

## XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

### “CAPACIDAD RESTRINGIDA, ANÁLISIS DE LA INTERPRETACION JUDICIAL E INCIDENCIA NOTARIAL”

Tema 1. Persona Humana. Capacidad Jurídica. Principios Generales.  
Capacidad de Ejercicio y de Derecho. Restricciones a la Capacidad Jurídica.  
Sistemas de Apoyo al Ejercicio de la Capacidad Jurídica. Sentencia. Efectos.  
Registración. Menor de Edad y Adolescente. Tutela y Curatela.

Coordinador Nacional: Néstor Lamber

Autores: Escribana Claudia L. Busacca, Clara Patricia Czerniuck de Picciotto,  
María Ivana Pacheco y Liliana Palladino

Teléfonos y Correos Electrónicos: 4813-1677 –  
[escribaniabusacca@fibertel.com.ar](mailto:escribaniabusacca@fibertel.com.ar)

4780-2424 -  
[info@czerniukdepicciotto.com.ar](mailto:info@czerniukdepicciotto.com.ar)

4371-5273 - [escpacheco@itcom.com.ar](mailto:escpacheco@itcom.com.ar)

43829526 -  
[escribaniapalladino@fibertel.com.ar](mailto:escribaniapalladino@fibertel.com.ar)

## PONENCIA

Como notarios debemos calificar la capacidad de ejercicio, partiendo del principio de la presunción de capacidad, consagrado por la ley. No hay norma legal que determine que el notario deba Solicitar Partida de Nacimiento actualizada a fin de verificar que no consta inscripta sentencia judicial alguna que restrinja capacidad.- Lo contrario significa invertir el principio de capacidad, y pone a toda la sociedad en situación de incapacidad “hasta que pruebe lo contrario, con su partida actualizada”.- Tampoco hay obligación de solicitar informes de inhabilitaciones, salvo para actos dispositivos que lo requieran por su relación con bienes registrables de esa demarcación.-

Se ha colocado a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, no sólo los derechos sino también los deberes y conductas regidas por los principios de igualdad, solidaridad, buena fe, diligencia que impregnan todo el articulado de la nueva codificación.- Estos deberes se extienden también a sus apoyos, representantes, curadores y Ministerio Público.- El dolo se encuentra expresamente previsto para los casos de ocultamiento de incapacidad o capacidad restringida.- Una interpretación armoniosa de las normas debe admitir al intervalo lúcido como un estado mental altamente probable en el resto de los negocios jurídicos además del testamento, puesto que circunscribir esa posibilidad sólo al acto testamentario no resulta razonable.-

Es imperativo, para la vigencia plena de los artículos 44 y 45 del CCyCN la organización de un Registro único y nacional que publicite el estado civil y capacidad de las personas en forma veraz, fidedigna, completa, segura, inmediata, con acceso *on line*, que brinde una publicidad eficaz es decir que efectivamente ponga en conocimiento a los terceros.

El artículo 46 del CCyCN debería incorporar, para mayor protección de la seguridad del tráfico jurídico y de las personas con capacidades diferentes, la imposibilidad de atacar el acto, con base en la capacidad restringida o incapacidad, ya fallecido el otorgante, por parte de quienes en vida del sujeto no iniciaron las acciones tendientes a la protección de dicha persona y sus bienes.

## **SUMARIO**

1.- Introducción

2.- Evolución legislativa y jurisprudencial: De la Incapacidad de Vélez Sarsfield a la Capacidad Restringida del Código Civil y Comercial de la Nación

3.- Discernimiento y Capacidad Restringida en el ámbito notarial

4.- Apoyos, Curadores, Representantes

5.- Importancia de la inscripción de la sentencia

6.- Conclusiones

7.- Cuadro Comparativo

**1.- Introducción.**

El Código Civil y Comercial de la Nación, parte del principio que toda persona humana goza de plena capacidad de ejercicio hasta que se demuestre lo contrario, en consonancia con la legislación internacional. El mismo recepta la noción de “capacidad restringida” y de “inhabilitación”, y determina la actuación de apoyos. El notario puede verse así frente a un requirente en estas condiciones debiendo analizar, además de la existencia de discernimiento, si el acto a otorgar está dentro de los actos permitidos en los términos de la sentencia, si hay designación de apoyo y, de haberlo, si éste lo es a modo de asistencia o como representación, sin olvidar verificar también, el discernimiento del asistente y/o representante. La nueva legislación da una mayor capacidad de actuación a la persona, tendiendo a su mayor valoración dentro de la sociedad, dando la mayor autonomía posible para autovalerse. Estamos muy alejados del viejo sistema en el cual se eliminaba la voluntad de incapaz y se reemplazaba por la actuación del curador; el nuevo CCyCN establece sólo para casos muy puntuales y con carácter excepcional, la declaración de incapacidad y designación de un curador. Nos preguntamos entonces... ¿Cuál es nuestro rol frente a estos capaces restringidos? ¿Cómo nos aseguramos de estar autorizando un acto válido y eficaz para ambas partes, sin resignar seguridad jurídica?

## **2.- Evolución legislativa y jurisprudencial: De la Incapacidad de Vélez Sarsfield a la Capacidad Restringida del Código Civil y Comercial de la Nación**

Es asombrosa la evolución que ha sufrido el instituto de la Capacidad y por consiguiente el de la Incapacidad habiendo quedado esta última limitada sólo a casos extremos de imposibilidad por parte del sujeto de comunicación con el entorno, imposibilidad de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y siempre que el sistema de apoyos resulte ineficaz. Sólo en dicho contexto el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador, (art.32 última parte del CCyCN) siendo que el resto de los casos quedan comprendidos en la Capacidad Restringida.

En el nuevo paradigma receptado, la capacidad se presume, es decir se reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Su principal

fuente es el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por nuestro país en el año 2008 por la ley 26.378.

El modelo de Vélez Sarsfield al momento de redactar el Código Civil, fue denominado “biológico” debido a que la declaración de incapacidad se deducía de la enfermedad.- La clasificación tradicional en materia de capacidad se caracterizaba como “binaria”: se era capaz o incapaz, no existía graduación alguna.- El Código de Vélez nos hablaba de “dementes”, de “insanos”. En el artículo 141 del CC se recogía el concepto reinante en la época, reflejo de una postura estrictamente médica de la demencia. Así el primer texto del artículo hacía referencia a las personas de uno u otro sexo que por manía, demencia o imbecilidad debían ser declarados “dementes”. La consecuencia de una declaración de incapacidad era la imposibilidad de actuar por sí misma de la persona declarada judicialmente incapaz, sustituyéndola para todos sus actos por la figura del curador. Actualmente hasta dicha calificación ha sido desplazada como una muestra más del reconocimiento de la dignidad de toda persona humana y en ese sentido la justicia ha dicho que *“La utilización de los términos “demencia”, “demente” “incapaz” y otros utilizados por el a quo en la sentencia de grado no sólo resultan violatorios de la CDPD, donde se consagra un nuevo paradigma de capacidad e igualdad de trato, sino que también la elección de los términos empleados en este tipo de procesos resulta una cuestión importante ya que si bien es cierto que el lenguaje es arbitrario en cuanto a sus reglas y sus estructuras, no se reduce a una mera función instrumental, pues en él se expresa un sistema de valores que subyace en las palabras, el lenguaje no es neutro, por el contrario, tiene una faz simbólica que puede legitimar ciertas realidades o condenarlas a la no existencia.”*<sup>1</sup>

En 1968 entró en vigencia la Ley 17.711, que incorporó un concepto jurídico de demencia. Este modelo se llamó “biológico - jurídico” ya que a la enfermedad se le sumó su incidencia en la vida en relación. A partir de allí, la enfermedad

---

<sup>1</sup> Autos: C.D. J s/Insania y Curatela” del 22/12/2015. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires.-

es causal de la declaración de incapacidad en la medida que el afectado no tenga aptitudes para dirigir su persona y administrar sus bienes, esto significa que se pone el acento en las consecuencias de la enfermedad y no en la enfermedad misma como a mediados del siglo XIX. La figura del curador no se alteró sino que se mantuvo como reemplazo de la voluntad del incapaz en todos los actos, conforme al artículo 54 inciso 3º del CC.- Estos conceptos se veían plasmados en fallos que se fundamentaban de esta manera:

*“La regla, es la capacidad de la persona y que ninguna será habida por demente, sin que previamente la demencia sea verificada y declarada por el juez competente (art. 141, Cód. Civil -ADLA, XXVIII-B, 1799-). La prueba producida debe llevar al ánimo del juez la certeza moral de encontrarse ante un incapaz por enfermedad mental, para que la declaración de interdicción pueda ser dictada. En caso de duda debe estarse por la capacidad.”<sup>2</sup>*

Un gran avance significó la incorporación del artículo 152 bis que consagró la “Inhabilitación” lo que implicó el reconocimiento por parte del sistema jurídico de ciertas facultades para quienes se encontraban comprendidos en la norma. De tal forma, se admitió que poseían capacidad para ejercer actos de administración y se les imponía la asistencia de un curador para los actos de disposición. Se trataba de las personas con enfermedades mentales pero que no alcanzaban a estar inmersas en el artículo 141 del Código Civil. Los jueces se manifestaban de esta manera:

*“Si de acuerdo con la ley el juez puede decidir sobre la libertad o la reclusión del enfermo mental, sobre la capacidad o la incapacidad o sobre éstas o la inhabilitación, parece razonable reconocerle la facultad de mantener a cargo del incapaz el ejercicio personal de alguno de sus derechos, los cuales siempre serán de menor importancia frente a su externación o a la inhabilitación, pero de gran trascendencia en el camino de recuperación social en que todo*

---

<sup>2</sup> Autos: “A. de A., A” del 10/9/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F.-

*enfermo debe quedar incluido o incorporado desde que se le inicia el proceso de insania. (Del dictamen del Asesor de Menores de Cámara)*<sup>3</sup>

*“Si el juez puede privar a una persona de dirigirse a sí misma y de administrar sus bienes en forma total, también puede hacerlo parcialmente..... La evolución de las ciencias y del derecho mismo permite afirmar que sin evadirse del art. 141 del Cód. Civil (ADLA, XXVIII-B, 1799), el juez puede restringir la capacidad de un hombre en cualquier punto intermedio entre el todo y la nada. Y esta decisión, como ninguna de las referidas a la disposición legal citada, no puede estar basada exclusivamente en razones médicas. Estas tendrán en la conciencia del sentenciante el peso que el Código Civil y el sentido común les otorga. Pero a la hora de escoger, no es posible menospreciar la historia de vida del incapacitado, ni los relieves de su medio social inmediato. (Del fallo de 1ª Instancia confirmado).”*<sup>4</sup>

*“Teniendo en cuenta que el art. 141 del Cód. Civil permite al juez seguir un criterio ecuaníme para emitir su fallo, declarando demente -desde el punto de vista jurídico- sólo a aquel insano que sea a la vez incapaz de administrar o administrarse, es decir, atender a sus bienes y a su persona, si la causante a pesar de ser caracterizada como demente bajo la forma de esquizofrenia residual, en realidad, su mente se encuentra debilitada por razones de afectividad, pero sin que exista una pérdida total de la razón que imposibilite el ejercicio de su capacidad, puede no encuadrarse el caso en la previsión del art. 152 bis, inc. 2º del Cód. Civil”*<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Autos: “Del V., J. L “12/8/1985 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “C”

<sup>4</sup> Autos: “Del V.J.L.” del 12/8/1985. Cámara Nacional en lo Civil Sala “C”

<sup>5</sup> Autos: “F.,S” 1/12/1992. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “C”

Otro histórico avance lo configuró la incorporación a nuestro derecho como norma supranacional de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad así como la sanción de la Ley 26.657 de Salud Mental, que incorporó al CC el artículo 152 ter, referido a que las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deben fundarse en un exámen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. Asimismo, estableció un plazo de tres años y que deben especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.- Es así que llegamos al día de hoy con un modelo “Biológico - Jurídico e Interdisciplinario”. Este elemento interdisciplinario permite superar la categoría jurídica de la capacidad en función del diagnóstico. Ya no basta con un diagnóstico médico. Resaltamos aquí, que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad estableció, como quedó expresado “una evaluación multidisciplinaria” de las necesidades y capacidades de las personas pero nuestra ley 26.657 de Salud Mental fue más allá y estableció un régimen de dictámen interdisciplinario lo cual acarrea grandes beneficios a los involucrados puesto que implica una evaluación de los distintos aspectos del ser humano: el biológico, el socio ambiental y el relacional. La conclusión de este dictámen es finalmente mucho más rica en virtud del intercambio de saberes de las diferentes disciplinas intervinientes con lo cual, el estándar adoptado por nuestra Ley es superior al que marca la citada Convención.

En su obra “Ley 26.657. Fundamentos para la transformación” el doctor Hugo A. Cohen, Asesor Subregional de Salud Mental para América Latina, expresa que “a la hora de intervenir en salud mental estamos ante la necesidad de contar con una diversidad de conocimientos, o, al menos, saber que para entender el padecimiento del otro individuo, cuanto más saberes se reúnan,

más cerca y en mejores condiciones estaremos de poder ayudarlo. En otras palabras: esto explica el sentido de la interdisciplina y del trabajo en equipo...”<sup>6</sup>

Es de remarcar que el artículo 8º de la ley de Salud Mental sugiere la integración de estos equipos con psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, enfermeros, terapeutas ocupacionales y profesionales de otras disciplinas o campos pertinentes.

A partir de estas modificaciones, se exige considerar la capacidad teniendo en cuenta la especificidad del ser humano, se impone brindar una mirada interdisciplinaria y una visión de la persona situada y contextuada, no aislada de su entorno sino todo lo contrario. La actual normativa le da carácter de condición *sine qua non* a la evaluación interdisciplinaria para dictar sentencia al estipular en el artículo 37 última parte del CCCN que “...Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario” y asimismo el artículo 41 del CCCN refiere a que, en particular, la internación sin consentimiento...” debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37...”

Cabe remarcar, aquí que la posibilidad de restringir la capacidad jurídica de ejercicio por razones de salud se inicia a los trece años de edad, de conformidad con el artículo 32 del CCyCN.

Así lo interpretaba y aplicaba la jurisprudencia, desde antes de la reforma:

*“A los efectos del artículo 633 del Código Procesal y 152 ter del Código Civil (modificado por ley 26.657) en el plazo de tres años como máximo deberá ordenarse la realización de una nueva evaluación interdisciplinaria a fin de*

---

<sup>6</sup> Ley 26.657: Fundamentos para la transformación. Hugo A.Cohen. Derecho y Salud Mental. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Pág.42. Rubinzal –Culzoni Editores

*conocer el estado de salud mental en el sentido amplio del vocablo de la causante y su incidencia jurídica”<sup>7</sup>*

*“Si bien la ley 26.657 no establece el modo en el que debe conformarse el grupo de facultativos, a tal fin debe estarse a lo dispuesto por el art.8 de dicha normativa...Sin perder de vista que son los psiquiatras y psicólogos los profesionales capacitados para establecer el diagnóstico y pronóstico del estado de salud del causante, no debe descartarse la opinión de facultativos de otras disciplinas que puedan completar la información a tener en cuenta por el juzgador”.*<sup>8</sup>

*“Debe disponerse la realización de una nueva evaluación interdisciplinaria del estado de quien fue declarado incapaz en los términos del art. 141 del Código Civil, pues un informe actualizado ilustrará sobre la verdadera posibilidad de optar por la medida que sea menos restrictiva de la libertad y capacidad de aquél, y que otorgue el mayor respeto a su dignidad y autonomía; ello en concordancia con el principio pro homine, que impone dar preeminencia a la hermenéutica que más derechos acuerde a la persona humana”.*<sup>9</sup>

Nos preguntamos si el dictámen interdisciplinario es vinculante. La norma indica la necesidad que el magistrado se pronuncie habiendo necesariamente valorado ese medio probatorio, que es el que aparece como el más idóneo para el objeto de la investigación y la resolución judicial definitiva. Ahora bien, la sentencia la dictan los jueces, no el equipo interdisciplinario por lo que “la

---

<sup>7</sup> C.N.Civil Sala E. autos: T., L.M. s Insania” del 8/2/2012.

