaciones notariales en trámite de inscripción o simultáneas, levantamiento y/o asunción de embargos, etc.); del mismo modo, si el disponente se halla inhibido, podrá otorgarse el acto si se cuenta con un oficio judicial de levantamiento. Con esto queremos decir que si excluimos del análisis de las certificaciones su aspecto fundamental, esto es, la reserva de prioridad indirecta que, dentro del ámbito de los derechos personales protege el negocio en gestación, combinada con la retro-prioridad, que protege el trámite inscriptivo del derecho real y, juntas, constituyen la quintaesencia de nuestra registración, colocándola como orgulloso ejemplo dentro de todos los sistemas conocidos, nos queda la *publicidad-noticia*, cuya información no *crea estado* y, como vimos, puede ser desvirtuada por el escribano, intérprete de primer grado.

El criterio sanatorio que se le pretende atribuir a la inscripción, a pesar de la expresa disposición del art. 4 de la ley registral, hace que *la mayoría* lleve al extremo su interpretación de la calificación registral del asentimiento conyugal para favorecer al adquirente a título oneroso y de buena fe (art. 1051, C. C.). Al respecto, Pelosi destaca que la fe pública de nuestro sistema registral no tiene fuerza de legitimación convalidante; agregamos nosotros que, si bien legítima, ni siquiera la escritura pública convalida en términos absolutos, con lo cual se evidencia el despropósito del artículo 1051, que propone una legitimación extraordinaria del adquirente, vulnerando el principio de Ulpiano (art. 3270, C. C.) que impregna toda la lógica de nuestro ordenamiento civil.

A tal punto se fuerza la interpretación de la ley 17801, que el considerando del Tribunal nos dice: “No debe aprehenderse un texto aislado de la ley, **mutilado en su elaboración**, sino captar todo su sistema, lo que permite concluir que la calificación ‘de la validez de los actos dispositivos’ es reconocida al registrador **pese al intento de impedir esas atribuciones**, frustrado por la subsistencia de normas sólo explicables en tanto el registrador pueda acceder al fon-

do del acto que se quiere inscribir”. Es decir que en referencia a la exclusión deliberada del anteproyecto (lo que nos separa del sistema español, cuya inscripción es convalidante) se expresa “mutilado en su elaboración”, pero conengamos que esa *mutilación* es principio normativo y a tal principio hay que someterse (o proponer la modificación del texto legal) pues, así como está redactado, el “intento” de *impedir* esas atribuciones se ha plasmado imperativamente con fuerza de ley.

Si bien la mayoría del Tribunal en sus consideraciones reconoce asidero legal a la interpretación restrictiva (voto de la minoría), establece que motivaciones finalistas definen la cuestión a favor de la postura que adopta.

El fallo comentado no sólo se aparta de lo preceptuado por la ley 17801, sino que desvirtúa el artículo 1277 del C. C., que no establece forma alguna para el otorgamiento del consentimiento, pretendiendo que la inserción en el documento a inscribir constituya una forma *ad solemnitatem*.

Extrañamente, el fallo no argumenta con el art. 3 de la ley de registros, que le hubiera sido más útil para fundar su resolución. Al decir de Felipe Villaro, éste es el fundamento de la calificación registral del consentimiento conyugal, pues los documentos que ingresan para su registración deben “revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismos o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración, sirviendo inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable” (inc. c., art. 3). Si bien esta redacción críptica puede dar para mucho, nos parece que una interpretación extrema de la calificación, como la que resulta del fallo, aun con este argumento, no puede prosperar, pues: 1) la ley expresa y deliberadamente suprimió del proyecto la posibilidad de que el Registro inmobiliario califique la validez de los actos jurídicos; y 2) el **revestir autenticidad** (art. 3, inc. c) y **hacer plena fe** es propio del documento notarial, que es el que “porta y parece” (forma extrínseca a calificar por el Registro) y además, “es **título causa** y constituye” el derecho real (derecho sustantivo calificado por el notario), con lo que bastaría, aplicando el artículo 3, inc. c, con la apreciación, por parte del Registro, de la apariencia de autenticidad que resulta del propio documento.

