

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Consentimiento en las Cancelaciones de Hipotecas

CARLOS A. PELOSI

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SUMARIO

I. Explicaciones preliminares. - II. Nuevos aportes y dudas. - III. Naturaleza jurídica del pago. - IV. Capacidad del acreedor para recibir el pago. - V. Diferencia entre el mutuo como negocio obligacional y la hipoteca como derecho real. - VI. Distinción entre actos de administración y disposición. - VII. Supuestos matizados. - VIII. La doctrina. - IX. Conceptos finales.

I. EXPLICACIONES PRELIMINARES

1. Las reformas introducidas al Código Civil por la ley 17711 han creado numerosos problemas de hermenéutica para la aplicación correcta de las nuevas disposiciones.

No obstante que, según lo ha expresado uno de los redactores (1)(916), 19/8/68.

gran parte de ellas contaban con el auspicio favorable de una doctrina calificada de los más destacados juristas argentinos y extranjeros y se inspiran en las recomendaciones aprobadas en varias reuniones de civilistas, especialmente el Tercer Congreso de Derecho Civil realizado en Córdoba, el año 1961; desde que fue sancionada la reforma se ha podido comprobar, en exposiciones orales y escritas y en debates realizados en círculos responsables y por críticos de indiscutible autoridad, cuántas dudas y encontradas opiniones provocan las normas reglamentarias de los nuevos institutos incorporados.

Contribuye a dar caracteres, a veces alarmantes, a ese estado de cosas, la ausencia de actas, comentarios o informaciones que ofrezcan el necesario esclarecimiento respecto de las ideas que han orientado a los autores de la reforma en diversos puntos y las confusiones que se producen incluso por defectos de orden gramatical.

2. A pesar de lo expuesto, tan pronto se conocieron las modificaciones introducidas al régimen de la sociedad conyugal, hicimos nuestra propia interpretación acerca de las diferentes materias que comprende y en cuanto se vinculan con la actividad notarial.

Se trataba, por supuesto, de análisis realizados con la indispensable urgencia, sin el respaldo de estudios detenidos. Entendíamos que se podían formular algunas enunciaciones con carácter provisional, hasta que la dilucidación pudiera completarse, y otras con cierta solidez, por tratarse de conclusiones que se extraían en aplicación de normas y principios del ordenamiento jurídico y permitían la llamada función de objetivación en la obra del intérprete.

Así, podemos recordar, entre otras, las siguientes:

a) Contra la incertidumbre reinante, el criterio de las instituciones oficiales de crédito y la errónea prudencia que se aconsejaba, sostuvimos desde el primer momento que, en los casos necesarios, sólo debía pedirse certificado de inhibición por el cónyuge titular que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formalizaba el acto de disposición.

El tiempo ha venido a darnos la razón. Hasta el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, en la Orden de Servicio N° 12, de 30 de julio de 1968 (2)(917), si bien con algunas lagunas, ha seguido orientación análoga.

b) Con toda firmeza afirmamos que los poderes otorgados con anterioridad a la sanción de la ley 17711 no eran suficientes para prestar el consentimiento, asentimiento o conformidad exigido por el art. 1277 y que, por amplio que fuera el poder facultando para realizar actos de disposición de los bienes de que era titular el representado, no podía habilitar al representante para emitir la declaración de consentimiento respecto de los actos de disposición efectuados por el otro cónyuge, ya que se trataba de situaciones distintas.

A medida que se van conociendo opiniones autorizadas se confirma también la exactitud de la posición que defendimos, contra las tesis adversas. Hasta hemos leído publicaciones en las que se acoge nuestra postura por parte de personas que la rechazaron inicialmente.

c) Otra cuestión que abordamos sin hesitaciones concierne a las cancelaciones de créditos hipotecarios, pues constituía uno de los actos que habían suscitado mayores perplejidades sobre la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular. En dos trabajos nos pronunciamos en contra de tal requisito. Entre otros motivos expresamos que el problema se resolvía teniendo en cuenta que si el acreedor puede percibir el crédito, que es un acto de administración, el derecho real queda extinguido por su accesoriedad.

Aducimos que, en síntesis, la indagación debe hacerse por vía del derecho personal de crédito y no del accesorio de garantía registrable. No dándose estos supuestos la cancelación en sí misma es un negocio dispositivo.

II. NUEVOS APORTES Y DUDAS

3. Cuando creíamos haber contribuido, con más sagacidad y criterio práctico que ciencia, a encauzar a los escribanos hacia una probable solución, nos enteramos que en la XII Jornada Notarial Argentina realizada en la ciudad de Resistencia durante el mes de setiembre del año en curso, se esgrimieron ideas contrarias a las nuestras.

También ha llegado a nuestro conocimiento que en los Colegios de Capital y de la Provincia de Buenos Aires se han formulado consultas sobre esta cuestión, debido a las naturales dudas que ella ha provocado entre algunos colegiados.

No interesa la suerte que en aquella Jornada hayan corrido los juicios antagónicos. Lo importante es que resulta explicable y plausible que se formulen todas las alegaciones susceptibles de oponerse a determinadas conclusiones, pues ello conducirá a un mayor análisis de los temas que no presenten fácil construcción de conceptos inmutables.

Como lo dejamos aclarado al comienzo de esta exposición, es necesario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entrar al análisis detenido de las reformas para emitir opiniones dotadas de mayor firmeza y hallar resultados convincentes o irrefutables, que todavía han de sufrir dilaciones, porque falta la necesaria decantación de la actividad doctrinaria y jurisprudencial.

4. Sin pretender de ninguna manera estar en lo cierto, la responsabilidad que contraímos al lanzar aquella interpretación, nos obliga frente a los hechos señalados, a revisar nuestro planteamiento y decir al "respetable" si mantenemos lo dicho o admitimos el error.

Anticipamos que nada tenemos que rectificar, aunque en el futuro podemos cambiar de criterio si nos imponemos de argumentos convincentes.

5. Para demostrar que estimamos acertado lo dicho entonces y con el objeto de no evadirnos del asunto como se viene encarando por quienes plantean dudas y objeciones, creemos que el mejor procedimiento a seguir consiste en ajustarnos a un plan que contemple todas las observaciones de que tenemos noticias hasta el momento de escribir estas líneas.

De paso aspiramos a asegurar, con tal actitud, que nos guía un interés exclusivamente objetivo, exento de todo atisbo de réplica y de obtener primacía en nuestro planteo.

6. Las vacilaciones y reparos a que hacemos referencia, se vinculan, fundamentalmente, en torno a los siguientes puntos:

- a) La naturaleza jurídica del pago;
- b) La capacidad del acreedor;
- c) La diferencia entre el mutuo, como negocio obligacional y la hipoteca, como derecho real;
- d) La distinción que media entre actos de administración y de disposición;
- e) Los diferentes casos con matices particulares, que no permiten la aplicación del principio general establecido.

Para que los sujetos receptivos de las explicaciones que se ensayen sobre el problema puedan discernir con claridad y comprenderlo en toda la dimensión, en orden a la cantidad de motivaciones invocadas, pensamos que conviene hacer una investigación ajustada al contenido de los temas expresados.

Estamos plenamente de acuerdo en dos asertos: a) Para analizar el problema debemos considerarlo en el ámbito del derecho de obligaciones y del derecho real, sin olvidar, empero, la sistemática de todo el ordenamiento jurídico, pues ambos sectores de normas no constituyen compartimentos estancos. b) Es fundamental atenerse a la distinción entre actos de administración y actos de disposición.