<sup>8</sup> C.N.Civil Sala A. autos: F.O.L. s/ Insania” del 2-3-2012.

<sup>9</sup> Autos: “C.,A.M. s/art.152 ter Código Civil” del 25/3/2014. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.Sala “J”

garantía del sujeto susceptible de capacidad restringida es la necesidad de la pericia y no el contenido de sus conclusiones”.<sup>10</sup>

Ahora bien, desde el punto de vista notarial y conforme lo dicho, corresponderá al notario controlar los extremos y alcances de la sentencia (artículo 37 y 38 del CCCN ) así como su adecuación a las nuevas normas en virtud que debemos tener bien en claro que por imperio del artículo 7, las normas del nuevo Código, a partir de su entrada en vigencia, se aplican “... a las consecuencias jurídicas de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” por lo que el impacto en el ámbito de la capacidad es inmediato. Así lo ha dicho la jurisprudencia en un reciente fallo:

*“Son de aplicación inmediata las leyes que tienen por finalidad delimitar las aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de un derecho, establecer la condición jurídica o el régimen que corresponda a determinadas situaciones jurídicas. Así acontece con las normas que, como el presente caso, verán sobre el estado y capacidad de las personas.”<sup>11</sup>*

En rigor de verdad: cuando un requirente de estas características llegue a nuestro despacho, superada la etapa de determinación de discernimiento, la calificación del escribano deberá abarcar necesariamente estos aspectos así como el confronte con el expediente respectivo, según así lo indica la mejor técnica notarial.-

De lo expuesto, va de suyo concluir que la Capacidad Restringida no es Inhabilidad ni Incapacidad tal como las conocíamos. La Capacidad Restringida es una categoría jurídica mucho más amplia que, en el caso concreto que llegue a nosotros, quedará asentada en una sentencia que la declare, la que deberá pronunciarse y reunir los extremos de los artículos 37 y 38 del CCCN.

---

<sup>10</sup> Autos: “C.,A.M. s/art.152 ter del Código Civil” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil- Sala “J” del 25/3/2014

<sup>11</sup> Autos: C.D. J s/Insania y Curatela” del 22/12/2015. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires

La sentencia deberá determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible, resolviendo con términos precisos y sin dar lugar a ambigüedades. No obstante, hemos corroborado que en algunos pronunciamientos se invierte la fórmula legal y se expresan los actos que la persona puede realizar o bien se expresa de manera confusa. Así la justicia ha dicho en reciente fallo de primera instancia, aportado por una colega sobre el cual, por imperio del secreto profesional y el deber de confidencialidad, no damos a conocer mayores datos aunque sí nos tomamos la licencia de compartirlo exclusivamente a los fines académicos:

*“Buenos Aires, .. de abril de 2016...RESUELVO: 1) Reconocer la capacidad jurídica amplia de ....- Sin perjuicio de ello, se dispone un sistema de apoyos conforme el cual, .....deberán representarla para realizar actos jurídicos de administración, disposición y garantía de bienes inmuebles, muebles registrables, la aceptación de herencias y donaciones, y/o gravar bienes de los que pueda ser titular, para cobrar y administrar beneficios previsionales e intervenir en juicios y asistirle, para prestar consentimiento informado para el suministro de medicación y/o la realización de tratamientos integrales de su salud, psicológicos, psiquiátricos y/o médicos que se le propongan , debiendo, en su caso, solicitar autorización judicial. Encomiéndase a los nombrados que para la toma de decisiones indaguen en la opinión de ... tratando de respetar su voluntad, siempre que la opción elegida por ella no importe riesgo para su vida, integridad psicofísica o derechos patrimoniales. 2) Sin perjuicio de ello cabe aclarar que conserva todos los derechos no alcanzados por este declaración judicial, debiendo someterse su ejercicio a las leyes y reglamentos que los regulen. 3) A los fines de la salvaguarda de los derechos de la sra...se establece que la presente sentencia debe ser revisada en un plazo no superior a los tres años, la cual puede adelantarse a pedido del interesado (art 40 CCyCN)...”*

De la lectura de este fallo surgen numerosas dudas, por ejemplo ¿Cual es el alcance de la asistencia cuando el juez establece que “los asistentes deberán representarla” en determinados actos? Se crea una nueva categoría intermedia

entre la asistencia, que completa la voluntad que declara el interesado, con la representación, que reemplaza su declaración de voluntad? En qué casos se debe traer al interesado y en cuales solo al representante?

Otros tribunales han sido más claros en cuanto a la restricción, pero siguiendo esta línea no muy clara acerca de si el apoyo confiere asistencia o directamente la representación, así han establecido:

*“...Por ello, teniendo en consideración las pruebas obrantes aportadas a esta causa, y con fundamento en la aplicación armónica de los arts. 31, 32, 37, 38, 43, 102, 138, 139 del CCCN y el art.12 y cc de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378/08), considero que se debe **restringir el ejercicio de la capacidad jurídica** de la Sra. QGM únicamente para los siguientes actos: **a) actos de administración y disposición del patrimonio; b) actos relacionados con el ejercicio del derecho a la salud; c) realización de gestiones administrativas; y d) para intervenir por sí misma en los procesos judiciales y/o administrativos en los que sea parte.- De conformidad con lo dispuesto por los arts. 32, 38, 43 y 101 inc. C del Código Civil y Comercial, corresponde **designar al Sr. QF en carácter de apoyo** de la SRa. QGM y **otorgar al mismo facultad de representación para los siguientes actos: a) actos disposición del patrimonio con cargo de rendición de cuentas semestral (art.649 del CPCC); b) intervención en los procesos judiciales y/o administrativos en los que sea parte la Sra. GMQ. Asimismo y sin perjuicio de las facultades de representación del SR. QF el mismo **tendrá como función la promoción de la autonomía de GMQ**, favoreciendo así a las decisiones que respondan a sus preferencias, haciendo pleno uso de su capacidad jurídica. En relación a los **actos relacionados con el ejercicio del derecho a la salud, actos de administración y la realización de gestiones administrativas, establézcase sistema de apoyo** (en los términos del art.12 de la CIDPD) integrado por su progenitor, Sr. FQ para que la Sra. Q a través de la comprensión y la confianza, pueda tomar toda decisión válida que haga a su derecho y al ejercicio pleno de su personalidad jurídica. ... **cuando el apoyo resultara insuficiente, se deberá acudir a la salvaguardia** que impone la intervención del ámbito*****

jurisdiccional. Salvaguarda: **La presente sentencia será revisada en un plazo de tres años** ... debiendo solicitarse nueva fecha de pericia interdisciplinaria dentro del plazo de sesenta días hábiles contados a partir de que quede firme y consentida la presente sentencia, anteriores al vencimiento del plazo de tres años, **por el Sr. QF, sin perjuicio del deber del Ministerio Público de instar dicha revisión**<sup>12</sup>

“...Así las cosas, ante evaluaciones diagnósticas señaladas y el marco normativo reseñado en el acápite precedente, cabe hacer lugar al recurso interpuesto por la curadora pública respecto del fallo de primera instancia y revocar la sentencia. En su lugar, **se determinará que la capacidad jurídica de T.E.L. se encuentra restringida** en tanto no puede vivir sola sin asistencia permanente, no puede obrar ni celebrar por sí actos jurídicos, debiendo contar con apoyo para la obtención de los recursos referidos a su salud y tratamiento. Dicho apoyo será brindado por la curadora pública oficial; sin que ello importe la sustitución de voluntad de T., debiendo colaborar con ella en la toma de decisiones referidas a sus derechos personalísimos, procurando siempre proporcionar los tratamientos, modalidades y estímulos que incrementen paulatinamente su autonomía y procure la conservación y ampliación de las actividades que realiza por sí misma. **En lo que respecta específicamente al cobro y administración del beneficio previsional que percibe, el apoyo será brindado por la Lic....bajo la supervisión de la curadora pública oficial y en lo referido a la administración y disposición de los bienes que ha heredado de sus padres, dicho apoyo ha de importar la intervención necesaria de la curadora pública oficial, la que quedará constituida en su representante.** A tal efecto, se ordena la inscripción de la presente en los términos del art.43 del Cód. Civil y Comercial”.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Autos: QGM s/Insania Curatela.- Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y , Sala I. Lomas de Zamora, Pcia. De Buenos Aires

<sup>13</sup> Autos: L.T.E. s/determinación de la capacidad del 18/11(2015. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B.

