

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

TEMA IX Consentimiento Conyugal. ¿Es Necesario para Cancelar Créditos Hipotecarios?.

Doctrina: No es necesario el asentimiento conyugal para cancelar créditos hipotecarios. El acto jurídico consiste en un recibo que extingue la obligación principal, bien no registrable y la hipoteca - garantía accesoria - decae y se extingue por seguir la consecuencia de lo principal.

(Opinión del consejero Martínez Segovia compartida por los restantes consejeros).

OPINIÓN DEL CONSEJERO FRANCISCO MARTÍNEZ SEGOVIA

Fundamentos

1. El artículo 1276 confiere a "cada uno de los cónyuges la libre administración y disposición de los bienes propios y gananciales, como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

principio general.

La llamada "cancelación de créditos hipotecarios" es, en realidad, el cobro de un crédito u obligación y el otorgamiento de un recibo. Tal acto jurídico es, evidentemente, de administración, como se advierte utilizando el patrón dado por el Instituto en las páginas 105 a 107 del libro Ley 17711... Con la percepción de dinero no resulta comprometido el patrimonio familiar, no hay modificación de dicho patrimonio ni se origina riesgo a su capital. Si el cónyuge puede cobrar una deuda quirografaria no se advierte cuál sería la razón de someterlo al asentimiento para cobrar una deuda garantizada o afianzada, ya que la extinción de la garantía o fianza es un resultado lógico de la circunstancia de que el patrimonio familiar obtiene la satisfacción de su dinero que estaba puesto en riesgo por el préstamo, riesgo que desaparece al recuperarlo.

Si el pagar es un acto ordinario de la administración (art. 1881, inc. 1º Código Civil) y sólo ciertos pagos son "no ordinarios de la administración", igual pauta es aplicable al cobro, que es la figura correspondiente a la de pago.

2. Pero si alguien quisiera calificar al acto que nos ocupa como de "disposición", para que el asentimiento conyugal fuera de rigor, por aplicación del art. 1277 debería tratarse de disponer de un derecho cuyo registro hayan impuesto las leyes.

La obligación, mutuo o la que fuere, principal, no es registrable, por tanto su cobro (como supuesto de disposición que no admito) no requiere asentimiento conyugal.

La hipoteca, derecho real registrable, parece por derivación, por su accesoriedad, desaparecer aún antes de otorgarse la escritura si el pago se hace privadamente antes del acto notarial de recibo y cancelación. Es obvia toda cita legal para fundamentar el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y de que el derecho real de garantía, que es la hipoteca, es accesorio de la obligación garantizada.

El cónyuge que recibe el monto adeudado no "dispone de la hipoteca", bien registrable, y por tanto no necesita la asistencia conyugal del art. 1277.

3. Pero, fundamentalmente, el cobro de un crédito es ordinariamente un acto de administración que nada tiene que hacer con el art. 1277 y sólo extraordinariamente un acto de disposición, para el que tampoco actúa el asentimiento conyugal por carecer (la obligación extinguida) del requisito de bien registrable.

OPINIÓN DEL CONSEJERO CARLOS ALBERTO PELOSI

1. Comparto el criterio sustentado por el preopinante escribano Francisco Martínez Segovia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2. A mero título ilustrativo hago notar:

a) Que después de realizada la XII Jornada Notarial Argentina, en Resistencia, Chaco, llegó a mis manos la comunicación presentada por el consejero Miguel N. Falbo en la que afirma, a modo de conclusión: "No cabe duda que en los casos de cancelación de hipotecas constituidas a favor de una persona de estado civil casada, que garantiza un mutuo constituido, con dinero de la sociedad conyugal, también debe comparecer su cónyuge a expresar su consentimiento a la realización de dicho acto a los efectos de revestirlo de la necesaria legalidad y validez".

b) En atención a que disiento con los argumentos esgrimidos para defender esa tesis, inmediatamente preparé un trabajo titulado "El consentimiento en las cancelaciones de hipoteca". Allí me ocupo detenidamente del asunto y creo rebatir con éxito los fundamentos invocados para llegar a la aludida tesis.

c) Dicho trabajo tendrá cabida en Revista del Notariado, edición correspondiente al bimestre noviembre y diciembre de 1969; y me remito a su contenido. No acompaño copia por carecer de ella.

3. Me parece oportuno decir que sería conveniente analizar los casos que el señor consejero autor del trabajo antes indicado denomina "Diversidad de las cuestiones fácticas".