Por último, creemos que lo más grave que encierra este fallo es atribuirle al Registro la facultad de no inscribir un documento portante de un acto jurídico que no encierra una nulidad absoluta y manifiesta (art. 9, inc. a, ley 17801), lo que implica –nada menos– impedir que esos actos tengan efecto respecto de terceros (arts. 2503, C. C. y 2, ley 17801), que es algo que ni siquiera los jueces pueden hacer (art. 1047, C. C.) (reiterando argumentos del dictamen en minoría), ya que esto, además de incursionar peligrosamente sobre el régimen de nulidades del Código Civil, no debe ser aceptado por la buena doctrina notarial, pues en sede notarial se constituyen los derechos y es el escribano autorizante, autor del documento, el que, primariamente, debe legitimar.

Calificación notarial

El escribano público es el calificador por excelencia (no sólo del consentimiento conyugal), ya que es él quien, a través de la inmediatez (ajena al regis-

trador), debe interpretar la voluntad de las partes a fin de determinar qué tipo de contrato quieren celebrar, dar “forma pública” a la manifestación negocial, asesorar a las partes, calificar la capacidad y legitimidad de los otorgantes, analizar la documentación habilitante, redactar la escritura, dar cumplimiento a sus responsabilidades legales y profesionales (título a la vista, pedir certificados, entre otras). El incumplimiento de los artículos 5 y 23 de la ley de registros, además de la pérdida de la reserva de prioridad y de la retroprioridad o prioridad indirecta (sanción legal, según el artículo 18 del Código Civil), puede aparejar sanciones disciplinarias para el escribano pero, aun así, éste podrá prevalerse de la prioridad directa en la presentación del documento a inscribir en caso de que no hubiera oponibilidad. Con esto, por supuesto, no propugnamos el incumplimiento del notario, simplemente señalamos, por un lado, el alcance del “sometimiento” legal del autenticador y sus responsabilidades y, en sentido teleológico, la responsabilidad del registrador quien, en principio, **siempre** debe inscribir los documentos que se presentan para su registración o anotación en la medida en que éstos sean *viables* por haber cumplido con lo preceptuado por la ley 17801, siendo que los principios registrales son también, y **antes**, principios notariales (autenticidad, legalidad, determinación, tracto, prioridad, rango, etc.).

Es cierto que el artículo 1277 no exige formas sacramentales; para el otorgamiento del consentimiento conyugal el escribano debe atenerse a ello sin violentar la norma, pero creemos que, aunque el adquirente releve expresamente al escribano de hacerlo prestar en el cuerpo de la escritura, éste debería hacer constar en ella, inexcusablemente, la forma y momento en que el mismo fue otorgado; de este modo se cumpliría acabadamente con el artículo 1277 del Código Civil, el consentimiento se habría prestado sin riesgos de nulidad del acto ni oponibilidad del cónyuge.

“De todos modos, el notario debe asumir sin retaceos sus responsabilidades para que nadie crea que debe suplirlas. El autor del documento debe manifestar expresamente si es o no de aplicación el art. 1277 del Código Civil cuando se trasmite un bien registrable, aunque más no sea por ‘razones de seguridad jurídica y de buena técnica notarial’ (pronunciamiento de Mercedes). Si no lo hace dará pie a la responsabilidad *in vigilando* del registrador, pero la observación que formule éste debe ceder ante la insistencia del notario que, en definitiva, es quien tiene a su cargo el control de la legalidad del consentimiento conyugal” (Raúl R. García Coni, *El contencioso registral*, Depalma, 1978, pág. 172).

Calificación registral

El registrador es un funcionario público (art. 979, inc. 2, C. C.), su fe pública es administrativa, los certificados que expide son instrumentos públicos y el asiento registral es prueba supletoria de la existencia de la documentación que lo originara (art. 1011, C. C. y art. 29, ley 17801).