Con la transcripción de la parte pertinente de los fallos citados pretendemos ejemplificar cómo se aplica el nuevo paradigma y la mayor o menor amplitud que pueden llegar a tener estas sentencias en base a la particularidad del caso, es decir que, por ejemplo, encontraremos algunas en los que el pronunciamiento judicial no es tan claro y contundente, otros mejor organizados en su parte resolutive, algunos donde sólo hay designación de apoyos o bien apoyos y representantes pudiendo este rol ser desempeñado por una misma y única persona o bien por personas distintas. En lo que hace a los actos, las tradicionales distinciones entre actos de administración y disposición retoman también protagonismo estableciendo parámetros a calificar en el caso concreto; las cuestiones de salud son especialmente previstas, el plazo de revisión con la intervención de equipo interdisciplinario es obligatorio pesando este deber de revisión tanto en el apoyo, representante como en el Ministerio Público. Aquellas que no se encuadren en el nuevo paradigma son susceptibles de pronunciamientos de alzada en los siguientes términos:

*“...Efectuando una comprensión del derecho que integra la totalidad de las dimensiones de la vida humana, corresponde concluir que –conforme surge de los informes obrantes en autos y el acta de audiencia celebrada ante el Tribunal de Alzada- no resulta ajustada a derecho la sentencia de primera instancia recurrida en cuanto ha establecido un régimen tutelar de incapacidad, en violación a lo dispuesto en los arts. 3y 5 de la Ley 26.657 y 3,12 ap.1º y 2º y ccds. De la Convención de los Derechos de la Personas con Discapacidad...”<sup>14</sup>*

La lectura de los fallos judiciales reseñados, demuestran la clara evolución jurisprudencial, que comenzara a perfilarse a partir del año 2008, y su reflejo en un conjunto de normas que si bien ya eran parte del derecho positivo, hoy están en el nuevo CCyCN y conforman el nuevo paradigma de la capacidad

---

<sup>14</sup> Autos: C.D. J s/Insania y Curatela” del 22/12/2015. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires

basado en el llamado "modelo social de discapacidad" y los principios "pro homine" y "de la dignidad del riesgo".

Encontramos que este criterio era aplicado por los más altos tribunales, por ejemplo La Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha sostenido:

*"La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y la Ley 26.657 de Salud Mental, tienen como eje no sólo el reconocimiento del ejercicio de la capacidad sino también la implementación de mecanismos de apoyos, salvaguardas y ajustes razonables, tendientes a que quienes estén afectados por estos padecimientos puedan ejercer esa capacidad jurídica en iguales condiciones que los demás"*<sup>15</sup>.

Y también La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en consonancia con dichos criterios, ha considerado necesario que *"la realidad personal se encuentre reflejada en la situación jurídica declarada y protegida en la medida que lo necesite"*<sup>16</sup> y que *"el respeto del modelo social implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. La aplicación del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para Personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la dignidad del riesgo, es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse"*<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Autos: B.J.M. s/ Insania" del 12/6/2012. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>16</sup> Autos: E.,E.R. s/Insania y Curatela del 8/7/2014. Corte Suprema de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires

<sup>17</sup> Autos: Z., A.M. s/Insania" del 7/5/2014 . Corte Suprema de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires

*“De tal modo se ha puesto al derecho civil argentino en la senda del modelo adaptado por la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad” (Ley 25.280) y la “Convención De los Derechos de las Personas con Discapacidad” (Ley 26.378 con jerarquía, constitucional por ley 27.044, artículo 31 de la Constitución Nacional. Este abanico se completa con la “Declaración de Caracas para la Reestructuración de la atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud” del 14/11/1990 y los “Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención de la Salud Mental en las Américas” del 9/1/1990”<sup>18</sup>*

Estos principios inspiradores de normas supranacionales que ya han sido incorporadas al derecho común mediante lo que se denominó “constitucionalización del derecho privado”, configuran las bases y fundamentos de una verdadera revolución en el Instituto de la Capacidad.

Se advierte claramente, en el basamento de los fallos los argumentos propios que hacen a cada caso particular así como otros que constituyen denominadores comunes y van perfilando, a casi un año de la vigencia del nuevo Código, una doctrina judicial unificada en cuanto a la interpretación del “Instituto de la Capacidad”.

### **3.- Discernimiento y Capacidad Restringida en el ámbito notarial**

El impacto del nuevo paradigma en el ámbito notarial es evidente. Una gran cantidad de personas antes incapaces, a raíz de la adecuación de sus sentencias, han ganado mayor autonomía y devienen hoy sujetos con

---

<sup>18</sup> Autos: C.D. J s/Insania y Curatela” del 22/12/2015. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires

capacidad restringida, aptos para realizar los actos que no les fueron restringidos en la sentencia. Asimismo, no debemos olvidar a aquellos que careciendo de sentencia de capacidad restringida, bien podrían encontrarse alcanzados por las mismas, en fin, todos ellos podrán recurrir a los servicios notariales; no sólo el estudio responsable sino también el ojo, la percepción y la intuición notarial que nuestra tarea cotidiana exige se ven hoy desafiados a agudizarse.

¿En qué instancia de las operaciones de ejercicio notarial es mayor el desafío?

La función que ejercemos está ligada en forma indisoluble con la seguridad jurídica que nuestra intervención confiere a los actos.- El desafío es, teniendo como base de nuestra actividad en consonancia con la legislación, y con el principio rector de la capacidad como regla, determinar mediante la audiencia notarial la existencia de **discernimiento** necesario para el otorgamiento del acto, y que impere la **buena fe negocial**, que protegerá a ambas partes.- Como siempre rige nuestro obrar la imparcialidad y diligencia, recibiendo en forma directa la manifestación de voluntad del sujeto negocial, interpretando la sentencia en su caso, y la necesidad de asistencia, de conformidad con lo que el juez disponga; la sentencia será instrumento fundamental a la hora de analizar la validez del acto. Entendemos que el desafío está dado por lo novedoso que incorpora el cambio de paradigma y el lógico acomodamiento a ello que impone a la sociedad toda y en especial a los agentes del derecho entre los cuales nos contamos. Iremos haciendo camino al andar con paso seguro y poniéndonos a la altura de las circunstancias como siempre lo ha hecho el notariado a lo largo de su historia.

Siguen vigentes los conceptos ya conocidos por todos, “Uno de los funcionarios principales de la administración de justicia preventiva es el notario, posicionado particularmente en el ámbito de la documentación pública. El documento público notarial constituye la corporización de una asistencia jurídica, adaptada al objetivo de materializar la justicia, incontestabilidad y pacificación en las relaciones entre las personas, en una real expresión de la administración de justicia preventiva”. El cumplimiento adecuado de la función

notarial de justicia preventiva permite convertir en realidad el viejo adagio de Alfonso el Sabio “Notaría abierta, juzgado cerrado”<sup>19</sup>

Sabemos que la capacidad se presume y que conforme el artículo 32 del CCCN la declaración de incapacidad es excepcional y sólo procede “cuando la persona tiene absoluta imposibilidad de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado”.

