------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de noviembre del año dos mil once, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"P., A. c/ A. de C., C. s/ Escrituración"*** (Expte. N° 107/11 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 151 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del DJP –CPCC–, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 175/179? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------**A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo**:-

------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada, en virtud del recurso de apelación intentado por la actora a fs. 180 y concedido a fs. 181, enderezado contra la sentencia definitiva de la instancia inferior que luce agregada a fs.175/179, la que en lo sustancial decidió: I.- Hacer lugar a la demanda de escrituración y en su consecuencia condenar a la accionada para que dentro del plazo de cuarenta (40) días formalice la escritura a favor del actor y por ante el escribano que este designe, respecto de los inmuebles que identifica, quedando a cargo de esta última obtener la conformidad de los herederos de quien fuera su cónyuge; y II.- Imponer las costas del proceso por su orden y regular los honorarios de los profesionales que asistieron a las partes.----------

------Los agravios de la parte la actora fueron expresados en la pieza procesal de fs. 183/185, y conforme al traslado ordenado (v. fs. 186), no merecieron la réplica de la contraria (v. constancia de la Actuaria de este Cuerpo de fs. 187).----------

------2. En ocasión de deducir sus agravios la actora apelante, reduce sus quejas a dos cuestiones que prolijamente individualiza.----------

------Así, y en primer término, se agravia en tanto el judicante apelado rechaza imponer el apercibimiento que dispone el art. 516 de la Ley XIII Nº 5 DJP (en adelante: CPCC) por estimar que no se encontraba de manera expresa el consentimiento de su cónyuge, desarrollando su crítica a fs. 193vta. y ss., la que doy aquí por reproducida en homenaje a la brevedad procesal----------

------En segundo lugar, se agravia por cuanto el sentenciante dispuso imponer las costas en el orden causado.----------

------3. Dispuesto a abordar el tratamiento de la primera queja del actor apelante, anticipo que ella tendrá acogida favorable de mi parte.----------

------Y estimo importante a esta altura conveniente advertir que el art. 1187 del Cód. Civil nos indica que "*La obligación de que habla el art. 1185 será juzgada como una obligación de hacer y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses*" (v. PEREIRO. María D., "*La mora en la obligación de escriturar y demás consecuencias derivadas de ésta*", Rev. LA LEY, t. 1989-A. p. 511).----------

------En su consecuencia, podemos válidamente afirmar que una obligación de hacer –sino la obligación de hacer por excelencia– es la que asumieron los contratantes del convenio de permuta de inmuebles que se ejecuta en este litigio (v. fs. 10 1er. párr.), quienes se obligaron a instrumentar el acto en la pertinente escritura pública (fs. cit., 4to. párr.).----------

------Tampoco nuestro codificador Vélez Sársfield al redactar esta norma no hizo distingos de naturaleza alguna, en consecuencia, se aplican las normas esenciales que rigen este tipo de obligaciones, ellas son los arts. 625, 626, 629, 630 y 631 de la ley sustantiva civil.----------

------En función de lo dicho, estimo que la regla que se aloja en el art. 516 CPCC, debe interpretarse e imponerse como una norma secundaria que opera recién ante la imposibilidad de aplicar las reglas generales que rigen a las obligaciones de hacer. En atención a ello y en la hipótesis que el comprador haya demandado al vendedor y obtenido la

sentencia que lo condena a escriturar, estamos ante el caso de hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia y nada obsta a que sea el juez, en caso de negativa del vendedor, quien otorgue la escritura. Así, y a mi juicio, el apercibimiento que prescribe el mencionado art. 516 debe integrar aquella condena, Esto es así, pues las obligaciones de hacer han de cumplirse ante todo ajustándose al hecho estipulado, incluso por un tercero y por ejecución forzada, excepto que fuera necesario violencia en la persona del deudor. Sólo en caso que ello fuera de imposible cumplimiento, se convertirá en obligación de dar indemnización por perjuicios e intereses, conforme surge del juego armónico de los arts. 625, 626, 628, 629, 630. 631, 1187 y 505 del Código Civil, correspondiendo entonces hacer lugar al agravio tal y como lo vengo diciendo, y así lo voto (cfr. CNACom. Sala C; sent. del 21.10.1988 en autos "*Lamorte, Antonio E. c/ Marino, Enrique A.*").----------4. Asumiendo ahora el tratamiento de su segundo agravio, relativa al perjuicio que le produce la imposición de las costas por su orden, adelante que esta queja deberá tener igual suerte que la anterior, pues el art. 1277 del Cód. Civil obliga al cónyuge promitente de la venta o permuta de un bien ganancial a obtener la ratificación de su cónyuge, y ante la negativa de éste, a satisfacer pérdidas e intereses. La circunstancia de haber suscripto el instrumento que en copia se agrega a fs. 10 no constando el asentimiento conyugal, debe entenderse en el sentido de que asumió el compromiso de obtenerlo para la oportunidad de formalizarse la escritura traslativa de dominio, estando obligado a otorgar la pertinente escritura traslativa del dominio con el oportuno consentimiento conyugal o, en su defecto, a resarcir al adquirente los perjuicios derivados de la frustración del negocio.----------
------Lo expuesto puede colegirse del consentimiento presunto habido en autos.----------
------Tal lo que digo, ello no enerva la condición de vencida de la demandada que suscribiese el instrumento de fs. 10 en la presente contienda judicial, circunstancia que torna inevitable la aplicación del principio objetivo de la derrota que edicta el art. 69 de la ley ritual,

correspondiendo en su consecuencia, hacer lugar al agravio e imponer la totalidad de las costas a la demandada vencida. Así lo voto.----------