Vamos a entrar por consiguiente al comentario, siguiendo el orden de los temas y figuras a los cuales se les atribuye mayor relevancia para justificar las conjeturas sobre la innecesidad del requisito del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consentimiento del cónyuge no titular del crédito en las escrituras de cancelación de obligaciones hipotecarias.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL PAGO

7. La naturaleza jurídica del pago, dice Salas (3)(918), ha sido objeto de todas las definiciones conceptuales posibles.

Esta afirmación se corrobora fácilmente a poco que se desee obtener información sobre el tema y podrá apreciarse, además, que a ningún resultado práctico se llega trayendo a colación tan discutido asunto.

Bastará la lectura de Salvat - Galli, del Código Civil anotado de Busso y de cada uno de los trabajos dedicados exclusivamente a su tratamiento para tener cabal idea de la copiosa bibliografía existente y de las controversias que se extraen de ella.

8. Siguiendo a Busso (4)(919), sobre la naturaleza jurídica del pago pueden mencionarse las siguientes teorías:

A) Unilateral

1º) Es un acto jurídico:

a) Es un contrato

B) Bilateral:

b) Es acto no contractual

2º) Es un hecho jurídico

3º) Es un acto debido.

9. A nuestro juicio no interesa investigar la naturaleza jurídica del pago, por cuanto lo significativo es determinar la posición del acreedor en la relación obligatoria y su extinción, y si para éste (no para el deudor), la percepción del crédito (y no el pago) configura un acto de administración o de disposición.

Por otra parte, no todas las teorías ensayadas conservan la necesaria actualidad ni se compadecen con nuestro ordenamiento jurídico. Es inconveniente, por tanto, entrar al laberinto de doctrinas que no pueden recibir aplicación en nuestro derecho.

Sin embargo, en una medida razonable, trataremos de analizar esquemáticamente las principales tesis aludidas.

10. Acto jurídico.

Es la teoría que ha recibido mayor aceptación en la doctrina y la jurisprudencia nacional.

Para Salvat (5) (920) concurren los tres elementos que caracterizan esta clase de actos:

a) Es voluntario, pues aun en el caso de ejecución forzada debe tenerse presente que la voluntad del deudor se reputa prestada al contraerse la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligación.

b) Es lícito, puesto que tiene por objeto el cumplimiento de una obligación.

c) Se realiza con el propósito de extinguir la obligación, y, por consiguiente, con el fin inmediato de extinguir o modificar los derechos emergentes de las relaciones jurídicas que existen entre deudor y acreedor. No aclara Salvat si se trata de un acto jurídico bilateral o unilateral. En igual omisión incurren Orgaz (6),(921) Segovia y Machado. Este último, según Salas, parece considerarlo bilateral.

11. Sostiene Lafaille (7)(922) que no es posible equipararlo a un acto jurídico bilateral y menos a los contratos, ya que la conformidad del acreedor es innecesaria pues contra su voluntad debe admitir la prestación que esté de acuerdo con lo estipulado o lo impuesto por la ley. Rechaza el distingo que formulan algunos autores en orden a la clase de la prestación.

12. La categoría de acto jurídico a nada nos conduciría conforme a las postulaciones de Carnelutti (8)(923), que entre las divisiones de los actos jurídicos formula la siguiente: a) Acto jurídico transitivo, que es el realizado por el sujeto del poder. Se traduce en una expresión de voluntad. Tiende a evadirse de la esfera del sujeto.

b) Acto jurídico intransitivo. Es el realizado por el sujeto del deber. Es contrario al transitivo. No se trata de una expresión de voluntad sino de una contracción de la voluntad.

Los actos intransitivos corresponden a dos situaciones pasivas que son la carga y la obligación. A pesar de todo como a la obligación pueden referirse dos actitudes de la voluntad, como son la de obediencia y la de desobediencia, los subtipos de los actos intransitivos son tres: actos necesarios (que consisten en el cumplimiento de la carga), acto debido (o sea el cumplimiento de la obligación) y acto ilícito (que constituye la violación de la obligación).

13. En nuestro derecho el pago es simplemente el cumplimiento de la obligación, escribe Cordeiro Alvarez (9)(924). En las legislaciones actuales el pago no se lo trata dentro de la extinción de las obligaciones sino dentro del capítulo que versa sobre la ejecución de la misma, ya que es éste exactamente su significado técnico, porque la extinción se produce precisamente como una consecuencia de la ejecución que se ha realizado.

El acto jurídico, agrega, no está sometido a ninguna forma especial en el sistema del Código y siendo un simple hecho puede ser probado por todos los medios de prueba. Claro está que no participan de este temperamento los que ven en el pago un contrato.

Así, Imaz (10)(925) después de aseverar que el problema de la prueba del pago no ha recibido en nuestro derecho solución definitiva, plantea la cuestión de si es aplicable al instituto el art. 1193 del Código Civil o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pueden emplearse todos los medios de prueba para demostrar el pago. Recuerda el origen de la prohibición de la prueba testimonial, que es una Constitución de Justiniano (libro IV, título XX, ley 18 C. Testibus del año 528), el sistema que rige en las legislaciones de tipo latino sobre la admisibilidad de los medios de prueba, que es de origen francés y proviene del comentario del art. 1341 del Código de Napoleón. Estima que a esos efectos en el derecho argentino carece de interés la división entre hechos simples o materiales y actos jurídicos, propia de la doctrina y jurisprudencia francesa, por cuanto la ley sólo prohíbe los testimonios para la prueba de los contratos quedando los demás actos y hechos sujetos al régimen general del Código.

Indica que el texto del art. 925 (de lo que es pago) ha sido tomado literalmente de Zachariae (*Droit Civil Français*, tomo III, pág. 417, párrafo 557). Nuestra ley no adopta los temperamentos de otros códigos y autores.

De la división que hace Zachariae de las obligaciones y de los términos de la definición del pago, que el Código reproduce, autoriza a reservar la expresión técnica de pago para el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de dar. A ello no se opone ni los términos generales del art. 724 que no comprende todos los modos posibles de extinguir obligaciones y que entre los enunciados algunos tienen carácter general, ni la naturaleza íntima de la institución del pago, que presenta características diferentes para cada clase de obligaciones.

Por ello concluye en que cuando el pago importa transferencia de bienes es un contrato. Como tal es improcedente su prueba testimonial en los casos en que su monto sobrepase la tasa establecida por el art. 1193 del Código Civil.

14. De cualquier manera, considerando el pago como acto jurídico, entendemos que no configura un acto dispositivo aunque extinga la relación jurídica, por cuanto no se modifica para el acreedor la situación patrimonial preexistente, desde que no hay pérdida de un derecho para el titular, como sucede con la renuncia, con la liberación del deudor, etc.

De allí que Cariota Ferrara (11)(926), para quien es negocio dispositivo en sentido amplio el que tiene por inmediato efecto una modificación de la situación jurídica preexistente, señala que es delicadísima la cuestión de si entra en los negocios extintivos el cumplimiento, o, al menos, el pago. Afirma que el cumplimiento, en general y el pago en particular, hecho por el deudor, no son negocios y por lo tanto no son negocios extintivos.

15. Diferente es la noción que tiene Giorgi (12)(927) al considerar la aceptación del pago como una enajenación del crédito. Y no puede hacerse por quien no tenga capacidad para enajenar. Reconoce, empero, que muchas enajenaciones caen entre los actos de administración y que el cobro de un capital que no tuviera vencimiento cierto, sino pendiente de la resolución del acreedor no podría hacerse no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sólo por el acreedor que no tuviera la administración de sus bienes, sino también por el que teniéndola estuviese falto de condiciones para realizar actos que excedieren de dicha facultad.

