

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

“LOS ESLABONES PERDIDOS DE LA CAPACIDAD”

Tema I:

“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: Néstor Lamber

Autora: Maritel M. Brandi Taiana
maritelbrandi@escribaniabrandi.com.ar
Teléfonos: 43744223 / 1544088903

1. Consideraciones preliminares

Antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando éste era un proyecto, nos tomamos la libertad de hacer algunos comentarios acerca del alcance, en la práctica, de los artículos 39, 44, 45 y 46, así como del régimen en general de los actos a título gratuito.¹ Hoy todo se encuentra regulado en la Ley 26994, con aciertos e innovaciones y, a nuestro entender, algunos desaciertos o falencias que la doctrina y la jurisprudencia irán seguramente suavizando en beneficio de toda la comunidad, teniendo en cuenta los fundamentos del Código, la finalidad de la reforma, la coherencia normativa y la protección general de las personas.

Una nueva lectura del tema y de sus antecedentes nos permite profundizar en los alcances de la normativa y acercar algunas conclusiones que tal vez puedan ser de utilidad.

Señalan los fundamentos del anteproyecto que este es un Código de la igualdad, *“el anteproyecto busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”*.

El problema con los principios y valores objetivamente buenos y justos, es que afectan a sujetos -no a objetos-, con sus distintas circunstancias y características en quienes no aplican, de manera uniforme, conceptos como “vulnerables”, “desprotección”, “parte débil del contrato”. En la realidad de todos los días, no siempre el deudor es la parte más débil de un contrato, no siempre una unión convivencial supone una desprotección de derechos individuales (muchas veces sólo se trata de una elección de vida en la que sus integrantes asumen libremente las consecuencias de un proyecto sin regulaciones), no siempre el co-contratante intenta aprovecharse de la impericia de su interlocutor, no siempre los padres desean beneficiar a unos hijos perjudicando a otros.

¹ BRANDI TAIANA, Maritel M., [“¿Protección? de las personas con discapacidad y de la legítima en el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”](#), en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 914, octubre-diciembre 2013, p. 121-139.

Con relación al régimen de la capacidad de derecho y de ejercicio, con buen criterio, el Código unificado incorpora las previsiones contenidas en las diversas leyes especiales y los tratados internacionales que tras largos años de trabajo lograron imponer una nueva visión de las personas con discapacidad rescatando el concepto de autonomía e igualdad.

No obstante, subyace a lo largo del Código la permanente y tradicional tensión entre la protección de las personas con mayor o menor grado de capacidad y la seguridad del tráfico.

Este ha sido un punto de difícil solución a lo largo de los años y los distintos ordenamientos jurídicos. El doctor Miguel De Lorenzo sostuvo en una conferencia brindada en la Universidad de Buenos Aires que se trata de un conflicto de principios generales del derecho o de valores fundamentales de un ordenamiento jurídico.²

En un artículo, la doctora Kemelmajer de Carlucci³ trata esta cuestión, citando a Gordillo Cañas: *“A nadie se le oculta que en la oposición de las soluciones propuestas late la tensión, tan general en derecho, entre la justicia, aquí representativa de las exigencias de la realidad y favorecedora del incapaz, y seguridad, esta última con la vista puesta en los terceros y en la agilidad y seguridad del tráfico jurídico [...] cualquier intento serio de solución jurídica ha de aspirar a la armonización: justa composición de las exigencias de justicia y seguridad sobre la base de una regulación de la capacidad lo más próxima y fiel posible al dato natural previo de la capacidad misma”*.

En nuestra opinión, precisamente esta necesaria armonización es la que nos debe llevar a dar una correcta interpretación a los artículos del nuevo Código que regulan los actos otorgados por personas con capacidad restringida o con incapacidad, teniendo en cuenta que el escenario tradicional ha cambiado y el cambio es tan radical que la lógica que habitualmente se utilizaba para analizar los distintos supuestos ya no es aplicable.

² DE LORENZO, Miguel F., [“Aspectos problemáticos de los actos patrimoniales celebrados por insanos”](#) [on line], en [Trabajos del Centro](#), Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad, nº 5, 2008, p. 4.

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “La demencia como base de las nulidades en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 1995, nº 8, p. 15.