------5. Tal y como propondré al Pleno se resuelvan las cuestiones traídas al conocimiento de esta jurisdicción, estimo que las costas de esta instancia deben imponerse a la demandada vencida (art. 69 CPCC), no advirtiendo motivos para apartarme de aquella regla. Así lo voto también.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------Habiendo el Dr. Früchtenicht reseñado con suficiente detalle los hechos, antecedentes pretensiones y agravios de las partes, corresponde proceda a analizar estos últimos:----------

------Apercibimiento art. 516 Ley XIII nº 5 DJP:----------

------La demandada, Sra. C. A. de C., en vida de su marido, se obligó a escriturar a favor del actor un inmueble de su propiedad pero de naturaleza ganancial. El cónyuge, nunca prestó, expresamente, el asentimiento al que hace referencia el art. 1277 Cod. Civ., mas tampoco lo negó y tiempo después falleció. Es por lo expuesto que, iniciado juicio de escrituración contra la Sra. A. de C., el a quo, si bien hace lugar a la demanda, exige que la demandada logre el consentimiento de todos los herederos, aclarando que en caso de no obtenerse, la obligación será de cumplimiento imposible, procediéndose directamente a su disolución.----------

------Contra tal decisión se alza el actor, solicita que se modifique la sentencia incluyendo el apercibimiento de proceder a la escrituración subrogada (art. 516 Ley XIII nº 5).----------

------Voy a comenzar diciendo que el asentimiento conyugal exigido por el art. 1277, no coloca a ambos cónyuges en un pie de igualdad respecto al negocio que se otorga. Al cónyuge titular corresponde la iniciativa y la disposición; al no titular sólo se le pide una expresión de conformidad con el negocio del consorte. Coincido con la tesis sustentada por López de Zavalía, Vidal, Taquini. Cafferata y Cichero, en el sentido de que la falta de asentimiento conyugal no produce la

nulidad del negocio, sino solamente la inoponibilidad del mismo al cónyuge que no lo prestó.----------

------La finalidad evidente de la ley, al exigir el asentimiento conyugal, es evitar que cualquiera de los cónyuges quede indefenso, e incluso ignorante, frente a actos de disposición del otro, mas no ha consagrado el legislador un ritualismo insalvable, al punto de que el mismo artículo autoriza al Juez a suplir tal consentimiento cuando no hubieran motivos justificados para ello. Surge la duda respecto a quien puede pedir al Juez que supla el asentimiento del cónyuge reticente y calificada doctrina sostiene que el adquirente por boleto de compraventa, se encuentra plenamente habilitado para ello. En tal sentido se expiden autores como Guastavino, Beluscio, Fassi, Bossert, Zannoni, Vidal Taquini, Ferrer, Trujillo, Fleitas Ortiz de Rozas, Roveda, Méndez Costa etc. y es que ninguna razón hay para cercenarle tal facultad a quien ni siquiera tiene el deber jurídico de indagar sobre la naturaleza propia o ganancial del bien.----------

------Queda claro que el Juez de la causa se encuentra habilitado para autorizar el negocio jurídico, supliendo el asentimiento conyugal, cuando no hubiera motivos suficientes para negarlo, pues es el mismo Código Civil quien lo apodera a tal fin cuando dice *“Si alguno de los cónyuges negara sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes”*.---------

------Es evidente que el cónyuge no titular registral del bien no pudo haber sido citado a audiencia de partes por haber fallecido, mas esto no es óbice para que el Juez de la causa igualmente otorgue el asentimiento. En distintas ocasiones se han receptado jurisprudencialmente soluciones similares. Así se entendió que la autorización judicial procede ante la ausencia del cónyuge de domicilio actual desconocido o que no se ha hecho presente durante veinte años *(CNCiv. Sala B, 9-3-90, LL 1991-D-381; C.Apel de Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com. 8-4-2002 LL Litoral 2003-66, fallo 2560; RDPC, nº 2003-i, p. 453 conf. Cit de Méndez Costa, María Josefa “Codigo Civil Comentado. Arts. 1217 a 1322”. Rubinzal Culzoni. Santa*