En esa situación se encontraban a la época de escribir su obra, de acuerdo con el Código italiano, la mujer casada que no puede cobrar capitales sin la autorización del marido; el menor emancipado, inhábil para retirar los capitales sin estar autorizado por el curador, etc. Cuando se trate de pagos que han de enumerarse entre los actos de administración, dice, el pago no podrá ser recibido por aquellas personas que no tienen la libre administración de sus propios bienes (por ej.: los menores, los sujetos a interdicción, los quebrados, la mujer casada en cuanto se refiere a la dote, salvo conveniencias contrarias, etc.).

Los razonamientos de Giorgi, en definitiva, se vinculan a la capacidad del acreedor para la percepción del crédito, aspecto que veremos más adelante.

16. Para concluir con esta parte. Si admitimos que es un acto jurídico unilateral, la conformidad del acreedor no juega para nada de acuerdo con la opinión de Lafaille, antes apuntada, y se trate o no de un acto debido, conforme a lo que interpreta Carnelutti, el acto es simplemente realizado por el sujeto del deber.

En cambio, aceptando que es un acto jurídico bilateral, tratándose de obligaciones de dar, según lo explica Neppi (13)(928) no es concebible transferir la propiedad de una suma de dinero sin que la voluntad del acreedor se junte con la del deudor para integrarla, mas, aparte de que no todos los actos jurídicos bilaterales son contratos, la capacidad para realizar actos de disposición debe ser exigida al deudor (art. 738, Cód. Civil).

17 Hecho jurídico.

Rechaza Salas (14)(929) la necesidad del *ánimus prestandi* y con mayor razón la del *ánimus solvendi*.

Luego, si el pago no es un acto voluntario, menos aun puede ser un acto jurídico. Impone esta conclusión el cumplimiento de las obligaciones negativas, ya que es poco menos que unánime la opinión que para efectuarlo es innecesaria la capacidad del obligado.

El art. 738 del Código Civil sólo se refiere a la capacidad para cumplir las obligaciones de dar, no obstante lo dispuesto en el art. 726.. Si la abstención del incapaz constituye un pago válido en la obligación de no hacer sólo podemos ver en él un hecho jurídico. La prueba de fuego en la materia, aduce, la suministra el art. 738 que requiere la capacidad del deudor para el cumplimiento de la obligación de dar.

Adhiere a la elaboración de Giorgiani al aludir a quienes sostienen que el pago es un acto jurídico bilateral o unilateral, con lo cual restringen tácita o explícitamente sus conclusiones al cumplimiento de las obligaciones cuyo objeto consiste en un dar, lo que importa investigar no ya la naturaleza de la actividad solutoria considerada en sí misma, sino la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

naturaleza del acto traslativo necesario para el acto cumplimiento. Pareciera por ello, continúa Salas, que la norma considera el pago como un acto voluntario, pero cualquiera que haya sido al respecto el pensamiento del legislador, la regulación de sus efectos contradice tal conclusión.

No siendo, pues, la voluntad un requisito esencial para la eficacia del pago, tampoco puede admitirse que revista la calidad de acto jurídico ni aun unilateral ni de acto debido.

18. En esta tendencia se encuentra Enneccerus (15)(930) alegando que sostener la naturaleza de negocio jurídico del cumplimiento en cuanto tal, se contradice en muchos casos con el carácter de hecho que revisten los acontecimientos que lo integran.

No es verdad para él que el deudor se libere siempre únicamente a virtud de una conducta que tenga carácter de negocio jurídico. Sólo tendrá esa naturaleza cuando la prestación debida exige la declaración del que la realiza con el fin de cumplir la obligación.

Lo esencial en el cumplimiento, subraya, no es más que la realización del mandato de la norma dirigido al deudor, es decir, la realización del contenido de la obligación por el deudor.

19. Contrato.

El pago es un contrato de cumplimiento de obligaciones para Windscheid (16)(931) en razón de configurar un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor y esto es un contrato, anota Etkin (17)(932).

Hace referencia Imaz (18)(933) a que Lafaille estima que tanto para Vélez como para Savigny, de quien está tomado el art. 1137, contrato es sinónimo de acto jurídico bilateral. Savigny así lo dice en forma expresa (19)(934) toda vez que la expresión "declaración de voluntad" es sinónima de acto jurídico y el concepto que de ellos da el art. 944 de nuestro Código Civil coincide con el que le atribuye el ilustre romanista (20)(935).

Siendo así, añade, y dado que el art. 1137 es calcado sobre la definición que del contrato se hace en la página 324, tomo III de la obra de Savigny, no cabe argumentar, con los términos de la nota que por otra parte es enunciativa de teorías diversas, para negar la adopción del jurista germano por nuestro codificador.

20. Según Lafaille (21)(936) no es posible equipararlo a los contratos. Independientemente de las consideraciones técnicas, que lo inducen a limitar el alcance de esa categoría, cree que la conformidad del acreedor es innecesaria, pues aun contra su voluntad debe admitirse la prestación que esté de acuerdo con lo estipulado o lo impuesto por la ley; y en caso de negativa el juez puede compelerlo a ello.

21. Para Salvat - Galli (22)(937) la doctrina del pago como contrato exige el acuerdo de las partes de que la deuda se extinga mediante la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prestación que se cumple, para desligar de una obligación anterior o para desatar el vínculo existente si la obligación era contractual.

22. Cuantos se enrolan en la teoría del contrato con su correspondiente traslado a nuestro derecho, no han advertido que la definición del art. 1137 debe completarse con los arts. 1168 y 1169.

Por tanto, no hay contrato cuando se extinguen obligaciones.

Este aserto queda robustecido por las siguientes circunstancias:

- a) El título de la Sección Tercera, libro segundo del Código Civil se titula "De las obligaciones que nacen de los contratos". No comprende las extinciones.
- b) De acuerdo con los términos del art. 1200 la extinción de las obligaciones realizadas por mutuo consentimiento es un distracto y no un contrato.
- c) La definición que trae el Código de la transacción (art. 832) y la nota al art. 857, no es aplicable a los otros medios de extinción de las obligaciones enumerados en el art. 724, sin detenernos en considerar si esas diversas formas son taxativas y sin dejar de reconocer que Vélez, en varias notas, asigna efectos extintivos a los contratos.

23. Concediendo, por vía de hipótesis, que el pago pueda ser considerado un contrato, nos resultará difícil encontrar su color y de ningún modo surge de tal aceptación conjetural que para el acreedor importe un acto de disposición. No cabe duda sobre la existencia de contratos que entran en el ámbito de los actos de administración (verbigracia: el contrato de locación de cosas, sujeto a ciertas limitaciones).

24. Conclusiones.

Con lo que queda someramente expuesto en punto a la naturaleza jurídica del pago, entendemos haber aportado elementos de juicio suficientes a fin de señalar que su estudio, todavía no agotado por los especialistas, pertenece a una pluralidad de materias indirectas, que no puede evaluarse como decisivo y sistemático para lograr el objeto sustancial perseguido.

IV. CAPACIDAD DEL ACREEDOR PARA RECIBIR EL PAGO

25. Grado de la capacidad

Se afirma que para acreditar la capacidad del acreedor deben aplicarse las normas que rigen para el deudor (art. 726) según lo dispone el art. 739. Está de acuerdo con la doctrina.

Cabe agregar las siguientes reglas:

- a) El pago debe hacerse al acreedor que tenga la libre administración de sus bienes (argumento arts. 731 inc. 1º y 734).
- b) Antes de la sanción de la ley 17711 eran incapaces para recibir pagos las personas designadas en los arts. 54 y 55 (ver nota al art.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

726).

