

# Requisitos registrales innecesarios referidos al asentimiento conyugal

Ezequiel Cabuli

## Ponencias

1) La falta de manifestación del cónyuge disponente de la última parte del artículo 1277 es un requisito registral (conforme una errónea interpretación de las facultades del Registro de la Propiedad Inmueble), cuya falta, error u omisión, tanto del escribano autorizante en la confección del documento, como del registro en su calificación registral, no hace obstar para la validez del título. Esta constituye una declaración individual del vendedor como acto declarativo cuya veracidad quedará en la órbita de su responsabilidad, frente a su cónyuge y al interés familiar.

2) No existe norma jurídica que obligue a la expresión textual de los supuestos de la última parte del artículo 1277 del Código Civil, en consecuencia, se puede entender que la innecesariedad del asentimiento podrá ser tácita, siendo aplicable el artículo 918 del Código Civil<sup>1</sup>. La realidad de los hechos solo constituirá una cuestión de prueba ajena a la órbita notarial y al conocimiento del comprador que entra en posesión del inmueble siempre que este sea de buena fe. La omisión de la manifestación del disponente es una cuestión de prueba de lo manifestado (o no manifestado) y queda, como dijimos, en la órbita de su responsabilidad. Esta omisión podrá considerarse superada a los efectos del estudio de antecedentes, si en el título de propiedad constara la aseveración del ahora disponente de encontrarse al momento de la firma de la escritura (y actualmente) en posesión del inmueble.

1. Artículo 918 del Código Civil: "La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria."

3) Si una persona transmite un bien propio sin indicar expresamente la inexistencia de los supuestos del artículo 1277, no implica por sí que haya incurrido en una violación a los preceptos del interés jurídicamente protegido. El disponente conoce el ordenamiento jurídico y procede de todas formas y bajo su responsabilidad a enajenar el inmueble, entonces, implícitamente cabe considerar que no ha sido necesario el asentimiento conyugal. La investigación en caso de duda, por la omisión de la declaración, no tiene entidad suficiente para considerar observable el título adquisitivo, más aún si se demuestra la actual posesión del comprador, quien se encuentra amparado por el artículo 1051 del Código Civil.

4) La finalidad de la norma es proteger el interés familiar, refiriendo la misma a la sede del hogar conyugal y a hijos menores o incapaces. Dicha circunstancia, manifestación o no de por medio, queda en el obrar del disponente, quien deberá cargar exclusivamente con la sanción legal correspondiente por su falta, incumplimiento u omisión.

## Introducción

En el presente trabajo, analizaremos un caso particular de asentimiento conyugal. Se trata de considerar la validez del título en el cual el disponente de un bien propio ha omitido en la escritura de venta la manifestación de la última parte del artículo 1277 del Código Civil, en cuanto a que el inmueble que se transmite “no es sede del hogar conyugal en el que habiten hijos menores o incapaces”.

Se intentará determinar concretamente si tal manifestación, que en definitiva se refiere a una circunstancia de hecho, debe constar obligatoriamente en el cuerpo de la escritura como declaración del disponente, o si bien por tratarse de un hecho ajeno al ámbito notarial, su omisión no tiene la entidad suficiente para quitarle los efectos propios al acto celebrado.

Es importante destacar que no obstante las apreciaciones jurídicas que podamos abordar en el presente trabajo, nos encontramos ante una barrera imposible de franquear, cual es su

observación en el Registro de la Propiedad Inmueble, en virtud de las facultades otorgadas al mismo a partir del conocido plenario Feidman. Como consecuencia de ello, la práctica registral ha impuesto como requisito la obligatoriedad de consignar dicha manifestación textual en la escritura, amén de no ser exigida por ninguna norma positiva.