A fin de receptar la voluntad del requirente y encuadrarla jurídicamente, el notario encuentra, en ocasión de la audiencia previa, el marco para determinar el discernimiento del requirente, sin perjuicio de otras instancias que le brindarán el trato continuado con el requirente. La audiencia previa no es intrascendente, la audiencia previa no es un mero trámite que el escribano pueda delegar en otros. Es la concreción en los hechos del principio de inmediatez que regla, entre otros, el artículo 301 del CCCN al establecer que “el escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes”. En igual sentido los artículos 20 y 29 inciso c) de la Ley 404 Orgánica Notarial de la Ciudad de Buenos Aires lo consagran cuando rezan que es competencia material del escribano “recibir e interpretar las declaraciones de voluntad” y asimismo, “ajustar su actuación a presupuestos de escuchar, indagar, asesorar... así como la legitimación y aptitud de las personas intervinientes...”, respectivamente.

Encontramos que el principio de inmediatez retoma preponderancia y protagonismo, y no sólo en el ámbito notarial que es el que nos interesa sino también en el judicial y ello se ve reflejado en el artículo 35 del CCCN que estipula: “El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna...” Es

---

<sup>19</sup> “El escribano como tercero neutral”, Elena Inés Highton de Nolasco, Derecho Notarial Registral e Inmobiliario, Director Jorge Horacio Alterini, Tomo I, Editorial La Ley, 2012, pág 343 y sig.

decir que es obligación del juez escuchar personalmente al interesado antes de dictar sentencia o cualquier limitación provisional de la capacidad. Asimismo, nos habla de la inmediatez el artículo 36 del CCCN al señalar que "... la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte..." Al respecto un reciente y ejemplificador fallo ha sentado que *"..la intermediación exigida por el art.35 del CCyCN se funda en la situación de vulnerabilidad de la persona sujeta al proceso, en función de su padecimiento, relacionada directamente con el objetivo de garantizar el derecho de acceso a la justicia. Por lo tanto, corresponde concluir que el juez de grado, al no haber mantenido una entrevista personal con la causante antes del dictado de la sentencia no ha tenido en cuenta la noción de accesibilidad, acceso a la justicia e igualdad de ejercicio de los derechos de la persona que establecen los arts.9, 12 y 13 de la CDPD."*<sup>20</sup>

La importancia del "principio de inmediatez" consagrado se basa en que "A partir de la sanción de la Ley 26.657 el ordenamiento jurídico rediseñó el abordaje de la problemática de la salud mental, inspirándose en criterios que propenden a una mayor humanización de los procesos que le atañen, lo que determina reforzar la exigencia del contacto personal del juez con el afectado a la hora de valorar tanto el tratamiento terapéutico como las garantías de la persona frente al sistema judicial".<sup>21</sup>

Vemos así como el principio de inmediatez se presenta tanto en la órbita judicial como en la notarial y en cada ámbito con fines específicos y a la vez con características comunes.

---

<sup>20</sup> Autos: C.D. J s/Insania y Curatela" del 22/12/2015. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires

<sup>21</sup> Autos:" Z,M s/art-152 ter C.Civil" 26/3/13. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil , Sala B.-

Ahora bien, aseveramos que la audiencia con el requirente es la oportunidad para determinar el discernimiento pero ... a qué nos referimos cuando hablamos de discernimiento? Discernimiento es Capacidad?

El vocablo discernimiento proviene del latín "*Discernere*" que significa "distinguir o separar". De este modo, el mismo está formado por el verbo "Discernir", es decir elegir, separar, distinguir y el sufijo "Mentum" que significa "Medio o Instrumento".

Podemos definir al discernimiento como una condición natural del sujeto de poder razonar. Es el juicio de valor por medio del cual diferenciamos o distinguimos lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto.

En sentido legal, en un trabajo anterior señalamos que el discernimiento es la cualidad o facultad del sujeto de comprender las consecuencias jurídicas del acto que otorga y la aptitud de abstraer y distinguir lo lícito de lo ilícito.

En la 39° Jornada Notarial Bonaerense se concluyó que "El discernimiento como integrativo del consentimiento negocial válido, es la aptitud intelectual de la persona humana para comprender y valorar un acto determinado y decidir en consecuencia. La capacidad jurídica en cambio, es la aptitud legal para ser titular de derechos y ejercitarlos. El notario debe, como lo ha hecho durante la vigencia del Código de Vélez, llegar a la convicción de la aptitud intelectual del otorgante y evaluar su capacidad jurídica para el acto, conforme lo establece el ordenamiento jurídico." En el mismo sentido se ha dicho que discernimiento es "la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias".

Se trata de un concepto que no hace a los presupuestos de validez del acto como la capacidad legal de obrar y la legitimación sino que se trata de un presupuesto de la capacidad. El discernimiento es previo a la capacidad y se refiere a un componente subjetivo en tanto es atinente a la voluntad de comportarse y a la comprensión y conciencia del contenido del acto que se pretende otorgar. Junto con la intención y la libertad componen los elementos de la voluntad (art. 260, 261 y 262 del CCCN).

Entendemos que - a partir de la determinación del discernimiento por parte del notario que logra finalmente la convicción acerca de que el requirente

discierne, comprende, valora- la manifestación respecto de la capacidad de ejercicio y partiendo de la premisa consagrada acerca de que la capacidad se presume, para el caso de tratarse de un sujeto comprendido por las normas de capacidad restringida, queda bajo la exclusiva órbita de responsabilidad del sujeto requirente dar a conocer su “condición”, y hasta podríamos asegurar que, constituye una carga para el mismo. Sugerimos en ese sentido que la sentencia instruya al sujeto de manera tal que -haciendo saber la restricción de su capacidad a quienes interactúen con él (co-contratantes, martilleros, escribanos, funcionarios, médicos, agentes de la salud, del orden, etc) otorgue un acto válido. Efectuamos esta reflexión en virtud del tenor de los artículos 44 y 45 del CCCN que parecen echar por tierra toda la potencialidad y reconocimiento dado por las normas supranacionales, la Ley de Salud Mental y el propio CCCN a las personas con capacidad restringidas.

Fundamentamos nuestra postura en los principios de buena fe, diligencia, igualdad, no discriminación, autonomía, solidaridad que son ejes y directrices que caracterizan y atraviesan todo el Código y por lo tanto deben primar en las relaciones jurídicas y el tráfico negocial. A su vez, esos principios deben jugar armonizadamente con el reconocimiento de la capacidad para ejercer por sí sus derecho por parte de quienes sufren de algún padecimiento psíquico, es decir que a ellos también los alcanzan y por lo tanto no sería para nada armonioso el ocultamiento de la información acerca de la capacidad restringida por parte del sujeto involucrado. Un tal comportamiento encierra mala fe en el accionar y una flagrante infracción al artículo 9º del CCCN que impone que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Es presupuesto que, aquel, a quien un juez de la Nación le ha reconocido una capacidad restringida, en dicha medida y en el ejercicio de la misma, goza de aptitud suficiente para relacionarse con su entorno bajo los mismos principios y directrices de buena fe, diligencia, igualdad, no discriminación, autonomía y solidaridad a que se hizo referencia.

Si ya no nos referimos más a la “incapacidad de las personas” sino que ponemos el énfasis en las facultades para ejercer por sí sus derechos y otras para las cuales necesitarán apoyo a fin de ejecutarlos. Si, al decir del Dr.Roveda: “estamos hablando de reemplazar un sistema de sustitución de la

voluntad del “incapaz” por uno de recuperación por parte de estas personas del poder de decisión sobre sus personas y sus bienes” ¿Por qué no instruirlo acerca de la importancia de dar a conocer su situación abonando así a la actividad notarial forjadora de la seguridad jurídica?