26. Consecuencias de la reforma.

La mencionada ley 17711 no ha incluido al hombre casado entre las personas de incapacidad relativa, sino por el contrario ha eliminado de esa condición a la mujer casada, con la reforma del art. 55.

La modificación del art. 1º de la ley 11357 ha colocado a marido y mujer en el mismo plano de capacidad.

El art. 1276 atribuye a cada cónyuge la libre administración y disposición de los bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo.

De acuerdo con la interpretación de Orgaz (23)(938) referida a los textos anteriores, en la enumeración del art. 135 se consideraba acto de administración recibir pagos que no pasaran de mil pesos, y la ley 11357 establecía que los actos de administración podían ser realizados por la menor sin necesidad de autorización judicial y, por ende, podían recibir pagos cualquiera sea su importe ya que el art. 135 debía tenerse por derogado en ese punto con respecto a la mujer.

27. Capacidad y limitación de poderes dispositivos.

Caen en grueso error quienes entienden que el requisito del art. 1277, o sea el consentimiento, asentimiento o conformidad del cónyuge no titular para realizar determinados actos modifica la plena capacidad que después de la sanción de la ley 17711 tienen por igual ambos consortes. Dicho requisito sólo representa una limitación a los poderes de disposición y, por supuesto, únicamente respecto de los actos enumerados en la norma legal.

28. Deducciones.

Por lo expuesto corresponde establecer:

a) Ambos cónyuges tienen plena capacidad para administrar sus bienes y en consecuencia nada obsta a que cualquiera de ellos, en su condición de accipiens pueda recibir válidamente el pago.

b) La enumeración del art. 1881 en cuanto a los actos que requieren poder especial (y que se reputan de disposición) permiten inferir que la percepción del crédito es un acto de administración. Más adelante se adicionarán argumentos en tal sentido.

c) Aun cuando se considere que la capacidad requerida es la de efectuar actos de disposición no se altera la regla enunciada, toda vez que entre las limitaciones a los poderes de disposición que surgen del art. 1277 no se incluye la recuperación de capitales.

V. DIFERENCIA ENTRE EL MUTUO COMO NEGOCIO OBLIGACIONAL Y LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL

29. Reseña de esta posición.

Se plantea el asunto de la siguiente manera:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Puede partirse del concepto que para realizar el pago o efectuar la devolución del dinero facilitado en préstamo, sólo se requiere la capacidad necesaria para realizar actos de administración, y que efectuado el pago se extingue la obligación principal. En consecuencia, la hipoteca dada en garantía del pago, por su propia accesoriedad queda extinguida (art. 3187, Cód. Civil).

Sin embargo, esa solución no responde a la diferencia sustancial que media entre el crédito y la hipoteca. El primero es una figura jurídica que pertenece al campo de las obligaciones y la segunda al de los derechos reales. Cada una tiene sus propios requisitos en cuanto a su constitución y extinción respecto a la capacidad de los otorgantes y efectos que producen.

Para abonar esas manifestaciones se cita lo escrito por Roca Sastre y se discurre respecto del llamado consentimiento formal, que exige la cancelación, el cual constituye un negocio de disposición y requiere, entonces, capacidad para realizar negocios dispositivos, como se desprende del art. 3199 del Cód. Civil.

30. Determinación de la capacidad.

Otra vez es necesario recordar las elementales nociones expuestas en el punto 27.

Por otra parte es cierto que el art. 3199 exige a la persona que consienta la cancelación de la hipoteca y la toma de razón, capacidad para enajenar sus bienes.

Después de las reformas introducidas al Código Civil, no puede dudarse que cada uno de los cónyuges mayores de edad tienen plena capacidad, y que ella alcanza a los menores que contrajeren matrimonio, con las limitaciones previstas en el art. 134 (ver art. 131) y a los emancipados por habilitación de edad, salvo para los casos del art. 135.

En consecuencia debe partirse de la premisa que existe capacidad y que el problema, si existe, se circunscribe a otra cuestión, como es el consentimiento.

31. Ubicación del asunto.

No se trata por ende de esclarecer si existe o no capacidad, sino de la diferencia que surge entre la cancelación de la hipoteca como consecuencia de su extinción producida por el pago de la obligación a que accedía y la cancelación como negocio autónomo.

Si el acreedor hipotecario cancela o renuncia a la hipoteca quedando vigente el crédito nos hallamos ante un negocio dispositivo. Y por lógica consecuencia se exigirá el consentimiento del cónyuge no titular. El requisito vendrá impuesto por la disposición del art. 1277 y no por falta de capacidad. La diferencia entre la capacidad y la facultad de disponer ha sido explicada por Jerónimo González (24a)(939). (24b) (940)(24c)

En cambio, si la escritura o título que se presente al anotador o registrador es del pago del crédito está obligado a cancelar la hipoteca (artículo 3201), porque esa escritura precisamente sirve de vehículo para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que la realidad extrarregistral y la registral concuerden.

Cuando el derecho real de hipoteca subsiste en el Registro si el derecho de crédito garantizado ha sido plenamente satisfecho, expresa Diez Picazo (25)(941), es claro que entre las partes se trata de una pura entidad hipotecaria vacía de contenido.

Reconoce que la doctrina hipotecarista española ha configurado el negocio cancelatorio como un negocio de disposición, porque es un acto de desprendimiento de derechos que equivale a una enajenación que, según Roca Sastre, tiene por objeto eliminar o hacer desaparecer un ente registral. Los actos de disposición son actos de transmisión, de gravamen o de renuncia. Es evidente, por ello, que hay disposición cuando la cancelación se realiza por extinción voluntaria, por vía de renuncia. La disposición está en la renuncia y no en la prestación de consentimiento para la cancelación.

No puede decirse en rigor, asegura, que haya un verdadero acto de disposición cuando se cancela por pago íntegro del crédito garantizado. Sólo nos induce a pensar, dice, que para calificar un negocio jurídico cancelatorio como dispositivo o no dispositivo será necesario volver a buscar su causa, indagar cuál sea ésta. Conocida y examinada la causa podrá decirse si hay o no verdadera disposición.

Cuando el negocio en el cual el titular de un derecho real que debe considerarse extinguido consiente la cancelación del asiento, nunca es dispositivo, afirma, sino que, por el contrario, merece la consideración de acto debido. El declarante, al prestar su consentimiento, se limita a cumplir una obligación; la de facilitar el ajuste entre el registro y la realidad jurídica extrarregistral.

32. Fundamentos coadyuvantes.

De modo coincidente con lo antes expresado enseña Roca Sastre (26)(942) que el titular inscripto puede consentir la cancelación, bien por su libérrima voluntad (cuando renuncia el derecho inscripto o tan sólo a su inscripción) o bien porque tal consentimiento sea cosa obligada, como consecuencia ineludible de la extinción del derecho (cuando ha sido satisfecho un crédito hipotecario, etc.). En este segundo caso, como existe una obligación de cancelar, si el titular inscripto se niega a consentir la cancelación, aquel a quien la cancelación interese, podrá exigirla, acudiendo en forma ante los tribunales.

Por su parte, Josserand (27)(943) escribe que la hipoteca puede extinguirse: 1º) Por vía de consecuencia, cuando desaparece la obligación cuyo pago garantizaba. 2º) Por vía principal y directa, aun cuando subsista el crédito a que se hallaba unida.