El Registro de la Propiedad, en cumplimiento de la norma legal, debe realizar una serie compleja y paulatina de “calificaciones” para legitimar la legali-

dad de la forma extrínseca de los documentos y la adecuación de éstos con los asientos respectivos (art. 3, incs. b y 8, ley reg.), pero su legitimación no es convalidante, sino perfeccionadora, y en buena hora que así sea ya que “aumenta el *tantum* presuntivo (art. 2505, C. C., a la luz del art. 4 de la ley 17801), pero si dejara de ser relativa para transformarse en absoluta, la presunción sería entonces *iuris et de iure*, y la legitimación, convalidante” (García Coni-Frontini, *Der. Reg. aplicado*, 2da. edición, Depalma, 1993, pág. 263), ya que a la apariencia jurídica de lo manifestado por las partes se agrega la presunción de autenticidad del funcionario público (escribano-legitimador) robustecida por la legitimación perfeccionadora del registro.

En su función calificadora debe, en aplicación de los principios registrales, verificar la “viabilidad inscriptiva” (R. García Coni, *El Cont. Reg.*, Depalma, 1978, pág. 107) de los documentos portantes del derecho, ese análisis consiste “en la confrontación formal y extrínseca de sus recaudos constitutivos y también confronta si la naturaleza jurídica del acto o negocio instrumentado es o no compatible de encadenarse en el asiento antecedente” (Ruiz de Erenchum, *Calificación registral*, III. Reunión Nacional de Directores de Registros, Santa Fe, 1966).

Para delimitar convenientemente la función registral, debemos tratar de comprender y aprehender el sentido de la legitimación perfeccionadora de la inscripción (art. 2505, C. C.). “Los títulos no deben ser buenos porque se inscriben, sino inscribirse porque son buenos” (Núñez Lagos, citado por R. García Coni en *El Cont. Reg.*, pág. 63). El registrador no puede ni debe legitimar *convalidando*, la mala titulación no puede ser mejorada con su inscripción; si el Registro recibe un documento viciado de nulidad absoluta y manifiesta, ésta no desaparece aunque se inscriba, no se convalida; el acto seguirá siendo absoluta y manifiestamente nulo, el orden público está en juego. El perfeccionamiento es un *plus* que se agrega a la perfección previa, la bondad del título suficiente (art. 2602, C. C.) *aumenta* con la publicidad *necesaria* para la oposición a terceros; si el título a inscribir fuera nulo o anulable, la inscripción no lo sanearía, no se perfecciona lo imperfecto.

No resulta sencillo establecer el *quantum* de la calificación, a tenor del inc. 2 del artículo 9 de la ley 17801, pero le está vedado el estudio de la validez de los actos dispositivos y, en el tema que nos ocupa, la breve constancia en el documento notarial de la fórmula “no es de aplicación el art. 1277 del Código Civil” cumple, a todo efecto, con la responsabilidad legitimadora (por parte del escribano), y su no inserción habilita al Registro para la observación del título, pues propio de éste es calificar que el escribano califique, no cómo lo hace.

Formas extrínsecas de los documentos inscribibles y su encadenamiento con los asientos registrales

“El instrumento público, como bien lo destaca el maestro español Núñez Lagos, es un acto en sí mismo, lo que permite diferenciar netamente entre el *continente*, que es el acto instrumental, y el *contenido* que es el acto instrumentado” (Luis Moisset de Espanés, *Publicidad registral*, Advocatus, 1992, pág.

138). La escritura pública (arts. 997 y sgs. C. C.) es susceptible de calificación registral en cuanto instrumento –parte extrínseca–, pero el acto jurídico dispositivo, el acto instrumentado –parte intrínseca–, lo es sólo *en relación* con lo que surge de los asientos registrales (concordancia entre la realidad extrarregistral y la constancia registral). Admitiendo, entonces, que la función calificadora del registrador trasciende las formas extrínsecas, la V Convención Notarial de Capital Federal (1975) declaró que los elementos calificables para establecer la concordancia entre documentos y asientos registrables están contemplados en los arts. 2 (publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones...), 15 (tracto sucesivo), 16 (tracto abreviado), 17 y 19 (prioridad) y 23 (título inscripto). Si agregáramos los artículos: 3 (autenticidad), 6 (rogatoria) 12 (determinación), tendríamos el plexo completo de la normativa de la ley 17801, pero advertimos que la comprensión de todos los principios registrales de nuestro sistema declarativo, que constituye la **legitimación** (perfeccionadora) de la **legalidad** de todos los supuestos calificados por el registrador, no permite adentrarse en el análisis de la “validez de los actos jurídicos”, ni de “la capacidad de las partes”, ni –claro está– del consentimiento del cónyuge no disponente.