Nos enrolamos en esta línea de pensamiento, dar a conocer “su condición”, “su capacidad restringida” es un deber, es una carga para el sujeto, y su ocultamiento lo hace incurrir en lo previsto por los artículos 271, 272 y 388 del Código Civil que rezan así:

*“Artículo 271. Acción y Omisión dolosa. Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de los verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia o ocultamiento.”*

*“Artículo 272: Dolo esencial. El dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa daño importante y no ha habido dolo por ambas partes”.*

*“Artículo 388: Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa solo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo”.*

La actuación notarial impone la evaluación acerca del discernimiento, la admisión del sujeto para la realización del acto y en caso de tratarse de un sujeto con capacidad restringida la calificación, análisis y autorización del acto con los alcances de la sentencia en todos sus aspectos lo que implica el confornte del expediente. (Tomar vista pero hacerlo con función calificadora) Deberá tenerse presente que no puede el notario generar a raíz de la calificación, una restricción mayor de la determinada por el juez a la vez que debe garantizar la seguridad jurídica del acto, de manera tal que sea plenamente válido y eficaz.

#### 4.- Apoyos, Curadores, Representantes

De acuerdo a lo analizado, podríamos catalogar al apoyo como una figura flexible que puede o no ser representante. Es fundamentalmente un sistema de “asistencia” que complementa a la voluntad del interesado, para el ejercicio de la capacidad restringida; puede ser desempeñado por una o varias personas físicas o jurídicas. El CCyCN la prevé en el artículo 43. El Juez puede incluir en el sistema de apoyos a quienes proponga el interesado como personas de su confianza.

La jurisprudencia se ha pronunciado diciendo que “...*Estos apoyos pueden ser apoyos efectivos o un asistente personal o un equipo de salud; pueden serlo los propios pares o un apoyo para una situación determinada, es decir el apoyo acompaña la persona para que ésta pueda ejercer sus derechos.*”<sup>22</sup>

La doctrina entiende que la figura del apoyo brinda idea cabal de una designación temporaria, prevista o pensada para actos aislados y no para durar indefinidamente y en forma permanente. Se diferencia del sistema de la representación porque en este último la voluntad se sustituye o bien se emite una voluntad en ausencia de otra. En el régimen de asistencia, se acompaña:

*“La designación de persona/s de apoyo es un sistema que exige una construcción individual, particular, acorde a la condición personal/contextual del protagonista, una construcción artesanal en que deben ensamblar adecuadamente el régimen de restricciones establecido y las funciones encomendadas a las figuras de apoyo, siempre bajo la perspectiva del acompañamiento, el favorecimiento de la comunicación, la autonomía y no la sustitución de voluntad.”*<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Autos: C.D. J s/Insania y Curatela” del 22/12/2015. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires

<sup>23</sup> Autos: C.D. J s/Insania y Curatela” del 22/12/2015. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires

Es premisa de la CDPD que la voluntad del sujeto no se sustituye. Cuando de hecho la persona, en un caso extremo, no puede emitir voluntad y debe actuar quien la asiste o representa, aún en ese caso, debe interpretarse que no hay sustitución de voluntad, porque el régimen de la CDPD misma lo impide. Debe entenderse que la actuación del apoyo o representante no implica que la persona involucrada deje de tener en el orden jurídico la capacidad de expresarse y el derecho consiguiente de que su opinión sea tenida en cuenta (art. 101, inc. c).

Es función del apoyo facilitar la toma de decisiones de la persona, tanto en lo relativo a su propia persona como a la administración de sus bienes y a la celebración de actos jurídicos, conforme el art.43.

En el derecho comparado italiano y español, la figura de los apoyos es muy rica y valiosa con un amplio campo de aplicación.

En lo que hace al Curador, este instituto queda limitado a casos excepcionales y es consecuencia de la declaración de incapacidad, conforme artículo 32 del CCyCN.

## **5.- Importancia de la inscripción de la sentencia**

Debe resaltarse aquí la importancia que el CCCN otorga a la inscripción de la sentencia, y los efectos que dicha inscripción produce.-

El artículo 39 del CCCN establece la necesidad de registración de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas: *“La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento...”*.- Esta disposición no es novedosa, ya que hay una similar en la Ley Nacional N° 26.413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que establece en su artículo 1° que *“...todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las Provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...”*.- Ello en consonancia con los artículos 78, 88, 89 y 93 inciso a) del mismo cuerpo legal que imponen el deber

de la inscripción de las resoluciones judiciales que afecten la capacidad de las personas, determinando sus efectos, responsabilidades e imponiendo sanciones tanto para las personas como para los funcionarios públicos que - alcanzados por la norma- la incumplan.-También los Códigos de forma locales contienen obligaciones similares.- Así, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en sus artículos 633 y 637, dispone que la sentencia que resuelve tanto la Inhabilidad como la Incapacidad, se inscribirán en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.- En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se legisla con el mismo criterio para estos casos en el artículo 627 del Código Procesal.-

Los antecedentes normativos expuestos evidencian la importancia que el legislador otorga a la publicidad de toda disposición que de alguna forma disminuya, altere o de cualquier manera modifique la capacidad de las personas.- Ahora bien, si del análisis de los fallos y del espíritu de esta legislación, claramente surge que protegen al interesado, ¿A quién se busca proteger mediante la publicidad? No hay duda alguna, que la publicidad busca anotar al resto de la sociedad de esta situación, para la protección de los terceros.- Así el mismo artículo 39 dispone: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro”*

Aquí comienzan a evidenciarse los problemas: es fundamental a la hora de determinar la validez de los actos que contraríen la sentencia, la registración; pero hasta que se unifiquen los registros de estado civil, la publicidad, no es más que una aspiración; transcurrido ya un año de vigencia del CCyCN, no contamos aún con un sistema integrado de Registro Civil, que permita la inscripción de sentencias de capacidad restringida o incapacidad en forma unificada, para posibilitar su acceso y la publicidad querida por la norma.-

En consecuencia, en el actual sistema, la sentencia solo puede ser conocida por los terceros interesados, cuando el propio interesado o su asistente la den a conocer a los terceros con quienes contratan; esta es, entonces, la única forma de integrar al capaz restringido a la vida comercial, sin por ello empañar la seguridad jurídica.-

Tan loables son los fines de integrar al capaz restringido en la vida comercial, como grave la sanción impuesta a los actos que realicen contrariando la sentencia ya inscrita.- El artículo 44 del CCyCN determina con mucha severidad la nulidad de los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían la sentencia y fueren realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.- Esta sanción, a tono con la intención de la norma de proteger al incapaz, y a su patrimonio, claramente deja en desventaja a los terceros que de buena fe han contratado con el incapaz o capaz restringido sin tener conocimiento de la sentencia que le impide realizar dichos actos.-

En este sentido *“La privación de la capacidad de una persona, como así también la certeza de que los terceros en general deben tener con relación a la existencia o no de capacidad de hecho de las personas con quien jurídicamente se relacionan, es materia vinculada al orden público, interesado en que, en tales aspectos, toda duda quede despejada, ya que ello hace a la seguridad de las transacciones”*<sup>24</sup>

Recordemos que tampoco es obligatorio para los jueces informar de la existencia de la sentencia a los registros de la propiedad, a fin de su inscripción en el Área de Anotaciones Personales del Registro de la Propiedad Inmueble ya que como vimos precedentemente los Códigos de forma hacen referencia a a inscripción en el Registro Civil.-

Ante la ausencia de información centralizada, y ya en relación a los casos de actos de disposición de bienes registrables, tienen plena eficacia los artículos 22, 23 y 30 inciso a) de la Ley 17.801 del Registro de la Propiedad Inmueble, pues dicha publicidad constituye el único medio idóneo para acreditar la libre disposición, presupuesto obligatorio para realizar un acto dispositivo válido y eficaz; no es necesario contar con informes de anotaciones personales para

---

<sup>24</sup> Cifuentes, S; Rivas Molina, A; Tiscornia B, “Juicio de Insania y otros procesos sobre la capacidad” Ed Hammurabi, Buenos Aires, citados por Magdalena B Giavarino en “El art 7 del Código Civil y Comercial y la determinación de la capacidad jurídica” Revista DFyP Ed. La Ley)

cualquier otro otorgamiento, dado su carácter eminentemente local ligado a la disposición de bienes registrables de ese mismo ámbito territorial.-

Reiteramos así las conclusiones vertidas en nuestro trabajo presentado a la Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (agosto 2015), en el sentido que se propicie un Registro único y nacional que publicite el estado civil y capacidad de las personas en forma veraz, fidedigna, completa, segura, inmediata, con acceso on line, habilitado para los profesionales autorizados.-