Al tratar los medios de extinción accesorios, que obran por vía de consecuencia, señala que la hipoteca se extingue desde el momento y por la sola razón de que desaparece la obligación a que estaba unida, pues la garantía queda en adelante desprovista de toda razón. La extinción de la obligación arrastra la de la hipoteca, sin distingo, por la causa a que se deba; pago, dación en pago, compensación, novación,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prescripción, etcétera. Entre los que obran por vía principal y directa, subsistiendo el crédito, es posible que la hipoteca se extinga, entre otros motivos por renuncia del acreedor.

33. El mito del consentimiento formal.

Con toda agudeza en el artículo recordado Diez Picazo expone que Santi Romano en su libro Frammenti di un dizionario giuridico, Milán, 1953, págs. 126 y sigs., nos ha hablado de los mitos jurídicos que consisten en aquellas explicaciones dadas a problemas vitales de carácter fundamental que no aparecen racionalmente demostradas.

Entre los mitos hipotecarios selecciona el mito del consentimiento formal, el mito de que el consentimiento de cancelación constituye negocio abstracto y el mito de que el consentimiento de cancelación constituye un negocio de disposición.

El llamado "principio del consentimiento" que se introdujo en la técnica hipotecaria española debido a la influencia de la doctrina alemana por intermedio de Jerónimo González y que se consolidó en las obras de Roca Sastre y Angel Sanz consiste, según el primero, en la declaración jurídica de voluntad unilateral dirigida directa y exclusivamente a consentir en que el Registro de la Propiedad practique un determinado asiento, sin necesidad de apoyarse en ningún acuerdo, acto o título de derecho material inscribible.

En un interesante análisis del art. 82 de la Ley Hipotecaria española Tornás de Zamalacarregui (28)(944) trata de demostrar la fundamental identidad entre la inscripción y la cancelación, basándose en que tanto uno como otros asientos dan fe de una misma cosa: el tránsito de una facultad jurídica.

Destaca la posición doctrinal bastante hostil al art. 82 y la resolución del Consejo Directivo de 28 de junio de 1909 que minimiza hasta casi desaparecer el consentimiento formal, engarzándolo en el material, es decir, en el consentimiento manifestado en los actos extintivos de derechos inscritos. En la misma línea de pensamiento otra resolución de 30 de junio de 1933 pone de relieve la inconsecuencia de que al consentimiento de los interesados se dé más valor que a los preceptos de la ley misma, hasta el punto de que cuando ésta declara fenecidos los derechos se exija también el consentimiento. Cuando las inscripciones carecen de vida y eficacia, recalca la resolución, la ley debe facilitar su formal cancelación.

Hace referencia a Roca Sastre y dice que si bien no se pronuncia tan abiertamente en contra del artículo 82, no deja de ser significativo el hecho de transcribir en su tomo III las resoluciones traídas por él a colación. Por si acaso quedara alguna duda cita el siguiente pasaje, por demás expresivo del respeto que el consentimiento formal inspira al gran jurista barcelonés: "La notoriedad se impone al consentimiento, ya resulte (la notoriedad) del mismo asiento, ya de documento fehaciente del que resulte que el derecho inscrito se ha extinguido".

También llama la atención sobre los violentos ataques contra el artículo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

82 que han partido del profesor Lacruz Berdejo. El consentimiento formal, entendido como exclusiva declaración de voluntad de que se practique una cancelación será siempre un caso más discutido en la teoría que frecuente en la práctica, pudiendo provocar una inexactitud registral, toda vez que ese consentimiento va destinado solamente a la publicidad, es decir, a evitar que un derecho sea publicado.

34. El art. 36 de la ley 17801.

Del discutido principio del consentimiento formal, introducido, como hemos visto, en la ley hipotecaria española y trasplantado a la ley registral 17801, sin el mismo arraigo doctrinal, se quiere inferir que la escritura pública debe contener el consentimiento del titular del derecho inscrito como si esto fuera un ente peculiar y desvinculado de toda la sistemática de la ley y del mecanismo registral.

Por lo pronto el art. 36 establece claramente en su primer párrafo que las inscripciones y anotaciones se cancelarán con la presentación de solicitud acompañada del documento en que conste la extinción del derecho registrado. Y tal cosa acontece exactamente cuando se otorga una escritura de cancelación de hipoteca de la que resulte el pago de la obligación a que accedía (art. 3187, Cód. Civil). De ninguna manera se exige por el Registro el empleo de palabras sacramentales en punto a "consentimiento".

Ello queda probado con las opiniones de calificados especialistas a que frecuentemente se ha hecho mención.

Además, cuando en el segundo párrafo el art. 36 establece que la escritura pública deberá contener el consentimiento del titular inscrito, no se puede asegurar que se refiere al llamado consentimiento formal sino más bien al material. Y en última instancia si la interpretación fuera a favor del consentimiento formal, sólo sería aplicable a la renuncia o cancelación de la hipoteca cuando el crédito permanece vigente. El alcance del artículo debe ser fijado en consonancia con lo dispuesto por el art. 3201 del Código Civil.

Se podrá sostener, como lo ha hecho de la Rica y Arenal (29)(945), que la nuestra es una interpretación civilista de la doctrina cancelatoria, olvidando las normas registrales.

Desde ahora contestamos que es, simplemente, la conclusión notarial a que llega un escribano retirado después de ejercer intensamente la función notarial durante 37 años y que en todos sus trabajos ha procurado exponer, modestamente, las ideas nacidas al amparo de la experiencia y la meditación.

VI DISTINCIÓN ENTRE ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN

35. Una paradoja.

En lo tocante a este aspecto, se llega a elaborar el siguiente módulo para la aplicación del art. 1277: "Toda negociación (se la considere acto de disposición o de administración) que comprometa alguna parte

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

significativa del patrimonio de la sociedad conyugal requiere el consentimiento del cónyuge que realiza tal acto".

Se recomienda, además, a cuantos consideren tener fe en su profesión, que deben dejar un poco de lado los esquemas puramente formales y abstractos para brindar la mayor seguridad posible a los requirentes cada vez que deben intervenir en el otorgamiento de negocios o actos jurídicos en los supuestos que pueden presentir la vulneración de un legítimo derecho.

Si no es una paradoja manejar esquemas puramente formales y abstractos para combatirlos, confesamos que hemos perdido el poder de comprensión de las cuestiones jurídicas. Se erige en bastión de esquema formal y abstracto, vacío de todo contenido normativo o empírico, el dogma de que el crédito y la hipoteca tienen sus propios requisitos. Si la diferencia fuera tan tajante, el endoso del pagaré hipotecario no transmitiría el derecho real de garantía.

Tan contradictoria es la tesis opuesta a la nuestra que hace pie en autores como Ramón de la Rica y Arenal, coautor del zarandeado art. 94 del reglamento hipotecario español (texto según la reforma de 1947) que declara inscribibles los actos y contratos otorgados sin licencia del marido, por la mujer casada, debiendo el registrador hacer constar en la inscripción la falta de licencia cuando ésta fuera necesaria. La doctrina del artículo se ha extendido a la falta de consentimiento por parte de la mujer exigido para ciertos actos de disposición, en la modificación que ha introducido al art. 1413 del Código Civil la ley de 24 de abril de 1958.

Nosotros, en cambio, discrepamos con el despacho aprobado en la XII Jornada Notarial Argentina al admitir que en el caso excepcionalísimo de otorgarse un acto sin el consentimiento, el escribano deberá dejar constancia de su falta en el mismo instrumento. Esto sí que va contra la seguridad que ha de brindarse a los contratantes y sin embargo ningún miembro de la comisión lo objetó. Ignoramos si por complacencia o por no haberse advertido la antinomia.