Este tipo de omisiones, por la observación que cursa el mencionado Registro de la Propiedad, casi nunca llegan a manifestarse en los títulos de propiedad, (salvo error u omisión del registrador) y es por eso que nos referimos específicamente a estos casos, para poder determinar que es excesiva la calificación de “observable” por parte de dicho organismo, por tratarse únicamente de un requisito registral que no encuentra sustento alguno en nuestro derecho positivo.

### **Caso práctico de análisis**

A efectos de poder determinar las circunstancias que rodean a un título con las características mencionadas en la introducción, vamos a suponer un caso práctico, que no es ajeno a la realidad.

La señora Berta Gómez de estado civil casada, vende a José Vélez, quien adquiere, una finca sita en la Ciudad de Buenos Aires. Se trata de un bien propio de la vendedora, según surge de sus antecedentes.

En dicha escritura, la enajenante no declara si el inmueble es o no “sede del hogar conyugal o si existen o no hijos menores o incapaces”. La escritura se encuentra inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Ante tal circunstancia la escribana Pérez, a quien le llega este antecedente y le solicitan que confeccione y autorice la venta, considera que se debe requerir la manifestación de la señora Berta Gómez de que en el inmueble enajenado no está radicado el hogar conyugal en donde habiten hijos menores o incapaces.

¿Tiene fundamento jurídico la observación realizada por la escribana Pérez? Creemos que la respuesta es negativa, por los fundamentos que expondremos a continuación.

## Desarrollo

El asentimiento conyugal, conforme a la modificada redacción del artículo 1277, dispone en su último párrafo que “será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiera hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátese de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido”.

Resulta evidente que la norma refiere exclusivamente a la existencia de hijos menores de edad y/o incapaces, y que son precisamente ellos quienes constituyen su objeto de protección (pues el cónyuge, bajo determinadas circunstancias, goza de la protección prevista por el art. 211 del mismo ordenamiento). Al respecto, puede afirmarse que el artículo 1277 del Código Civil (segunda parte), no ampara el interés de los cónyuges sino el llamado “interés familiar” consistente en que los hijos menores de edad e incapaces tengan asegurado su derecho a la vivienda, se trate de hijos comunes del matrimonio, o de hijos propios de uno de ellos, tanto de un matrimonio anterior como de una unión extramatrimonial<sup>2</sup>.

En el *X Congreso Internacional de Derecho de Familia* llevado a cabo en la ciudad de Mendoza, en septiembre de 1998, se concluyó: “La vivienda familiar debe ser tutelada durante la convivencia, haya o no hijos de la unión, teniendo como premisa la salvaguarda del interés familiar. Asimismo, deberán fijarse pautas para la atribución de la vivienda en caso de ruptura”.

Es por eso que debemos distinguir la validez de una escritura en donde se dispone de un bien ganancial y falta el asentimiento conyugal, con el supuesto de que siendo un bien propio del que se dispone, se omite la manifestación de que el inmueble no es sede del hogar conyugal o el de hijos menores o incapaces.

### **Falta de manifestación y asentimiento del artículo 1277. Naturaleza jurídica**

La distinción entre nulidades absolutas y relativas, sea que correspondan a actos nulos o anulables, se atiene a la índole del

2. MARTINEZ RUIZ, Roberto, “Disposición del bien propio donde esta radicado el hogar conyugal habitado por hijos menores o incapaces”, *La Ley*, 146-464; VIDAL TAQUINI, Carlos H., “El artículo 1277 del Código Civil y una anotación registral”, *La Ley*, 1985-D-66.

interés que se intenta proteger con la nulidad. Si se la establece con fundamento en razones de interés general o bien común, la nulidad será absoluta; si se la prevé para tutelar un interés particular, será relativa.

La distinción entre actos nulos y anulables refiere al modo en que aparece el vicio en el acto afectado; si lo es en forma manifiesta, se tratará de acto nulo; pero si este no aparece en forma manifiesta, requiere una investigación de hecho para su descubrimiento, se tratará de acto anulable<sup>34</sup>.