Los supuestos que allí se enumeran no pueden asimilarse, a mi juicio, al tema aquí en estudio, pero revisten singular interés para determinar si es necesario o no el consentimiento conyugal.

4. Me expido el mismo día que tomo conocimiento de estas actuaciones.

OPINIÓN DEL CONSEJERO OSVALDO S. SOLARI

Me adhiero al criterio de los preopinantes consejeros Martínez Segovia y Pelosi.

Bien entendido que nos estamos refiriendo al caso típico de pago de una deuda de mutuo o saldo de precio o de cualquier otro origen, a su debido vencimiento y en las condiciones pactadas. Vale decir que el cónyuge administrador no hace otra cosa que cumplir su obligación de cobrar. En este supuesto, su "voluntad" o su "querer" de nada sirven. Aunque prefiriera no cobrar la deuda, por cualquier razón jurídica o económica, no tiene alternativa. Si se opone, el deudor hará la consignación judicial y el cónyuge administrador, en su calidad de acreedor remiso, tendrá que pagar las costas. Y bien, si la voluntad del cónyuge administrador no tiene campo de aplicación donde manifestarse, si no puede elegir entre cobrar y no cobrar, ¿para qué habrá de requerirse el consentimiento (que es conformidad) del cónyuge administrador que, menos que aquél, puede decir que sí o que no?.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esto en cuanto al pago en sí mismo. En lo que se refiere el gravamen que garantiza la deuda, pienso que su extinción, una vez realizado aquél, es independiente de la voluntad del acreedor. El gravamen se extingue, aunque él no lo quiera. El enunciado del art. 3199 en cuanto requiere el consentimiento de las partes para la cancelación de las hipotecas es correcto para los supuestos en que se pretende realizarla independientemente de que se extinga la obligación que garantiza. Caso típico, la llamada liberación de hipoteca. Pero cuando la obligación garantizada se extingue, sea por pago, confusión, resolución del contrato, consignación del precio en las subastas judiciales, etc., para no mencionar sino los casos más corrientes, deben aplicarse los arts. 3187 y sigs. del Cód. Civil, que extinguen las hipotecas aún en contra de la voluntad del acreedor.

En las cancelaciones de hipotecas es corriente que el compareciente, en su calidad de acreedor que en ese momento percibe la deuda o declara haberla cobrado con anterioridad, dé recibo y a continuación diga más o menos así: "...declara cancelada la relacionada hipoteca, etc., etc....". Pues bien; pienso que esta redacción es corriente, pero no considero necesario que el acreedor haga tal manifestación. A mi juicio sería bastante que el acreedor declare extinguida la "deuda", pues de no existir reserva expresa en contrario, tal manifestación lleva implícito el consentimiento que exige el art. 36 de la ley 17801 para la cancelación del gravamen. Con todo, este es un aspecto marginal para el tema sobre el cual me expido, pues se refiere al consentimiento del cónyuge administrador y no al del consorte.

OPINIÓN DEL CONSEJERO MIGUEL NORBERTO FALBO

En oportunidad de sancionarse la ley 17711 dijimos que era necesario el consentimiento del cónyuge para cancelar una hipoteca constituida con dinero de la sociedad conyugal.

El fundamento de nuestra opinión radicaba en que toda negociación (se la considere acto de disposición o de administración) que comprometa alguna parte significativa del patrimonio de la sociedad conyugal requería el consentimiento del cónyuge del que realizaba el acto; y que los notarios, dejando de lado los esquemas puramente formales y abstractos de la doctrina, si realmente querían cumplir con su función, de manera que ella sea útil a la sociedad, debían procurar la mayor seguridad posible a los requirentes cada vez que debían intervenir en el otorgamiento de negocios o actos jurídicos en los supuestos que puedan presentar la vulneración de un legítimo derecho. En tal sentido, cuando se cancelaba una hipoteca, nos pareció prudente afirmar que ambos cónyuges estuvieran en conocimiento de que se otorgaba la escritura.

Advertimos entonces que la doctrina no era pacífica sobre el tema y citamos la opinión de alguno de los autores que se habían referido al mismo.

Nuestra opinión ha quedado aislada en la doctrina nacional, y el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notariado - casi por unanimidad - se pronunció en contra de nuestra tesis en la Jornada Notarial Argentina realizada en Resistencia (Chaco), 1968. Los señores consejeros que han preopinado con relación al tema, doctores Martínez Segovia, Solari y Pelosi, se han pronunciado en igual sentido, particularmente el último en su estudio "El consentimiento en las cancelaciones de hipoteca", publicado en Revista del Notariado, Nro. 702, pág. 1357.