Fe 2004, pág. 216). En conclusión, entiendo que la imposibilidad de obtener el asentimiento conyugal autoriza al Juez a concederla.----------
------Considero necesario llamar la atención sobre una circunstancia ya tenida en cuenta por el a quo y que es determinante para el criterio sustentado por esta Alzada: el cónyuge nunca negó expresamente el asentimiento pues entregó la posesión del inmueble que era vivienda familiar y se trasladó a vivir en la vivienda permutada en la ciudad de Rawson. Todo ello hace suponer que el asentimiento estuvo dado aunque no expresamente. Queda así cumplida la voluntad presunta de la ley pues el cónyuge ha tenido suficiente resguardo de su derecho. Dice Mendez Costa *"La finalidad del art. 1277 es proteger la expectativa del cónyuge no titular de participar en los bienes gananciales del consorte a la extinción del régimen patrimonial matrimonial. Procura evitar que bienes de significación económica sean deliberadamente sustraídos a ese destino común sin control alguno. Opera en previsión del abuso y del fraude evitando que la independencia de gestión de los esposos se convierta en instrumento para perjudicar a uno de ellos, privándolo de la mitad de bienes que oportunamente le correspondían. También protege al cónyuge no titular contra la ligereza e imprevisión del titular" (Méndez Costa, María Josefa "Codigo Civil Comentado. Arts. 1217 a 1322". Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2004, pág. 212)* .----------
------En cuanto a la etapa procesal oportuna para dar la autorización judicial, se admite que ella se preste mediante incidente en el proceso de escrituración o bien durante la ejecución de sentencia de escrituración. *(CNCiv. Sala G, 11-11-82, ED 103-264).*----------
------No encuentro óbice entonces a que la sentencia condenatoria de la obligación de escriturar contenga el apercibimiento previsto por el art. 516 del rito provincial para el caso que el condenado no cumpliere dentro del plazo fijado y previo a la autorización judicial supletoria del asentimiento.----------
-------Las costas:----------

------Se queja la recurrente de que las costas se hubieran impuesto por su orden en atención a que la demandada *"justificó la imposibilidad de escriturar y realizó gestiones para que la misma se pueda obtener"*.---
------Voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el argumento esgrimido por el a quo no puede obrar como justificativo para apartarse del principio objetivo de la derrota. La demandada debió obtener el sentimiento conyugal expreso, pues tal era su deber jurídico integrado a la obligación de escriturar y no lo hizo colocando a la actora en la necesidad de recurrir a los estrados judiciales para obtener la plena satisfacción de su derecho. Se ha dicho que la imposición de *costas "Constituye la aplicación de un equilibrio axiológico, de sustancia procesal, en cuya virtud se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en un daño para quien se ve constreñido a promover acción o a defenderse en juicio para pedir justicia" (CNCom. A, 25/3/82 ED 106-321, conf. Cit de Giangrasso, Antonio José "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado". Depalma, Buenos Aires 1989, pág. 85).* Entiendo que las costas de la anterior instancia, deben imponerse a la demandada vencida y así lo voto.----------
------**A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo**:-
------Por lo expuesto en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia n° 44/2011, del 02/05/2011 y que obra a fs. 175/179, en cuanto: **a)** no hace lugar al apercibimiento que prescribe el art. 516 del CPCC, lo que prospera disponiendo que, a la condena habida, se agregue dicho apercibimiento; y **b)** a la imposición de costas, las que serán a cargo de la demandada vencida por lo actuado en la primera instancia (art. 69 CPCC); **II.- IMPONER** las costas de esta instancia la demandada vencida (art. 69 CPCC); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. O. D. P. en el 6,3 % del monto del proceso que se determine (arts. 5, 8, 13 y 18 de la Ley XIII N° 4 DJP del Arancel).------
---

------**A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo**:----------

------Conforme lo expuesto al analizar la anterior cuestión, corresponde **1) REVOCAR PARCIALEMTENTE** la sentencia anterior en cuanto: a) no hace lugar al apercibimiento que prescribe el art. 516 del CPCC, lo que prospera disponiendo que, a la condena habida, se agregue dicho apercibimiento y luego, de que se otorgue la autorización judicial sustitutiva del asentimiento conyugal. y b) a la imposición de costas, las que serán a cargo de la demandada vencida por lo actuado en la primera instancia (art. 69 CPCC); **II-IMPONER** las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 69 CPCC) y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. O. D. P. en el 6,3% del monto del proceso que se determine (art. 5, 8, 13 y 18 Ley XIII nº 4 DJP).----------

--- ----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------**Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***--

------**1) REVOCAR PARCIALEMTENTE** la sentencia nº 44/2011, del 02/05/2011 y que obra a fs. 175/179, en cuanto: **a)** no hace lugar al apercibimiento que prescribe el art. 516 del CPCC, lo que prospera disponiendo que, a la condena habida, se agregue dicho apercibimiento y luego, de que se otorgue la autorización judicial sustitutiva del asentimiento conyugal y **b)** a la imposición de costas, las que serán a cargo de la demandada vencida por lo actuado en la primera instancia (art. 69 CPCC).----------

------**2) IMPONER** las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 69 CPCC).----------

------**3) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. O. D. P. en el 6,3% del monto del proceso que se determine (art. 5, 8, 13 y 18 Ley XIII nº 4 DJP), por la labor desarrollada en esta Alzada.----------

------**4) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del DJP) y encontrarse excusado de actuar el Dr. Claudio Alejandro Petris.---------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT GÜNTHER ENRIQUE FLASS

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS DEL AÑO 2011. CONSTE.