La omisión del asentimiento conyugal en los casos en que es requerido (art. 1277 del Código Civil) legitima a petitionar la nulidad o anulación, en su caso, al cónyuge cuya conformidad fue omitida, o a los hijos menores o incapaces para cuya protección se impuso el requisito<sup>5</sup>. Lo admiten inclusive los autores que ven en la falta de asentimiento una incapacidad de derecho o prohibición impuesta al cónyuge disponente quienes demuestran que no siempre la transgresión a una incapacidad de derecho da lugar a nulidad absoluta<sup>6</sup>.

La falta de asentimiento conyugal previsto en el art. 1277 del Código Civil, reformado por la ley 17.711, da lugar a nulidad cuando el carácter ganancial del inmueble que se dispone resulta de los antecedentes de dominio que se referencian en la escritura. Allí el vicio es patente o manifiesto. En cambio, cuando -como en el presente caso- el titular inscripto dispone de un inmueble propio, será cuestión de prueba, de investigación, si al tiempo del acto de disposición ese inmueble sido sede del hogar conyugal en el que habitaban hijos menores o incapaces. El vicio invocado como fundamento de la pretensión no aparece patente o manifiesto, sino latente o no manifiesto, dependiente de la investigación de hecho que habrá de realizarse y sujeto en último grado a apreciación judicial, entonces el acto es anulable y se reputa válido mientras no se ejercite la acción de anulación por quien esté legitimado activamente y rinda la prueba del presupuesto de hecho que invoca como configurativo del vicio en el que asienta su pretensión.

En tal virtud, ante la posibilidad de disponer de un bien propio, la práctica negocial (y registral) impone al cónyuge realizar en forma expresa la manifestación de que no se cumplen los supuestos indicados por la norma, es decir, que en el bien objeto

3. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G Tenenberg de Arfa, Noemí B. c. Manuele, Elso A. J. *La Ley* 1986-B, 338 - *DJ* 1986-2, 403, 26/12/1985.

4. La cuestión está controvertida, ya que hay doctrina que entiende que el asentimiento no es acto formal y que si el cónyuge está presente en el acto y no se opone se entiende que presta el asentimiento. Es decir el vicio no es ostensible y hace falta investigar. Entonces es anulable, no nulo, y se debe investigar.

5. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G Tenenberg de Arfa, Noemí B. c. Manuele, Elso A. J. *La Ley*, 1986-B, 338 - *DJ* 1986-2, 403, 26/12/1985.

6. Conforme cita del fallo nota 2: GUASTAVINO, Elías P., "Naturaleza del requisito de asentimiento conyugal en el art. 1277 del Código Civil", *La Ley*, t. 153, ps. 634/648, en esp. p. 647 y citas de su nota 42, al pie; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Estudio de la Reforma del Código Civil", Buenos Aires, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 1969 ps. 55 y 380/1, en esp. nota 453, al pie de la última; su voto en el fallo de la sala A, *El Derecho*, t. 55, ps. 337/339 -Rep. *La Ley*, t. XXXV, J-Z, p. 1714, núm. 48.

de la transacción no se encuentra radicado el hogar conyugal, o bien que no existen hijos menores o incapaces que lo habiten.

En el presente caso, debemos considerar si la falta de la manifestación del vendedor de los supuestos indicados por la norma hace observable el título. Al respecto debemos considerar que la manifestación del disponente sobre la inexistencia de los supuestos enumerados constituye una manifestación individual del vendedor como acto declarativo, cuya veracidad o no quedará en la órbita de su responsabilidad, frente a su cónyuge y el interés familiar. Por lo que su omisión en principio solo constituirá una cuestión de prueba ajena a la órbita notarial y al conocimiento del comprador que entra en posesión del inmueble, siempre que este sea de buena fe.