Curiosamente, dos autores de distinta *ideología registral* coinciden casi literalmente en la reformulación del artículo 8 de la ley 17801, a la que adherimos, proponiendo: “El registro examinará la legalidad de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resulte de ellos y de los asientos respectivos” (E. O. Scotti, *Der. Reg. Inm. Modalidades y efectos de las observaciones registrales*, Ed. Universidad, Bs. As., 1980, pág. 84); por su parte, Raúl García Coni, postula: “El registro examinará *la autenticidad* y legalidad de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos” (*Reg. Inm. Arg.*, Depalma, 1983, pág. 135).

Conclusión

La redacción del artículo 8 de la ley 17801 es contradictoria, puesto que para atenerse a lo que resulta de los documentos y de los asientos respectivos, el registrador necesariamente debe adentrarse en el contenido negocial, aplicando los principios enunciados (autenticidad, legalidad, rogación, determinación, tracto, prioridad) que, por otra parte, al provenir del ámbito integral del Derecho Privado, son principios de Derecho Civil y de Derecho Notarial, ya calificados por el escribano en la formación del documento, y el registro (declarativo) legítimamente *puede y debe* controlar su cumplimiento dentro de los límites de las normas. Éste es el ámbito de las formalidades en general (art. 9, inc. b, ley 17801).

Excede a nuestras posibilidades y creemos, además, que ni la norma legal ni el avance científico-doctrinario de la registración inmobiliaria argentina, en armonía con todo el ordenamiento jurídico, han brindado respuestas que fundamenten los alcances *plenos* de la calificación pero, al menos, dejamos planteado el problema: ¿puede el Registro inmiscuirse en un terreno que le está vedado por la norma?, ¿puede ignorar el Registro los defectos evidentes que ha-

cen a la validez de los actos jurídicos? Parece que ambos interrogantes merecen la misma respuesta: no. Ése es nuestro problema: es una de las *zonas grises* del derecho ya que, a pesar de la excelencia del desarrollo teórico que coloca a nuestro país a la avanzada en todo el mundo, según resulta del reconocimiento internacional (XI Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas, 1971 y I Congreso Internacional de Derecho Registral, Buenos Aires, 1972), cuestiones como las que nos ocupan –la calificación del consentimiento conyugal– no encuentran fundamento legal y no resulta sencillo armonizar la compleja estructura del doble régimen de nulidades civiles, por un lado, y el carácter *fuertemente* legitimante que corresponde a la inscripción registral, por el otro.

Si ceñimos, entonces, el tema del consentimiento conyugal a nuestras posibilidades actuales, diremos, por un lado, que éste escapa a las formas extrínsecas y a la formalidad genérica de los principios registrales y hace a la eficacia de los actos jurídicos; por otro lado, ya dijimos que el escribano debe, ineludiblemente, pronunciarse al respecto ya que su silencio permitiría que, a la luz de una titulación deficiente, el registrador avanzara supliendo la *responsabilidad ausente* del autor del documento.

La demasía del fallo consiste en la facultad otorgada al Registro de exigir que “en el documento inscribible conste la expresión del asentimiento del cónyuge o de la autorización judicial” y, aquí sí, señalamos un límite infranqueable a la pretensión calificadora, ya que si el escribano asumió la responsabilidad del cumplimiento del artículo 1277, del modo que sea, el Registro nada puede ni debe decir al respecto.

Finalmente, el fallo plenario, en su forzada interpretación, autoriza *facultativamente* al Registro de la Propiedad Inmueble a calificar el cumplimiento de los requisitos impuestos por el art. 1277 del Código Civil: “puede controlar”, “podrá requerir...” (agregamos nosotros) puede, si quiere... ¿y si no quiere?... El notariado, institucionalmente, debería propugnar la modificación de la orden de servicio N° 8, para que el Registro haga lo que debe –que no es poco y es muy importante–, y el escribano califique, como debe, el consentimiento conyugal para los actos de gravamen y disposición de los bienes gananciales o propios, según corresponda.