

El asentimiento conyugal en el juicio por escrituración

Néstor Condoleo con la colaboración de Cristina Cordeu

Conclusiones – Ponencias

1. En los juicios por escrituración de los bienes y en los casos que prevé el artículo 1277 del Código Civil, se debe exigir al demandado, entre otras obligaciones, que, en cumplimiento de la obligación de otorgar la escritura bajo títulos perfectos, concurra a la misma con su cónyuge.
2. En la intimación a cumplir con la obligación de escriturar, es menester incluir también la intimación a que concurra el cónyuge.
3. En el acta notarial donde se deja constancia de la incomparecencia del enajenante del bien, también se debe dejar constancia de la no concurrencia del cónyuge.
4. En los boletos de compraventa de inmuebles, es de buena práctica que, en los casos que corresponda, suscriba el mismo el cónyuge, en cumplimiento del artículo 1277.
5. Si el cónyuge prestó el asentimiento al momento de formalizarse el contrato, ya sea por instrumento público o privado, no sería necesario exigir al incumplidor que haga venir al cónyuge a la escrituración, ni pedirle al juez que lo haga en su nombre.
6. La escritura que se realice como consecuencia de lo resuelto en el juicio por escrituración, debe reflejar claramente en su redacción si se ha cumplido o no con el artículo 1277 del Código Civil.

Introducción

En el diario ejercicio profesional, nos encontramos con situa-

1. Art. 1137 del Código Civil: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".

2. Art. 1138 del Código Civil: "Los contratos se denominan en este Código *unilaterales*, o *bilaterales*. Los primeros son aquellos en que una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Los segundos, cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra"

3. Ver el art. 1204 (texto según ley 17.711) del Código Civil en su parte pertinente: "La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios".

4. Podría tratarse de cualquier contrato bilateral, ya que el pacto comisorio es un efecto propio de dichos contratos.

5. No corresponde aquí tratar el tema de si el boleto de compraventa es un contrato o no.

6. CN. Civil "Cazes de Francino, Amalia c. Rodríguez Conde, Manuel, 10/3/51, La Ley 64, 476.

ciones que no están reguladas en nuestra codificación, o por lo menos no están del todo claras, y se prestan a distintas interpretaciones. Muchos de estos problemas surgen en la notaría antes que en los juzgados y por ello los notarios nos vemos obligados a tratar temas que parecen de poco interés, pero que son los que, en definitiva, van haciendo transitar el negocio jurídico a buen puerto y a la tan mentada seguridad jurídica.

Uno de esos temas, entendemos que es el que nos ocupa. En el juicio por escrituración, todo apunta a que el juez obligue a la persona que no concurrió al acto escriturario, a que lo haga en los estrados judiciales a suscribir la escritura traslativa de dominio, bajo apercibimiento de hacerlo el magistrado, en caso de negativa. Es entonces cuando surge la pregunta: ¿cómo se cumple con lo prescripto por el artículo 1277 del Código Civil?

Trataremos, en el presente trabajo, de analizar la cuestión, y de fijar opinión al respecto, con la firme aspiración, una vez más, de contribuir al logro de la seguridad jurídica en la contratación.

No pretendemos, ni podemos abarcar todo el tema del juicio por escrituración, porque no es materia del análisis, sino tan solo del problema planteado.

Planteo y análisis de la situación actual

Si hacemos una composición de lugar, nos encontramos con que se ha celebrado un contrato¹ bilateral², donde las partes han asumido obligaciones de hacer, obligaciones de dar o de no hacer, donde han establecido en forma expresa una cláusula comisorio. Al momento en que debe cumplirse con las obligaciones pactadas, una de las partes no cumple, y en consecuencia, la parte cumplidora, ejerciendo la citada cláusula, y haciendo uso del *ius variandi*, opta por exigir el cumplimiento³.

Si por ejemplo lo llevamos al caso del contrato de compraventa⁴ de inmuebles, estamos ante un boleto de compraventa, suscripto entre vendedor y comprador⁵, en el que, conforme la doctrina mayoritaria, se entiende que la naturaleza jurídica del mismo es que las partes asumen obligaciones de hacer⁶. Del mismo surgen distintas obligaciones de las partes, de las que tomaremos las que nos sirven para el caso, como la del vendedor,

que deberá concurrir al acto escriturario a suscribir la escritura traslativa de dominio entre otras, siempre y cuando el comprador cumpla con las contraprestaciones. Para el supuesto caso en que dicho vendedor no concurra a la escrituración, el comprador, que concurre presto, listo y pronto con el dinero correspondiente para abonar el precio y recibir el inmueble, de hecho con la posesión y de derecho con la escrituración, se encuentra con que se incumplió el contrato, enervándose inmediatamente la citada cláusula comisorias expresa o tácita y por ende la posibilidad de solicitar la resolución del contrato o su cumplimiento. Si opta por solicitar el cumplimiento, deberá hacerlo por la vía judicial iniciando un juicio por escrituración⁷.