Es necesario destacar que no existe norma jurídica que obligue a la expresión textual de los supuestos de la última parte del artículo 1277 del Código Civil, en consecuencia, se puede entender que la innecesidad del asentimiento podrá ser tácita, siendo aplicable el artículo 918 del Código Civil: “La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria.”<sup>7</sup>

### **Efectos registrales de la omisión de la manifestación de la última parte del artículo 1277**

Existe un amplio debate doctrinario y jurisprudencial en torno al poder controlador del Registro de la Propiedad Inmueble acerca del consentimiento de ambos cónyuges cuando se trata de disponer o gravar inmuebles, conforme surge del art. 1277 del Código Civil.

Los casos que se presentaron ante el Registro en los que este ha rechazado u observado los documentos que se pretendían inscribir por considerar que presentaban defectos llegaron hasta los tribunales, que debieron expedirse sobre la extensión de las facultades del registrador, planteándose problemas en la jurisprudencia en relación a las observaciones formuladas por el Registro consistentes en la falta de constancia del asentimien-

7. “Consecuencias por la falta de asentimiento conyugal (artículo 1277 del Código Civil)”, *La Ley* 2005-C, p. 1075.

to conyugal exigido por el art. 1277 del Cód. Civil.

Hubo una serie de fallos contradictorios que culminaron con un plenario de la Cámara Civil de la Capital, en los autos Feidman, Mauricio, Cámara Nacional en lo Civil en pleno, 27 de julio de 1977<sup>8</sup>. Este plenario, si bien es de aplicación obligatoria para los jueces inferiores, conforme lo dispuesto por el art. 303 del Código Procesal, no contó con la unanimidad de los miembros del tribunal y por el contrario tuvo seis disidencias emanadas de criteriosos juristas de la talla de los doctores Augusto Belluscio, Santos Cifuentes, Néstor Cichero, Antonio Collazo, Emilio Gnecco y Rómulo Vernengo Prack.

A las disidencias de los seis camaristas que votaron en contra del poder de controlar que el plenario reconozca al Registro, se le han sumado numerosas críticas, entre las que se cuenta la de los doctores Eduardo A. Zannoni y Jorge Mosset Iturraspe.

La doctrina del plenario es la siguiente: “El Registro de la Propiedad Inmueble, al examinar los instrumentos presentados para su registración, puede controlar el cumplimiento de los requisitos relativos al poder de disposición de las partes, impuesto por el art. 1277 del Código Civil. A esos efectos, podrá requerir que en el documento inscribible conste la expresión del asentimiento del cónyuge no disponente o de la autorización judicial. Si se tratare de bienes propios de uno de los cónyuges, deberá prescindirse del asentimiento, siempre que el disponente manifieste que no se dan los supuestos de radicación del hogar conyugal y de la existencia de menores o incapaces”.

Zannoni sostiene que la interpretación efectuada por la doctrina del fallo es errónea, pues considera que si bien es lógico preservar la seguridad como valor preponderante en el tráfico inmobiliario, es mucho más discutible otorgarle al Registro un control de legalidad que la ley no le atribuye, por lo que no se puede subrogar al interés jurídico de las partes ni desbordar su competencia funcional invadiendo la del Poder Judicial.

La ley 17.801, a través de los arts. 8° y 9°, hace referencia al denominado principio de legalidad, por el cual se establece como facultad y deber del registrador efectuar un estudio de los documentos que pretenden inscribirse y pronunciarse sobre su admisibilidad o rechazo.

Al Registro tienen acceso actos que sirven de título o causa

8. *La Ley*, 1977-C, 392; JA, 1977-III-494; *El Derecho*, 74-253.

a la mutación de una situación jurídica registral, es decir, actos que sirven de fuente a la constitución, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, los cuales deben estar revestidos de ciertas formas. La Ley Hipotecaria española de 1861, en su art. 18, hablaba de la facultad del registrador de examinar la validez de las formas extrínsecas.