Además, la experiencia negocial indica que cuando se otorgan estas escrituras los escribanos no requieren el consentimiento del cónyuge del que cancela, práctica que refirma el pronunciamiento formulado en Resistencia.

En consecuencia, así como en el momento inmediato que siguió a la sanción de la ley citada me pareció oportuno advertir al notariado acerca de la necesidad de que en las escrituras de cancelación se expresara dicho consentimiento a manera de "control" (según el decir de Roca Sastre) porque entendía que el mismo respondía a los fines tenidos en cuenta por el legislador al reformar el Código Civil, ahora me parece innecesario insistir en una posición e interpretación que está alejada de la realidad negocial y tal vez de la buena doctrina.

Con la explicación y aclaración que formulamos dejamos expresada nuestra opinión actual sobre el tema.

OPINIÓN DEL CONSEJERO AQUILES YORIO

Por las razones expuestas por los consejeros Martínez Segovia, Pelosi y Solari, considero que no es necesario el consentimiento conyugal para cancelar un crédito hipotecario.

OPINIÓN DEL CONSEJERO DOMINGO SILVA MONTYN

Comparto el criterio sustentado por los consejeros Martínez Segovia, Pelosi y Solari, que es también actualmente el del consejero Falbo. Considero no necesario el asentimiento del otro cónyuge para cancelar créditos hipotecarios a su vencimiento y en las condiciones pactadas. El acto jurídico es un recibo, que extingue la obligación principal y también la hipoteca, que como garantía accesoria sigue la suerte de lo principal. Además dicho acto es ordinario de administración, y no de disposición. Y no causa perjuicio al patrimonio de la sociedad conyugal.

OPINIÓN DEL CONSEJERO FRANCISCO FERRARI CERETTI

En principio, cuando se trata de la cancelación de la hipoteca por extinción de la obligación principal a la que accede, no es necesario el consentimiento del cónyuge no titular.

Así lo ha resuelto por mayoría la XII Jornada Notarial Argentina, tercer punto del temario, punto 2º, ámbito del consentimiento, apartado C). (Revista del Notariado, Nro. 702, pág. 1548).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es el criterio esbozado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial en su trabajo Ley 17711. Aplicación en la actividad notarial, pág. 94, párrafo 6°.

Sin embargo, hay casos particulares en que será necesario requerir el consentimiento conyugal como se desprende del citado estudio de este Instituto y del realizado por Pelosi ("El consentimiento en las cancelaciones de hipotecas", puntos 39 y 40. Revista del Notariado, Nro. 702, pág. 1357).

La sagacidad y perspicacia del notario le hará determinar cuándo debe requerir tal consentimiento y cuándo no.

Me adhiero por consiguiente a lo dicho por los consejeros preopinantes, con las limitaciones expuestas a esos casos particulares: permuta del rango por otro; liberación parcial; cesión del crédito; división de la hipoteca; pago fuera del plazo pactado; etc., que si bien no configuran el caso típico de la interrogación que motiva el tema, considero íntimamente vinculados al mismo.

Y también cuando el notario tenga la presunción que se trata de otorgar un acto en fraude del otro cónyuge.

OPINIÓN DEL CONSEJERO EDUARDO BAUTISTA PONDÉ

El "Sumario" del consejero Martínez Segovia sintetiza con terminante claridad la buena doctrina y su razón de ser.

La percepción del dinero adeudado es normalmente un acto de administración.

Este es de los casos que cae dentro de esa normatividad, conforme así ya opinó este Instituto en la publicación Ley 17711. Reformas al Código Civil y leyes complementarias.

Considero que es error jurídico interpretar que la constitución de un derecho real requerido por el acreedor como una prudente medida de buena administración transubstancie la naturaleza jurídica de un acto de administración, tornándolo acto de disposición.

El derecho real simplemente accesorio no puede encrespase intentando llegar a distorsionar el carácter del propio negocio jurídico principal.

OPINIÓN DEL CONSEJERO ALBERTO VILLALBA WELSH

Comparto el parecer de los consejeros preopinantes por sus fundamentos, a los que agrego los que resultan de aplicar el criterio interpretativo a que me he referido al tratar el tema 3.

En efecto, el hecho voluntario de la recepción del dinero que provoca por accesoriedad la extinción de la titularidad del crédito hipotecario no ha perseguido este objetivo, sino sólo el de percibir una suma de dinero. Es decir, que la modificación en la titularidad del derecho registrable se produce al margen de la voluntad del acreedor.