Ya en sede judicial, al promoverse la demanda, a nuestro criterio, comienza a recorrerse un camino que puede llevar al actor a concluir su pretensión con la máxima seguridad jurídica o con la mínima seguridad jurídica. Al iniciarse la demanda, conforme lo establezcan los códigos procesales⁸, se pretende que el Juez haga cumplir al incumplidor, en este caso el vendedor, con la obligación, entre otras asumidas en el contrato, de suscribir la escritura traslativa de dominio. También le solicita que para el caso en que no concurra el vendedor, el Juez suscriba la citada escritura por él y a su costa.

El cuento tiene final feliz. El comprador concurrió con su escribano de confianza a los estrados judiciales, y ante la incomparecencia del vendedor, el protocolo será firmado por Su Señoría, por el comprador, y será autorizada por el notario.

Hasta aquí todo hace presumir que el título obtenido tiene todo lo que tiene que tener para ser perfecto.

El problema

No vamos a complicar demasiado el tema, poniendo todos o casi todos los ejemplos que se nos ocurren mientras volcamos estos conceptos, porque sería contraproducente para la comprensión del tema, pero para ser sintéticos diremos que el problema se plantea ante cualquier contrato donde se tenga que aplicar lo prescripto por el artículo 1277 del Código Civil que es realmente más amplio y abarca más de lo que parece. Dice en su texto, según ley 17.711:

7. Obviamos todo lo que tenga que ver con la constitución de pruebas, intimaciones y la etapa de mediación, para no desviarnos del tema principal y porque lo suponemos conocido por todos.

8. Para el caso de la C.A.B.A el art. 512 del Código Procesal Civil y Comercial dice: "Condena a escriturar. La sentencia que condenare al otorgamiento de escritura pública contendrá el apercibimiento de que si el obligado no cumpliere dentro del plazo fijado, el juez la suscribirá por él y a su costa."

Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes. También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido.

Todos sabemos, y cumplimos en extremo, que cuando se dispone o se grava un bien mueble registrable o un inmueble que tiene carácter de ganancial o para los inmuebles, aunque sean de carácter propio, donde esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces⁹, aun luego de disuelta la sociedad conyugal, exigimos que el cónyuge preste su asentimiento¹⁰.

Para seguir con el ejemplo anterior, tomemos el caso del contrato de compraventa de inmuebles, en el que al momento de suscribir el boleto, puede o no saberse el carácter del bien, respecto a que sea propio o ganancial, y en el cual en definitiva, conforme dijimos anteriormente, las partes asumen obligaciones de hacer, y en el que suele ocurrir que no se analiza o no se requiere cumplir con el artículo 1277 mencionado.

Cuando el inmueble está en cabeza de uno de los cónyuges y es ganancial, se debe requerir el consentimiento mencionado. Ahora bien, cuando se llega al juicio por escrituración, la demanda se inicia contra el titular de dominio, que fue quien se obligó. Nada se dice o se hace respecto del cónyuge. Quiere decir que la sentencia dirá que se condena a fulano de tal a que concurra a los estrados judiciales a suscribir la escritura traslativa de dominio, bajo apercibimiento de hacerlo el juez en caso de incomparecencia. ¿Y qué pasó con el cónyuge? ¿Hay que iniciarle demanda también, o hay que intimar a que concurra bajo apercibimiento?

9. Tampoco entraremos en la discusión de si la interpretación del citado segundo párrafo del art. 1277 debe ser taxativa o no, ya que entendemos que no es relevante para nuestro tema.

10. Conforme *Diccionario Larousse* (1995), *asentimiento* y *consentimiento* son iguales.

Estamos convencidos de que al no ser titular de dominio, no corresponde dirigir la demanda contra el cónyuge ya que no se obligó a nada en el contrato de compraventa porque no vendió nada. Si hay un boleto firmado por el titular de dominio, es él quien se obliga, y entre otras obligaciones, asume la de escriturar bajo títulos perfectos, siendo parte importante de dicha perfección la obligación de traer a su cónyuge al acto escriturario para que cumpla con la manda legal del artículo 1277. Si el titular de dominio no puede lograr que su cónyuge concurra a la escrituración, tendrá que solicitarle al juez la venia supletoria.