Cuando se habla de formas extrínsecas se hace expresa referencia a los requisitos propios del instrumento público de que se trate, por ejemplo, la competencia territorial del oficial público, su idoneidad con relación al acto, la existencia de las firmas del oficial público y de los otorgantes, etc. Hay un error evidente en sostener que las limitaciones a la capacidad de disponer establecidas en el artículo 1277 del Código Civil son formas extrínsecas, pues el mencionado requisito no tiene ninguna vinculación con la forma del instrumento (acto instrumental), sino con el contenido (acto instrumentado). El acto instrumentado y su contenido son la parte intrínseca del título que se lleva al Registro<sup>9</sup>.

En este sentido Carlos Pelosi sostiene que “el requisito del art. 1277 del Código Civil no pertenece a las formas extrínsecas de la escritura”.

Esta concepción de la función calificadora del registrador es errónea, pues al creer que sus facultades se limitan al análisis de las formas extrínsecas se pretende extender este concepto para abarcar casos en que es necesario el pronunciamiento del registrador sobre aspectos que se vinculan con el contenido del acto instrumentado<sup>10</sup>.

## Conclusión

Conforme lo desarrollado, consideramos que la falta de la manifestación del cónyuge disponente de la última parte del artículo 1277 es un requisito registral (conforme una errónea interpretación de las facultades del Registro de la Propiedad Inmueble), y cuya falta, error u omisión, tanto del escribano autorizante en la confección del documento, como del registro en su calificación registral, no hace obstar a la validez del título.

La manifestación del disponente sobre la inexistencia de

9. KAVANAGH, María Isabel, “El control del registro de la propiedad inmobiliaria sobre el cumplimiento del artículo 1277 del Código Civil. Asentimiento del cónyuge Kavanagh, María Isabel. Publicado en: *La Ley* 2000-F, 1182.

10. *Ibidem*



los supuestos enumerados en la última parte del artículo 1277 del Código Civil, constituye una manifestación individual del vendedor como acto declarativo cuya veracidad quedará en la órbita de su responsabilidad, frente a su cónyuge y al interés familiar.

Es necesario destacar que no existe norma jurídica que obligue a la expresión textual de los supuestos de la última parte del artículo 1277 del Código Civil, en consecuencia, se puede entender que la innecesaridad del asentimiento podrá ser tácita, siendo aplicable el artículo 918 del Código Civil. La realidad de los hechos sólo constituirá una cuestión de prueba ajena a la órbita notarial y al conocimiento del comprador que entra en posesión del inmueble, siempre que este sea de buena fe.

La omisión de la manifestación del disponente es una cuestión de prueba de lo manifestado (o no manifestado) y queda como dijimos, en la órbita de su responsabilidad. Esta omisión podrá considerarse superada a los efectos del estudio de antecedentes, ya que en el título de propiedad consta la aseveración del ahora disponente, de encontrarse al momento de la firma de la escritura (y actualmente) en posesión del inmueble.

Si una persona transmite un bien propio sin indicar expresamente la inexistencia de los supuestos del artículo 1277, no implica por sí que haya incurrido en una violación a los preceptos del interés jurídicamente protegido. El disponente conoce el ordenamiento jurídico y procede de todas formas y bajo su responsabilidad a enajenar el inmueble, entonces implícitamente cabe considerar que no ha sido necesario el asentimiento conyugal.

La investigación, en caso de duda, por la omisión de la declaración, no tiene entidad suficiente para considerar observable el título adquisitivo, más aún si se demuestra la actual posesión del transmitente, quien se encuentra amparado por el artículo 1051 del Código Civil.

La finalidad de la norma es proteger el interés familiar, refiriendo la misma a la sede del hogar conyugal y a hijos menores o incapaces. Dicha circunstancia, manifestación o no de por medio, queda en el obrar del disponente, quien deberá cargar exclusivamente con la sanción legal correspondiente por su falta, incumplimiento u omisión.