No se puede auspiciar ese procedimiento por varias razones. Las principales: 1º) No existe ninguna norma que lo autorice, como sucede en España, donde también el último párrafo del art. 169 del reglamento notarial (texto anterior a la reforma de 1967) permite la conformidad de los interesados para otorgar el documento sin la licencia marital, subordinándola a la condición suspensiva, en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación ulterior. 2º) El escribano no debe autorizar un acto viciado por lo menos de nulidad relativa, pues queda sujeto a responsabilidad disciplinaria o profesional. El pacto de irresponsabilidad civil no sería válido si la nulidad fuera absoluta. 3º) En nuestro país esa clase de convenios y las cláusulas limitativas de responsabilidad, en cuanto a la función notarial atañe, no está muy bien analizado.

36. Expresiones equívocas.

Pensamos que no se puede englobar en la idea de negociación, palabra

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de acepciones multívocas, los conceptos de acto de disposición y de administración. Por complicada que sea la determinación precisa de lo que debe entenderse por acto de administración o de disposición, la doctrina, la jurisprudencia, la legislación y la técnica jurídica proporcionan medios interpretativos para llegar a una noción bastante definida, por más que existan zonas brumosas para la obra del intérprete. Lo importante es que dentro del marco del art. 1277 no hay cabida para ningún acto de administración y no debemos remediar cualquier omisión que sea imputable al legislador. Luego, el escribano, para cumplir celosamente con su actividad, debe establecer cuándo se halla frente a un acto de disposición comprendido en la enumeración del precepto legal, con prescindencia, sea de ciertos elementos objetivos, como la composición económica en cada caso concreto o subjetivos, como la condición social, edad, etc., según se postula, a fin de abogar en favor de la necesidad de exigir el asentimiento. El método apto a seguir consiste en manejar los principios fundamentales del sistema adoptado por la reforma.

Admitimos que existe dificultad en hallar las pautas necesarias para llegar a aquella precisa caracterización en algunos supuestos. Pero aquí no se da el caso de aquel tirano que mandaba publicar sus leyes en diminutos caracteres sobre placas fijadas a gran altura, para que nadie las pudiera leer (30)(946).

Ya hemos leído bastante cosas extrañas a propósito de la reforma de los arts. 1276 y 1277. Así, la Cámara Argentina de Comercio, en nota enviada al Secretario de Justicia de la Nación planteaba el interrogante acerca de si el derecho que ejerce el cónyuge cuando presta su conformidad significaba reconocerle una especie de derecho real indiviso sobre el bien (31)(947).

Pero no pueden los notarios resignar los deberes que les incumben como profesionales del derecho en aras de una comodidad anquilosada que justifique los embates que debe soportar continuamente.

Descartemos la sensiblería y los hábitos que momifican la capacidad intelectual, y enseñemos a investigar, a hacer diagnosis jurídica y a decidir con inteligencia y seguridad. Es la única manera de jerarquizar al notariado y de ponerse a tono con las ansias de adaptar al notariado a las nuevas exigencias económicas, sociales y jurídicas.

Para salir airoso en ese proceso sólo hace falta que los escribanos pongan en órbita las recomendaciones aprobadas por el Instituto Argentino de Cultura Notarial, en la publicación que aborda el tema (32)(948).

37. Como expresa Betti (33)(949), según la trascendencia patrimonial cabe distinguir los negocios de administración ordinaria y los que exceden la administración ordinaria. La distinción es operante especialmente en materia de capacidad y representación de los incapaces. El concepto de disposición, en sentido estricto y técnico, comprende todo acto jurídico que acarrea disminución de patrimonio, es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

decir, pérdida o limitación de derechos patrimoniales. La disposición puede ser traslativa (constitutiva) o meramente abdicativa: enajenación (cesión) o renuncia (para mencionar sólo las dos figuras salientes).

Con la misma orientación Orgaz (34)(950) alega que nuestro Código se refiere a la distinción entre actos de disposición y de administración, expresa o tácitamente, a propósito de numerosas instituciones. Para recordar las más importantes, cuando legisla sobre la administración del padre en cuanto a los bienes del hijo menor; del tutor o curador con respecto a los bienes de su pupilo, la administración del marido con respecto a los bienes dotales de la mujer y de los bienes de la sociedad conyugal (se trata de un trabajo anterior a la reforma); de la administración del socio en la sociedad, del condómino en el condominio y, en fin, de todas aquellas personas muy numerosas que han recibido un poder de administrar los bienes de otros, esto es, de los administradores o mandatarios convencionales.

Para hallar una respuesta satisfactoria clasifica las distintas situaciones en que el Código se ocupa de la administración, y forma tres grupos. El primero se refiere al administrador de los bienes propios. El segundo género comprende los administradores de bienes ajenos. El tercer grupo está formado por los que administran bienes en parte propios y en parte ajenos.

La moderna doctrina, manifiesta, ha llegado a construir tres tipos de actos que sintetizan todas las situaciones que son objeto de su examen: El acto de disposición, el más amplio, propio del administrador que administra sus bienes y que es plenamente capaz. El acto de administración reducido, característico de los administradores de bienes ajenos y de los incapaces que administran sus bienes propios (menores emancipados). El acto conservatorio, de íntima extensión, único que puede realizar el curador de bienes. Entre ambos extremos, el de disposición y el conservatorio, se halla el de administración.

Luego da el concepto de acto de administración concordante con las explicitaciones de la más recibida doctrina.

El acto de administración, además de la conservación de los bienes patrimoniales, tiene como objeto y finalidad hacer producir a estos bienes los beneficios que normalmente puede obtenerse de ellos, sin alteración de su naturaleza y de su destino. El administrador, en sentido propio, no puede alterar los elementos productores del patrimonio, esto es, a los capitales, y su misión se reduce a la normal productividad de ellos. No puede comprometer ni la existencia misma de esos capitales, por ejemplo, con enajenaciones y gravámenes, ni tampoco su valor, como ocurre con los actos que fijan demasiado rígidamente y por largo tiempo el destino de la cosa (verbigracia: los arrendamientos a largos plazos).

El pensamiento de Orgaz ha de completarse con la mención que hicimos en el punto 26.

¿Cómo se puede dudar que para el administrador de sus bienes propios no constituye acto de disposición percibir un crédito?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Y si han de ponderarse elementos objetivos o subjetivos no son precisamente relevantes los que se han enumerado sino otros de mayor significación. Así, la cancelación de una hipoteca constituida a favor de un comerciante en garantía de una cuenta corriente, ¿debe ser considerado acto de disposición y reclamar el consentimiento del cónyuge? ¿O, en cambio, debemos admitir que es un acto de administración?

Una serie de pronunciamientos judiciales recaídos con motivo de haberse petitionado autorizaciones supletorias, que conocemos, pero aún no se han publicado, nos permite asegurar que, hasta ahora, la orientación jurisprudencial es amplia en favor de la realización de diversos actos que aparentemente pertenecen a los de disposición y, sin embargo, no se ha hecho lugar por estimar innecesaria tal autorización.

38. En todo caso, lo que debe analizarse es la naturaleza de la obligación principal a efectos de establecer si su extinción produce o no la del derecho real.

Recordemos, por ejemplo, que de acuerdo con lo prescripto en el art. 3189 del Cód. Civil, el pago de la deuda hecho por un tercero subrogado a los derechos del acreedor, no extingue la hipoteca. Y ha podido decir la Cámara Nacional en lo Comercial en resolución de 17 de mayo de 1968 que "es improcedente el pago con subrogación efectuado por un tercero y la cancelación de la hipoteca, decretada luego a pedido del acreedor subrogante, a fin de eliminar la restricción legal impuesta a la acción de los acreedores sobre el bien afectado, ya que importa una interferencia en un contrato de mutuo que la ley sujeta a condiciones especiales, en atención a la calidad intransferible del acreedor" (35)(951). El problema se refería a la inembargabilidad del inmueble que consagra el art. 20 del decreto - ley 13128/57.