De la misma manera, al iniciar el juicio por escrituración, entendemos que debería expresamente intimar al demandado que cumpla con la obligación de traer a su cónyuge, bajo apercibimiento de que en el supuesto caso de incomparecencia, el juez firmará por los dos, tanto el titular como de su cónyuge.

Entendemos que al no tener la escritura el asentimiento conyugal correspondiente, no estamos otorgando un título perfecto. Reiteramos que lo mismo ocurre en cualquier contrato donde haya disposición de bienes muebles registrables o inmuebles que estén dentro de lo prescripto por el artículo 1277, como por ejemplo, cuando se obliga una persona a transferir el inmueble ganancial como aporte a una sociedad, cuando los condóminos deciden dividir el condominio y se adjudican los bienes, etcétera.

Puede ocurrir que el cónyuge haya firmado al momento de suscribirse el boleto de compraventa, en cuyo caso, a nuestro entender, prestó el asentimiento correspondiente y no haría falta que “vuelva” a firmar en la escritura, aunque entendemos de buena práctica notarial hacer constar en la escritura que dicho cónyuge cumplió con la ley, lo que además quedará demostrado al agregar al protocolo el instrumento correspondiente.

¿Cuál es el peligro ante la falta de cumplimiento del artículo 1277 en el juicio por escrituración?

En primer lugar, aclaramos que, como todos sabemos, el hecho de que la escritura se haya firmado en el juzgado y que encima haya sido firmada por el juez, no hace que la escritura esté correctamente hecha y que el título sea mejor o perfecto.

Aclarado esto, diremos que vemos la situación con preocupación, ya que nos preguntamos: ¿qué ocurriría si al momento

en que el titular de dominio está firmando el boleto de compraventa (por ejemplo, sin excluir otros contratos como dijimos), su cónyuge (que puede desconocer tal situación) está iniciando un juicio de divorcio y, además (como si lo otro fuera poco), exigiendo la adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal? Atención, porque esta situación puede darse también mientras el adquirente sustancia el juicio por escrituración, proceso éste que conocemos y sabemos de larga duración. Si el cónyuge del disponente incumplidor no prestó su consentimiento, puede, a nuestro entender, iniciada la demanda de divorcio, desconocer la venta realizada por su cónyuge a través del boleto de compraventa y pretender no consentirla, con las consecuencias que ello traería para el adquirente.

En cualquiera de los casos donde se esté produciendo la disolución de la sociedad conyugal por las causales legales, se está corriendo serio riesgo si no se toman los recaudos necesarios en el tema que nos ocupa. Podemos ejemplificar varios casos, pero entendemos que no es el tema específico del trabajo, sino ver el problema desde otro ángulo.

Algunas consideraciones

No debemos olvidar la clasificación que Vélez Sársfield hace de los contratos en el artículo 1140¹¹, dado que, en el caso de los contratos consensuales, el mero consentimiento de las partes los obliga y, en consecuencia, lo que parecía una simple “promesa” en realidad es un contrato con todas las de la ley. De allí deviene la fuerza obligatoria del mismo que, en definitiva, es lo que se le pide al juez, que por la “fuerza” lo haga venir al incumplidor y, si no viene, como ya manifestó su voluntad al dar el consentimiento, con plena libertad, intención, discernimiento y con el presupuesto de la capacidad, el juez podrá firmar por él sin problemas. Con respecto al cónyuge, si firmó el boleto, ya dio, a nuestro entender, el consentimiento y no haría falta que vuelva como ya dijimos, pero si no lo dio, quien tiene que traerlo por la fuerza es el cónyuge que se obligó casualmente a eso para cumplir lo del título perfecto. De ninguna manera entendemos que al firmar el juez, sería el caso de la venia supletoria, ya que

11. Art. 1140 del Código Civil: “Los contratos son consensuales o reales. Los contratos consensuales, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre las formas de los contratos, quedan concluidos para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento.”

no hay negativa por parte del cónyuge. El cónyuge del vendedor puede no saber que el mismo está vendiendo el inmueble ganancial. El bien jurídico tutelado por el artículo 1277, entendemos que es evitar que los cónyuges se oculten el menoscabo del patrimonio de la sociedad conyugal, conjuntamente con la protección del inmueble sede del hogar conyugal o de los hijos menores o incapaces. No hay una co-disposición entre cónyuges, hay consentimiento, es decir, tomar conocimiento de qué es lo que se está haciendo y cómo ese acto jurídico afecta el patrimonio de lo que entre ambos consiguieron, o de lo que ambos pensaron como sede del hogar conyugal o asiento de los hijos menores o incapaces. Pero, claro está que la trascendencia que se la ha dado a dicho artículo en su redacción tiene un tope que es la negativa injustificada. Por eso se confiere la posibilidad de recurrir a la vía judicial para dicha circunstancia.