Como primera medida, se debe hacer hincapié en el cambio fundamental que supone ampliar las consecuencias previstas antiguamente para el caso de una persona incapaz, al supuesto de las personas con capacidad restringida. El “incapaz” o “demente” del Código de Vélez nada tiene que ver con la persona que ve restringida su capacidad en distintos grados hoy y que da nacimiento a una variedad de supuestos tan amplia como personas alcanzadas por la sentencia, en una época, además, en la que, como consecuencia de los grandes adelantos científicos y médicos, el desarrollo y la profundidad de las enfermedades mentales en una gran cantidad de casos se aleja definitivamente de la “demencia” pública y notoria de Vélez y aun del legislador reformista de 1968.

La protección a la persona con capacidad restringida, a la que la Convención de las Personas con Discapacidad en su artículo 12 le reconoce “*capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de su vida*”, no es el incapaz de Vélez. Por tanto, la protección que se confiere a los actos otorgados por estas personas no debería tener el mismo alcance que tenían en los ordenamientos anteriores los actos otorgados por aquellos “incapaces” o “dementes”. Sus derechos no son los mismos, los tratamientos médicos y sus resultados tampoco y si como se ha celebrado, finalmente se les han reconocido los derechos de los que son titulares y su posibilidad de ejercerlos plenamente, la protección de los mismos debe encuadrarse dentro de la protección integral de la comunidad. Es decir, una sobreprotección que suponga que no son hábiles para defenderse en el marco del sistema de apoyos y con la protección judicial prevista en la ley y los tratados, lejos de incorporarlos a la sociedad en igualdad de condiciones, los estigmatiza y pone en jaque el resultado del ejercicio de esos derechos reconocidos.

Tal vez la reforma al Código -que no se animó a eliminar por completo la categoría de “incapaz”, la que dejó subsistente para casos muy puntuales, a pesar de lo que disponen los convenios y tratados internacionales en la materia- debió haber previsto para las personas incapaces un sistema distinto al previsto para las personas que sólo tienen restringida en algunos aspectos

su capacidad, de manera tal de reconocer sus derechos y su realidad de acuerdo con los nuevos paradigmas.

Por el contrario, el Código Civil y Comercial equipara permanentemente en su regulación la situación de ese incapaz de excepción que se encuentra absolutamente imposibilitado de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, con un sistema de apoyos que resulta ineficaz, con la de la persona que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, que, con los ajustes razonables, pueda desarrollar en plenitud su vida.⁴

El Código establece cambios importantes en el régimen de capacidad, que se diferencian del derogado. Algunos cambios son muy profundos, como el reconocimiento de la capacidad restringida y la incorporación de un sistema de apoyos, pero en otros aspectos pretendió incorporar opiniones doctrinarias que eran aplicables al sistema anterior y en otros buscó mantener lo hasta ahora vigente. La aplicación conjunta de todo ello conduce, en una primera interpretación literal, a algunos desajustes, incoherencias e incluso a supuestos de imposible cumplimiento. Es por ello que se debe ensayar otro tipo de interpretación que alcance un criterio razonable y eficiente, en donde los aspectos más logrados de la reforma, puedan desarrollarse convenientemente en beneficio de toda la comunidad.

2. Propósitos

En el presente trabajo buscaremos demostrar que las modificaciones que el nuevo Código ha introducido con relación a la inscripción de la sentencia que declara la incapacidad o la capacidad restringida de las personas y a la nulidad que afecta a los actos y contratos celebrados con posterioridad a la misma no determinan la necesidad de solicitar certificados que acrediten la inexistencia de dicha sentencia a los fines de preservar la buena fe y los efectos de dichos

⁴ Art. 32, vigente a partir del 1/8/2015.

actos y contratos. Asimismo, haremos un relevamiento de las modificaciones que, a nuestro entender, se han introducido con respecto a los actos anteriores a la inscripción de la sentencia, su alcance y conveniencia.

3. Antecedentes. La incapacidad, la falta de discernimiento y sus efectos sobre la nulidad de los actos y/o contratos en el régimen del Código vigente hasta el 31 de julio de 2015

Disponía el Código de Velez en su artículo 140 que *“ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente”*. En virtud de dicha norma, no hay más incapacitación que la declarada judicialmente. Asimismo, el artículo 897 del mismo Código establecía: *“Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad”*.