Saber si el acto excede de la ordinaria administración, dice Stolfi (36)(952), permite concretar si puede ser concertado por quien tenga la capacidad de obrar, ya que los de simple administración pueden concluirse aun por quienes tienen capacidad limitada, por ejemplo, los emancipados.

En resumen, la doctrina está conteste en afirmar que las más importantes modalidades del acto de disposición radican en la enajenación, el gravamen y la renuncia, con lo cual puede proclamarse, con Pérez González y Alguer, que se gana un concepto técnico de perfil neto, se superan las vacilaciones que puede suscitar a la interpretación la terminología imperfecta del Código Civil y se obtiene un contenido certero para los múltiples preceptos que hablan de facultad de disponer y de libre disposición de los bienes (37)(953).

VII. SUPUESTOS MATIZADOS

39. Método a seguir.

En razón del temperamento que hemos adoptado para este artículo,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consistente en seguir los trazos de las calificadas ideas contrarias que han motivado nuestra preocupación, vamos a examinar los puntos que evidentemente crean dudas aun admitiendo la posibilidad que en la hipótesis de pago a la fecha de vencimiento del mutuo, la cancelación se debe otorgar como un acto debido de administración, no de disposición, y, por lo tanto, con la sola y única actuación del acreedor, sin necesidad de requerir el consentimiento de su cónyuge. Nos hemos de referir concretamente a los supuestos que han sido enunciados.

1) Cuando la cancelación se otorga antes de la fecha del vencimiento del mutuo, como consecuencia de un pago anticipado.

La cuestión debe resolverse, como lo hemos sostenido, determinando si estamos frente a un acto de administración o de disposición. Es decir, admitimos que pueden darse hipótesis en que la percepción del crédito configura acto de disposición y entonces, claro está, es necesario el consentimiento del cónyuge no titular. Pero siempre estamos en el campo de los derechos personales y no inciden las normas que atañen a los derechos reales.

Cuando el crédito es cobrado por el esposo titular directamente, aunque sea antes del vencimiento, no encontramos motivo alguno para dejar de conceptuar el acto como de ordinaria administración. En cambio podría exceder el acto de ordinaria administración la percepción efectuada por representante perdiéndose rentas o intereses.

2) Cuando se otorga vencido el plazo pactado por haberse resuelto prorrogar la hipoteca.

Entendemos que si la prórroga se refiere al plazo del mutuo, es incorrecto hablar de prórroga de la hipoteca. Seguramente se quiere aludir a la prórroga o más precisamente a la renovación del derecho real o a su inscripción.

Las reglas que han quedado formuladas a través de esta exposición no experimentan alteración alguna.

3) Cuando se otorga la cancelación parcial, en virtud de pago semejante, no convenido en el contrato de mutuo.

Por pago se entiende el cumplimiento total de la prestación que hace el objeto de la obligación (art. 725, Cód. Civil) y extingue la obligación con todos sus accesorios y garantías (art. 727).

Además, conforme lo destaca Lafaille (38)(954), la consecuencia práctica de la indivisibilidad de la hipoteca es que, pagada parcialmente la deuda, no se levanta en esa u otra medida el gravamen instituido.

Recordamos nuevamente que, según nuestro punto de vista, lo que debe indagarse es la naturaleza del acto de percepción del crédito, tanto para comprobar si reviste carácter de administración o de disposición, como para todos los demás efectos que es susceptible de producir en el derecho real de garantía. Puesto que no hay extinción de la hipoteca en el caso que se enuncia, no será posible aplicar el principio general de la innecesidad del consentimiento.

4) Cuando se divide la hipoteca.

Este, como algunos de los supuestos formulados, se evade del problema

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en estudio, porque no se puede decir que del criterio que nosotros sustentamos pueda sacarse provecho o deducir consecuencias operantes en tales casos, que merecen un tratamiento distinto.

Se puede contestar simplemente que para la división de la hipoteca el escribano debe inspirarse en el mismo cartabón sugerido para las divisiones de condominio por el Instituto Argentino de Cultura Notarial y particularmente por la XII Jornada Notarial Argentina.

5) Cuando se permuta el rango por uno posterior.

A nuestro juicio es necesario el consentimiento. No alcanzamos a comprender la similitud que presenta el caso con el tema en examen. Por tal motivo no entramos a profundizar todas sus implicancias.

6) Cuando se libera parcialmente de la hipoteca algún inmueble, mediante pago parcial o sin pago alguno.

Si queremos hallar la verdad sin enredar el hilo conductor y si aplicamos con lógica cuanto ha quedado expuesto con anterioridad, única manera de lograr el propósito de asistencia jurídica con que trabajamos (sin desechar la posibilidad de errores), ha de llegarse fácilmente a las siguientes conclusiones:

a) La liberación configura un acto de disposición de naturaleza similar a la renuncia, por cuanto suprime la garantía en tanto subsiste el crédito.

b) El pago parcial, como se ha visto en el supuesto 3, no produce la extinción de la obligación ni del derecho real.

7) Cuando se cede el crédito.

Se trata de un acto de disposición relativo a un derecho cuyo registro se halla impuesto obligatoriamente (art. 2505, Cód. Civil, y art. 2 - ° inc. a) ley 17801), y por lo tanto es necesario el consentimiento del cónyuge no titular.

40. Coincidencia que no enerva nuestra tesis.

Se asegura que en todos los supuestos presentados, el acto jurídico que se otorgue en consecuencia, no podrá ser considerado como de mera administración, especialmente en los tres últimos casos, pues se trata de verdaderos casos de disposición.

Con lo que dejamos dicho sintéticamente coincidimos respecto de la interpretación hecha para los tres últimos casos, no así en todos los demás. En estos últimos se han traído cuestiones ajenas al asunto y por ese camino de dispersión y carencia de organicidad resulta embarazoso brindar las soluciones anheladas.

VIII. LA DOCTRINA

41. Su estado.

Con razón muy limitada, se dice que la doctrina no es pacífica.

Algunos se pronuncian a favor del consentimiento y otros son de opinión contraria.

Como nos proponemos seguir el recomendable temperamento de alejarnos de los esquemas puramente formales para ir directamente a lo práctico, vamos a entrar al mundillo de la doctrina española que es la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

más citada.

42. La verdadera situación en España.

Por las informaciones que poseemos es mayor el sector de la doctrina que está en contra del consentimiento para las cancelaciones.

La postura de algunos, como De La Rica, a favor de la exigencia de tal requisito ha merecido severas críticas. Azpiazu (39)(955) nos dice que el gran comentarista Ginés Cánovas, sin una palabra desarmónica y con una medida y cuidado exquisitos, luego de airear la gran valía de De La Rica (a cuyo homenaje gustoso se une), va desgranando una serie de razones incontestables que dejan muy mal parada la tesis de De La Rica.

'Para no penetrar en la insegura zona de las encontradas opiniones de los autores, vamos a lo que estimamos definitivo, esto es, a las resoluciones de la Dirección de los Registros y del Notariado.

En las dictadas con fechas 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964 el citado organismo se ha pronunciado sobre la cuestión que nos interesa.