Soluciones al problema

Lo más importante, a nuestro entender, es que el problema planteado tiene solución. Es tan solo cuestión de hacer *prevención* y tener en cuenta el tema al momento de la contratación. Los contratos no son ni buenos ni malos, sino que los contratantes y sus voluntades son susceptibles de ser buenas o malas acciones. Pero sí podemos decir que el contrato, ley para las partes a la cual han decidido voluntariamente y con plena capacidad someterse a las conductas y obligaciones allí asumidas, debe plasmar con certeza la verdadera voluntad de las partes, y brindar la mayor seguridad jurídica. La primera solución entonces sería que, en los contratos cuya “causa fin”¹² es la de realizar actos de disposición y que el objeto del contrato recaiga sobre bienes de carácter ganancial, o bienes propios donde esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces, aunque esté disuelta la sociedad conyugal, se exija el asentimiento prescripto por el artículo 1277 del Código Civil. Por supuesto que deberemos tener muy en cuenta la forma que la ley exija al contrato de que se trate, para saber también donde debe firmar el cónyuge.

La segunda solución sería aplicable ante la ausencia de la primera mencionada. Es decir que llegado el caso de haberse

12. GASTALDI, José M., *Contratos*. Vol. I A, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1994, p. 217: “Noción de causa-fin: Orientados en la tesis causalista (...) podemos decir que este elemento no es más que la ‘finalidad’ o ‘razón de ser’ -se dice también que es el ‘motivo determinante’- del acto o contrato, pudiendo agregar que tal finalidad es perseguida por los contratantes en conjunto o individualmente”.

contratado y que en dicho contrato, al que era menester que el cónyuge asintiera, no lo hizo, deberá interpretarse¹³ que la parte que dispone se ha obligado a cumplir o hacer cumplir todos los requerimientos legales suficientes y necesarios para que el adquirente obtenga la propiedad de la cosa objeto del contrato bajo la más completa seguridad jurídica. Así al decir que por ejemplo “se vende el inmueble bajo títulos perfectos”, entendemos que dicha obligación incluye la de hacer que el cónyuge preste el asentimiento en los casos que así se requiera.

La tercera solución es la de tener muy en cuenta, la de exigir al incumplidor cuando se le intima a cumplir con la escrituración, que concurra a la misma con su cónyuge, a efectos de cumplir con el artículo 1277. Por supuesto que también entendemos importante que en toda la producción de las pruebas o en su pre-constitución, se tenga en cuenta dicho aspecto, como por ejemplo dejar constancia en el acta notarial que realizamos al momento de la frustrada escrituración de que no han comparecido el vendedor y su cónyuge.

Y lo mencionado precedentemente da lugar a la solución del problema en la vía judicial, cuando en aplicación del pacto comisorio la parte cumplidora exige el cumplimiento del contrato, en este caso la escrituración del inmueble a su favor. Al iniciarse la demanda en el juicio por escrituración, corresponde que el actor le solicite al juez que haga venir al demandado para trasladar el dominio y a su cónyuge para prestar el asentimiento correspondiente, bajo apercibimiento de hacerlo el juez en nombre de ambos.

Por último, la escritura que confeccionemos debe expresamente hacer mención de dicha circunstancia, es decir que, como consecuencia de la debida intimación al incumplidor y a su cónyuge, el Magistrado está firmando por los dos en cumplimiento de lo prescripto por el Codificador.

Otra alternativa de solución que consideramos viable sería, que al dictarse la sentencia judicial en la que se intima a la parte incumplidora para presentarse a otorgar la escritura traslativa de dominio bajo apercibimiento de hacerlo el juez en su nombre, también se le notifique fehacientemente al cónyuge de tal circunstancia, y se lo intime a presentarse para otorgar el asentimiento prescripto por el artículo 1277, bajo apercibimien-

13. Art. 1198 del Código Civil, (Texto según ley 17.711)

to de que si no se presenta, el juez podrá declararlo en rebeldía y otorgar el asentimiento conyugal en su nombre por el procedimiento de venia judicial supletoria. Si presentándose, se niega a asentir el acto dispositivo, el juez escuchará sus argumentos, y si éste considera que los mismos no tienen justa causa y que el acto dispositivo es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido, firmará en su nombre por el sistema antes mencionado, según surge del segundo y tercer párrafo del citado artículo.