El Código establecía un doble orden jurídico diferente, según se trate de actos o contratos otorgados por una persona incapaz en razón de una enfermedad mental o por una persona con falta de discernimiento accidental. En este sentido, si bien reconocemos los diferentes criterios doctrinarios interpretativos del Código anterior, partimos del excelente y minucioso estudio realizado en la materia por el doctor De Lorenzo,⁵ que toma en cuenta las distintas posturas y arriba a conclusiones que, a nuestro criterio, arrojan claridad al tema y nos permiten analizar con mayor profundidad el alcance de las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial unificado.

En cuanto a la nulidad de los actos y contratos celebrados por una persona incapaz, disponía el Código de Vélez:

⁵ DE LORENZO, Miguel F., [ob. cit.](#) (cfr. nota 2).

“Artículo 472: Si la sentencia que concluya el juicio declarase incapaz al demandado, **serán de ningún valor los actos posteriores** de administración que el incapaz celebrare.

Artículo 473: **Los anteriores** a la declaración de incapacidad **podrán ser anulados si la causa de la interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época** en que los actos fueron ejecutados.

Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, **contra contratantes de buena fe y a título oneroso**. [Párrafo incorporado por art. 1 de la Ley 17711].

Artículo 474: Después que una persona haya fallecido, **no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad**, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan **consumado** después de interpuesta la demanda de incapacidad.

Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido. [Párrafo incorporado por art. 1 de la Ley 17711].

Complementaba lo anterior lo dispuesto en los artículos 1041, 1165 y 1166:

Artículo 1041: Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria.

Artículo 1165: Declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado, o el reembolso de lo que hubiere pagado, o gastado, salvo si probase que existe lo que dio, o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz.

Artículo 1166: Si el **incapaz hubiese procedido con dolo** para inducir a la otra parte a contratar, **ni él, ni sus representantes o sucesores** tendrán derecho para anular el contrato, a no ser que el incapaz fuere menor, o **el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad**.

En virtud de los artículos transcriptos, el elemento central que determinaba la nulidad de un acto o contrato otorgado por una persona incapaz era la sentencia respectiva. Luego de la sentencia que declaraba la incapacidad, serían nulos los actos celebrados por el incapaz tanto sean de administración como de disposición.⁶

El artículo 473 se refería a los actos anteriores a la sentencia de incapacidad, poniendo el acento en la notoriedad de la enfermedad mental en la época en que los actos fueron ejecutados. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, en el momento histórico en que el artículo fue redactado, y de acuerdo con los conocimientos médicos de la época, la enfermedad mental solía tener un carácter manifiesto y la contratación se realizaba en forma personal.⁷

En la actualidad, como consecuencia de los progresos médicos e informáticos, en muchas circunstancias las enfermedades mentales no son evidentes y las contrataciones se realizan sin presencia de los intervinientes.

La reforma introducida por la Ley 17711 entendió necesario aclarar, en beneficio de la seguridad del tráfico, que dicha nulidad no se podía hacer valer contra los co-contratantes de buena fe a título oneroso cuando la enfermedad mental no fuera notoria:

“Se ha dicho que lo público y notorio no se forma con paciente observación, sino por la constatación de hechos o conductas comunes que chocan con la normalización media de una sociedad en una época dada y que son conocidos de inmediato por quienes se ponen en contacto con el sujeto; son hechos gruesos...”⁸

Sostiene De Lorenzo que la primera parte del artículo 473 pretendía la tutela de los intereses del “insano” y afectaba a todos los actos y contratos, aún los

⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 25: “Aunque el artículo 472 del Código Civil argentino menciona a los actos de administración, hay consenso en que la sanción de nulidad abarca también, *a fortiori*, a los de disposición”.

⁷ DE LORENZO, Miguel F., [ob. cit.](#) (cfr. nota 2), p. 18.