Sostiene en la primera que "puede el marido por sí solo hacer la cancelación de hipoteca inmobiliaria ganancial, siempre que se observe lo dispuesto en el art. 96 del Reglamento Hipotecario, ya que siendo accesoria del crédito garantido y pudiendo cobrarse el mismo por el marido sin el consentimiento de la esposa, deberá aplicarse a la cancelación la norma recogida por el párrafo final del art. 178 del mismo Reglamento" (40)(956).

'Con respecto a la de 8 de junio del mismo año, dispone también que "la cancelación de la hipoteca inmobiliaria ganancial, puede hacerse solamente por el marido, siempre que se observe lo dispuesto por el art. 96 del Reglamento Hipotecario, ya que siendo aquella accesoria del crédito garantido y pudiendo cobrarse el mismo por el marido sin el consentimiento de la esposa, deberá aplicarse a la cancelación la norma recogida en el párrafo final del art. 173 del mismo Reglamento".

Omitimos transcribir el art. 96 del Reglamento Hipotecario porque juega en función de las tres reglas establecidas en el art. 95. En cambio, señalamos que el art. 178 in fine, estatuye que "Bastará el consentimiento del marido para la cancelación por pago, de hipotecas inscriptas a su nombre, que garanticen créditos gananciales".

Como este párrafo procede del decreto de 17 de marzo de 1959, las opiniones a favor del consentimiento deben reputarse anticuadas o con exclusivo valor de lege ferenda.

Al comentar Buenaventura Camy (41)(957) la resolución de 8 de junio de 1964, transcribe el informe del notario recurrente, porque es bastante claro al respecto, a la vez que destaca su argumentación sobre la distinción entre actos voluntarios y actos necesarios. Agrega que pese a la postura de esos hipotecaristas a ultranza que quieren ver en la Ley Hipotecaria una ley especial e independiente, ésta no es más ni menos que una parte del derecho civil, en relación con la cual ha de interpretarse y aplicarse, y por ello, en problemas que, como el presente,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

son netamente de orden civil, es éste el que dará la tónica para su desenvolvimiento hipotecario, que se podrá precisar por aquélla, pero nunca derogar si no resulta así con claridad y aun esto siempre que el precepto derogador sea del mismo rango que el derogado.

43. Transcripciones.

En los considerandos de la resolución cabe destacar lo siguiente: "sin desconocer la naturaleza de acto dispositivo que encierra y la distinta importancia que los ordenamientos jurídicos conceden a los actos por los que se constituyen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas obligatorias, de aquellos otros que generan efectos jurídicos reales, es lo cierto que la reforma del art. 1413 del Código Civil ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1412 que permite al marido, como administrador de la sociedad legal de gananciales, la facultad de cobrar los créditos pendientes, por lo que al quedar extinguida la obligación principal y dada la accesoriedad del derecho de hipoteca parece permisible autorizar que el marido pueda válidamente consentir la cancelación y con ello facilitar la armonía entre las declaraciones contenidas en los libros del Registro y la realidad jurídica extrarregistral, así como evitar perjuicios al propietario de la finca gravada".

Entre las alegaciones efectuadas por el reclamante mencionaremos los siguientes fragmentos:

"Que la cancelación de una hipoteca que garantiza un crédito extinguido por el pago a su vencimiento, no es un acto de disposición; que aunque lo fuera carecería de sentido exigir para su otorgamiento el consentimiento de la mujer o la autorización judicial, pues una u otra tendrían necesariamente que presentarse, ya que el cobro del crédito constituye al acreedor en la obligación de cancelar la hipoteca..."

". . . que la cancelación por el acreedor, a consecuencia de haberle sido pagado el crédito garantizado, no es un acto de disposición por la sencilla razón que no es la cancelación la que extingue el derecho de hipoteca, sino el pago previo; que acto de disposición es aquel por el cual se transmite, modifica o extingue un derecho patrimonial; que la cancelación sería acto de disposición si efectivamente por virtud de la misma se extinguiera el derecho de hipoteca, pero si el pago previo lo ha extinguido ya, no puede sostenerse que tenga tal carácter, pues no se puede disponer de lo que no existe..."

". . . que al ser cancelada la hipoteca otorgada a consecuencia del pago del crédito garantizado un acto obligatorio o debido, la mujer tendrá siempre que prestar velis nolis su consentimiento, y en caso de negarse al otorgamiento de la escritura el juez deberá conceder necesariamente la autorización; que referidos a la cancelación de la hipoteca por pago del crédito asegurado, el consentimiento de la mujer o la autorización judicial subsidiaria son requisitos estériles que no responden a ninguna finalidad y cuya exigibilidad sólo puede dar lugar a retrasos o dilaciones en perjuicio del deudor..."

"...que el único problema que lógicamente cabe plantear no es el de si el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

marido precisa para cancelar la hipoteca el consentimiento de la mujer, sino si lo necesita para cobrar el crédito hipotecario; que el cobro del crédito a su vencimiento constituye un típico acto de administración que, por consiguiente, el marido puede realizar sin consentimiento de la mujer, ya que su finalidad es la de procurar la conservación o mejor dicho la recuperación de un capital, que confirma este criterio el art. 1163 del Código Civil que sólo exige para cobrar la capacidad para administrar y lo presupone la propia ley al estimar implícita la facultad de cobrar entre las potestades de quienes administran bienes ajenos..."

44. Consecuencia.

Pensamos que pueden quedar muy tranquilos los escribanos que, lejos del laboratorio de teorías extrañas o inaceptables, han trabajado al aire libre, impulsados por criterios prácticos y apoyados en preceptos legales de clara interpretación, sin incurrir en excesos de formalismo yermo, y han actuado por consiguiente como correspondía, al no exigir el consentimiento en las cancelaciones de hipotecas en los casos en que ellas debían considerarse extinguidas.

45. El error de un especialista.

A fin de poner en evidencia las erratas a que en ocasiones conduce la especialidad, es oportuno destacar la equivocación de De La Rica cuando asegura que la Dirección General de los Registros y del Notariado volvió a la doctrina tradicional el 26 de octubre de 1964 al reputar la cancelación de hipotecas como acto de enajenación, aunque el crédito esté pagado y por tanto ya no tienen vigencia las resoluciones que hemos recordado (42)(958).

El caso allí contemplado es totalmente diferente. Se trataba de la cancelación de una hipoteca a favor de menores de edad otorgada por su padre y era indispensable que obtuviera autorización judicial al efecto, según previene el párrafo primero del art. 178 del Reglamento Hipotecario.

Bien acota Buenaventura Camy (43)(959) que "pese a la orientación favorable de la Dirección para estimar la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito garantido, cuando se trate de préstamos, con las derivaciones que ello entraña en orden a la capacidad, en el presente caso no ha podido seguirse este criterio, pues no se estaba ante un supuesto de interpretación de precepto legal, sino ante una aplicación evidente del párrafo primero del art. 178 del Reglamento Hipotecario, el cual podrá ser discutido e incluso propugnarse su reforma, pero en modo alguno podrá ser olvidado. Es más, aun cuando nuestra legislación siguiera la tónica de que quien tiene capacidad para cobrar la tiene para cancelar el derecho real que garantizaba el pago, no por ello desaparecería quizá, en cuanto a los menores de edad, esta y otras medidas similares de protección, las cuales pasarían a ser excepciones de aquel criterio".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IX. CONCEPTOS FINALES

En alguna otra oportunidad hemos manifestado, con el decoro propio de toda actividad mental, que escribimos más para aprender que para enseñar.

En esta ocasión, como nunca, podemos reiterar la aserción.

Si vienen nuevos argumentos, complacidos volveremos sobre el tema, y si los errores de nuestra posición se ponen de resalto no tendremos reparo alguno en reconocerlos.