En lo que respecta a nuestra actuación, reiteramos que rige plenamente la presunción de capacidad, como regla; no hay obligación legal que imponga al notario el deber de solicitar copia de Partida de Nacimiento, a fin de verificar que no consta inscripta sentencia judicial alguna que restrinja la capacidad, como tampoco hay obligación de solicitar informes de inhibiciones para otros actos que los relacionados con disposición de bienes de esa misma demarcación; al respecto adherimos a las conclusiones acerca de “Inhibiciones” de la Academia Nacional del Notariado:

*“La medida afecta exclusivamente al patrimonio de las personas inhibidas y no incide en su capacidad... por ser de carácter procesal, la medida solo afecta los bienes registrables y no los demás, por cuanto su traba en nada modifica la capacidad de la persona inhibida ni tampoco le impide celebrar actos jurídicos sobre bienes no registrables... por otra parte la inhibición nunca podría impedir la libre disposición de los demás bienes, sometiendo al inhibido a una suerte de muerte civil, expresamente excluida de nuestra legislación...”*-<sup>25</sup>

Rige plenamente el principio legal de presunción de capacidad; lo contrario significaría invertir la carga de la prueba y obligar a cada persona a demostrar su propia capacidad, contrariando el fin de integración de las personas y la igualdad como fundamentos últimos de toda la legislación; ello sin mencionar la buena fe comercial, que impone que quien pretende contratar lo haga dando a conocer su real situación, a fin de permitir a su co-contratante y profesionales

---

<sup>25</sup> Revista del Notariado Anuario 2015, pag. 13.-

involucrados en dicho negocio, tomar los recaudos que correspondan para generar un acto válido y eficaz.-

No obstante, teniendo en cuenta la gravísima sanción impuesta, los antecedentes normativos citados que sientan claramente la vocación registral de tales sentencias y la falta de operatividad y eficacia de los organismos que tienen a su cargo la publicidad, se presenta como útil la inscripción de la sentencia de restricción a la capacidad en el Área de Anotaciones Personales del Registro de la Propiedad Inmueble de la demarcación del juzgado.- Ello permitirá contar con dicha información al pedir el certificado de inhibiciones para un acto dispositivo que así lo requiera.- Todo esto hasta tanto se organice un Registro único y nacional que publicite el estado civil y capacidad de las personas en forma veraz, fidedigna, completa, segura, inmediata, con acceso *on line*, habilitado para los profesionales autorizados.-

## **6.- Conclusiones**

La determinación de “discernimiento” siempre ha sido una operación de ejercicio ineludible para el notario. Debemos calificar la capacidad de ejercicio, partiendo del principio de la presunción de capacidad, consagrado por la ley.

Advertimos que, en derecho vigente, no hay una norma general sobre la actuación durante “intervalo lúcido”; sólo lo encontramos como excepción a la nulidad del testamento y de disposiciones testamentarias en el artículo 2467 inciso d). Una interpretación armoniosa de las normas debe tender a que el intervalo lúcido también se admita como un estado mental altamente probable en el resto de los negocios jurídicos puesto que circunscribir esa posibilidad sólo al acto testamentario no resulta razonable.

Entendemos que si se ha colocado a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás esto abarca no sólo los derechos sino también los deberes y conductas regidas por los principios de igualdad, solidaridad, buena fe, diligencia que impregnan todo el articulado de la nueva

codificación y nos atrevemos a aseverar que no los involucra tan sólo a ellos sino también a sus apoyos, representantes, curadores y Ministerio Público. El dolo se encuentra expresamente previsto para los casos de ocultamiento de incapacidad o capacidad restringida.

Reiteramos que no hay obligación legal de solicitar Partida de Nacimiento actualizada a fin de verificar que no consta inscripta sentencia judicial alguna que restrinja capacidad, ni de solicitar informes de inhabilitaciones, salvo para actos dispositivos que lo requieran por su relación con bienes registrables de esa demarcación.

La posibilidad de atacar o no un acto por ausencia de capacidad, en los términos de los artículos 44 y 45 del CCyCN, fijando como línea divisoria la inscripción de la sentencia de declaración de incapacidad o de capacidad restringida, en registros locales no unificados, deviene ilusoria la protección que mediante la publicidad se pretende dar.

Para otorgar una mayor seguridad jurídica con base en la buena fe, proponemos que una futura reforma contemple en el artículo 46 del CCyCN la imposibilidad de atacar el acto, ya fallecido el otorgante, con base en la capacidad restringida o incapacidad, por parte de quienes en vida del sujeto no iniciaron las acciones tendientes a la protección de dicha persona y sus bienes. Reiteramos también que es imperativo la organización de un Registro único y nacional que publicite el estado civil y capacidad de las personas en forma veraz, fidedigna, completa, segura, inmediata, con acceso *on line*, que brinde una publicidad eficaz es decir que efectivamente ponga en conocimiento a los terceros. Corresponde a la órbita de competencia del flamante Ministerio de Modernización la implementación de todo el andamiaje tecnológico con la participación también del Ministerio de Comunicaciones que deberá otorgar y garantizar la conectividad.

Por último concluimos que las últimas sentencias de capacidad restringida dictadas demuestran el esmero de nuestros jueces en la aplicación del nuevo paradigma de la capacidad buscando de tal forma configurarse en claros antecedentes y modelo de las próximas sentencias a dictarse.

Concluimos con la certeza de que nuestra profesión enfrenta un nuevo desafío, de incorporar estos nuevos conceptos, para mantenernos como actores, en un tráfico jurídico cada vez más dinámico y acelerado, donde la mayor inclusión

se impone, a la vez que la tecnología acorta los tiempos de confección de los instrumentos. Así en el día a día cargamos con esta necesidad de responder a nuestros requirentes con la celeridad que impone el tiempo actual, para revestir al acto de la certeza y seguridad que nuestra intervención le da.-

## 7.- Cuadro Comparativo

CAPACIDAD	EN EL CODIGO CIVIL	EN CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION
<b>FUENTES</b>	Esbozo de Freitas.-  Ley de Salud Mental (incorpora art. 152 . Ter al CC)	Los fundamentos del CCC se refieren a que las modificaciones en el tema son para ADECUAR el derecho positivo a Conv. Int sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad RATIFICADA POR ARGENTINA en 2008 Ley 26378.- Convención de los Derechos del Niño.- APROBADA POR ARGENTINA en 1990 Ley 23849. Y Ley de Salud Mental 26.667.- (2010).-
<b>JURISPRUDENCIA</b>	Con la Ley 17711 , los fallos comienzan a referirse a la inhabilitación aunque siguen utilizando términos del criterio biológico (demente, enfermedad mental)	Es fuente : RECEPTA y APLICA las disposiciones de los Tratados Internacionales desde que son LEY POSITIVA para nuestro país. Receipta los principios del "modelo social de la discapacidad" y los principios "pro homine" y de la "dignidad del riesgo".-
<b>CRITERIOS PARA DEFINIR INCAPACIDAD.-</b>  <b>CONCEPTO</b>	CC hasta la reforma por Ley 17711: CRITERIO BIOLOGICO: si existe o no una dolencia mental típica  1968 : CRITERIO BIOLOGICO-JURIDICO: A partir de Ley 17711 , a la enfermedad se le agrega la incidencia en la vida en relación .-  Art. 141 y sig: incapaces por demencia los que por enfermedades mentales , no pueden dirigir su persona y administrar sus bienes .-	Art. 22 y 23:Distingue y define CAPACIDAD DE DERECHO Y CAPACIDAD DE EJERCICIO.- CRITERIO BIOLOGICO-JURIDICO e INTERDISCIPLINARIO.- Art.31: capacidad ejercicio se PRESUME, aun internado.- Las limitaciones a la Capacidad, son EXCEPCIONALES y SIEMPRE en beneficio de la persona.- Intervención estatal INTERDISCIPLINARIA .- Derecho a recibir INFORMACION (Juez debe escuchar al interesado , proceso con asistencia letrada ).- Se define al INCAPAZ en el art. 31: por excepción , INCAPAZ es aquel imposibilitado absolutamente de interaccionar con entorno y expresar su voluntad de cualquier modo o formato y el apoyo resulta ineficaz .- Quien padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental que en relación a su edad y medio social implica desventajas para su integración familiar, educacional o laboral.- Art. 244B: MEJORA A FAVOR HEREDERO CON DISCAPACIDAD: Define a los efectos de la ampliación de la porción disponible quienes son personas con DISCAPACIDAD
<b>CARACTERISTICAS DE LA REGULACION</b>	sistema RIGIDO: se es capaz o incapaz.  Con la Ley 17711, se agrega la figura del INHABILITADO, (art. 152)si se dan los supuestos.-	sistema elástico, gradualista, garantista y protectorio de los derechos de la persona, que tiendan a promover su autonomía.-
<b>PERSONAS CON CAPAC. RESTRINGIDA</b>	No legisla sobre ese concepto .-	Art. 32: Menciona las características de la categoría: 1)padecer adicción o alteración mental permanente o prolongada 2) que sea suficientemente grave 3)que de su ejercicio pueda producirse daño a la persona o a sus bienes .-
<b>APOYO</b>	No legisla sobre ese concepto.-	Art. 43.-DEFINICION: medida judicial o extrajudicial tendiente a FACILITAR a la persona toma de decisiones para dirigir la persona, administrar bienes y celebrar actos jurídicos en general .- Su finalidad es PROMOVER la AUTONOMIA y FACILITAR comunicación, comprensión y manifestación de voluntad para el ejercicio de sus derechos.- Lo designa el Juez .- Lo puede proponer el interesado entre personas de su confianza Resolución judicial debe establecer la condición y calidad de las medidas de apoyo y si es necesario, inscribirla en Registro Estado Civil y Cap. Personas. El Juez debe especificar las FUNCIONES que tendrán con los AJUSTES RAZONABLES en función de las necesidades y circunstancias de la persona. Puede ejercer funciones de representación y/o de asistencia: Art. 101.- Es el REPRESENTANTE de las personas con capacidad

		restringida cuando según la SENTENCIA , tengan la REPRESENTACION para determinados actos.- Art. 102.- Asiste a personas con capacidad restringida e inhabilitados , de acuerdo a los términos de la sentencia y leyes especiales.-
<b>CURADOR</b>	Es el REPRESENTANTE del incapaz.- Es el REPRESENTANTE y ASISTENTE del inhabilitado según los términos de la sentencia	Art. 101.- Es el REPRESENTANTE de las personas incapaces en los términos del art. 32.-
<b>EDAD MINIMA</b>	Art. 145.- Si demente fuere menor 14 años NO podrá pedirse la declaración de demencia .-	Art. 32.- A partir de los 13 años.-
<b>DENOMINACION</b>	Demente o interdictos por causas psíquicas	Persona con capacidad restringida y con incapacidad .-
<b>SENTENCIA y PROCEDIMIENTO</b>	Art. 144 .-Declaracion JUDICIAL de demencia solo se hace a solicitud de parte.  Normas procesales referentes al juicio de insania en el CPCC.-	Art.37 y 38.- REQUISITOS (art. 37) 1) diagnóstico y pronóstico 2) época manifestación (ligado al art. 45) 3) que recursos personales, familiares y sociales o sea contención fiable. 4) régimen de protección, asistencia y promoción para la mayor autonomía. 5)Dictamen de equipo interdisciplinario.- Alcance SENT.(art.38): debe determinar EXTENSION Y ALCANCE DE LA RESTRICCION Y ESPECIFICAR ACTOS Y FUNCIONES QUE SE LIMITAN e INDICAR LAS CONDICIONES DE VALIDEZ DE ACTOS ESPECIFICOS SUJETOS A RESTRICCION INDICANDO LAS PERSONAS INTERVINIENTES Y LA MODALIDAD DE SU ACTUACION.- Arts.33,34,35,36,40: procedimiento judicial para declaración de cap.restringida o incapacidad .-
<b>EQUIPO INTERDISCIPLINARIO</b>	Art. 142 y 143: se refería a examen de facultativos.-  No estaba previsto hasta la incorporación del art. 152 ter incorporado por la Ley de Salud Mental.-	Art. 31 prevé que la intervención estatal tiene SIEMPRE carácter interdisciplinario .- Art.37.-Se exige el dictamen para que el Juez se expida.- Art.40.- Revisión sentencia casos del art. 32 sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios.-
<b>INSCRIPCION DE SENTENCIA</b>	No estaba previsto	Art. 39.- La sentencia debe inscribirse en el Reg de Estado Civil y Capac de las Personas
<b>REVISION DE LA SENTENCIA</b>	No estaba previsto.-	Art.40.- En cualquier momento a instancia del interesado.- En casos artículo 32 debe ser revisada por el Juez en un plazo NO SUPERIOR a 3 años, sobre nuevos dictámenes y con audiencia personal con el interesado.-
<b>ACTOS REALIZADOS</b>	Art. 472.-son nulos los actos realizados posteriormente al dictado sentencia.-  Art. 473.-actos anteriores a sentencia, pueden ser atacados si la demencia es ostensible .-Si no era notoria, era inoponible al co contratante de buena fe y a título oneroso.-  Art. 474.- Después del fallecimiento de la persona no podrán ser impugnados sus actos entre vivos por incapacidad , salvo si se demuestra la mala fe de quien contrato con el fallecido.-	Art. 44.-ACTOS POSTERIORES A INSCRIPCION SENTENCIA: son nulos si contrarían la sentencia .-  Art.45.- ACTOS ANTERIORES A INSCRIPCION SENTENCIA: pueden declararse nulos si perjudican al incapaz o con cap.restringida y se da alguno de es requisitos:a) la enf. Mental era ostensible a la época de celebración del acto, o b) co-contratante es de mala fe o c) el acto es gratuito.- Art. 46.-Fallecida una persona sus actos anteriores no se pueden impugnar salvo que la enf. Mental resulte del acto mismo, si la muerte se produjo después de promovida la acción de declaración incap. O cap. restringida , que el acto sea gratuito o que se pruebe que el contratante actuó de mala fe.

## BIBLIOGRAFIA

- “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”. Tomo I. José W.Tobías, Director del Tomo. Ignacio E.Alterini, Coordinador. Jorge Horacio Alterini, Director General. Editorial Thomson Reuters La Ley.
- “Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado.” Eduardo Gabriel Clusellas, Coordinador. FEN, Editora Notarial y Editorial Astrea.2015
- “Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado” Alberto J. Bueres, dirección. Editorial Hammurabi.
- “Ley 26.657.: Fundamentos para la transformación”. Hugo A.Cohen. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho y Salud Mental. Rubinzal Culzoni Editores. 2013
- “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Proyecto de Código Civil y Comercial.” Eduardo Guillermo Roveda. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho y Salud Mental. Rubinzal Culzoni Editores. 2013
- “39º Jornada Notarial Bonaerense. Conclusiones. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. 2015
- “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”
- “Ley 26.657 de Salud Mental”
- “El escribano como tercero neutral” Elena Highton de Nolasco. Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Director Jorge Horacio Alterini. Tomo I. Editorial La Ley. 2012.
- XXXI Jornada Notarial Argentina. Córdoba 2014. “El juicio del notario referido al discernimiento de sus otorgantes. La asistencia Médica. Escribano Mario A.Zinny (Santa Fé) .

- 41º Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. 2015. “Capacidades. Sus Limitaciones.” “La Capacidad restringida y la incapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación.” Escribano Alfonso Gutiérrez Zaldívar.
- 41º Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. 2015. “Capacidades. Sus Limitaciones” “Los eslabones perdidos de la Capacidad” Escribana Maritel M. Brandi Taiana.
- Anuario de la Revista del Notariado – Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.
- Revista DFyP Editorial La Ley Marzo 2016, Año VIII N°2.