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 32.

celebrados a título oneroso. La segunda parte tutelaba la seguridad del tráfico únicamente en los supuestos relativos a contratos a título oneroso en los que no existen prestaciones de tracto sucesivo o principales de hacer o no hacer. Ello así porque en estos últimos dos supuestos mantener la eficacia del acto sería un despropósito para ambas partes y lejos de suponer una ventaja para el co-contratante, lo obligaría a quedar atrapado en un contrato de difícil cumplimiento cuya nulidad, con arreglo al artículo 1165 y 1166 se vería impedido de instar.⁹

Por su parte, es importante destacar respecto del artículo 474, que procuraba la preservación de los actos y contratos otorgados por una persona una vez fallecida, con dos únicas salvedades: a) que la incapacidad resulte de los mismos actos, supuesto que Kemelmajer de Carlucci entiende como el estado demencial que se refleja “en las cláusulas del propio acto jurídico: el acto se muestra en sí mismo irracional, con graves desproporciones, cláusulas disparatadas, ridículas...”¹⁰; b) el acto se haya consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad. Destaca la misma autora: “según el artículo, no pueden ser impugnados los actos del insano fallecido que hubiesen agotado sus consecuencias antes de la demanda de interdicción”¹¹.

Estas disposiciones respecto de la incapacidad no estaban solas ni aisladas en el Código anterior. Convivían y se complementaban con las disposiciones legalmente previstas para los casos en donde se advierte la falta de discernimiento más allá de que no exista una sentencia que determine la incapacidad del sujeto.

Los artículos 921 y 1045 constituían la base que regulaba la ineficacia de los actos y contratos realizados con falta de discernimiento, entendido este, según Cifuentes, como “*la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias*”¹².

⁹ DE LORENZO, Miguel F., [ob. cit.](#) (cfr. nota 2), p. 14.

¹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., [ob. cit.](#) (cfr. nota 3), p. 53.

¹¹ Ídem, p. 55.

¹² LLORENS, Luis R., “La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad?”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 14/9/2007, p. 1.

*Artículo 921: Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también **los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón.***

*Artículo 1045: Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes **obren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.***

Respecto de la valoración del discernimiento, este, a diferencia de la incapacidad que se juzgaba en la época del otorgamiento del acto, debe existir al momento de dicho otorgamiento.

Como vemos, cada situación prevé sus propias consecuencias.

Señala Kemelmajer de Carlucci:

“Frecuentemente, la doctrina parte de esta distinción: la sentencia declarativa de la demencia supone una “restricción de la personalidad jurídica”, la creación de un nuevo estado civil para la persona en el que ésta pierde o limita su autonomía; resulta entonces que, en principio, la actuación independiente del incapacitado es inválida porque se realiza sin el complemento de capacidad necesario. En cambio, cuando la persona celebra un acto con sus facultades mentales alteradas, sin haber sido declarado demente con anterioridad, falta la voluntad negocial y, por ende, el consentimiento.”¹³

¹³ DE LORENZO, Miguel F., [ob. cit.](#) (cfr. nota 2), p. 18.

A fin de poder tomar cabal conciencia del enorme cambio que significa el sistema dispuesto en el Código Civil y Comercial, podríamos empezar preguntándonos, por ejemplo, si cabe entender en el nuevo ordenamiento que en los casos de capacidad restringida hay un nuevo estado civil. Entendemos que no.

4. Régimen establecido en el Código Civil y Comercial

El ordenamiento que entró en vigor el 1 de agosto de 2015 parte de la premisa de que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial (art. 31). Asimismo, como regla general, se establece que la restricción a la capacidad de ejercicio se dispondrá judicialmente mediante sentencia.

Regula, por una parte, los efectos de los actos y contratos celebrados con posterioridad (art. 44) a la inscripción de la sentencia de incapacidad o que restrinja la capacidad y, por otra parte, los efectos de los celebrados con anterioridad (arts. 45 y 46). Asimismo, establece disposiciones específicas para los actos y contratos otorgados con falta de discernimiento (arts. 260 y 261)

Con respecto a las consecuencias de la nulidad, en todos los casos resulta de aplicación el artículo 388 del Código Civil y Comercial cuyo contenido y alcance analizaremos más adelante. Ya no hay un doble sistema diferenciado sino que en términos generales, la ineficacia de los actos por uno u otro motivo, tienen un único tratamiento.

4.1. Inscripción de la sentencia

El artículo 39 regula la registración de la sentencia de incapacidad o restrictiva de la capacidad en los siguientes términos:

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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4514, los actos mencionados en este capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro.

Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.

En el trabajo que citamos al comienzo¹⁵ -que elaboramos cuando el Código aprobado por la Ley 26994 era tan solo un proyecto-, adelantamos que la Ley 26413, reguladora del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, ya consagra desde su redacción originaria una previsión similar (Capítulo XVII “Inscripciones de las incapacidades”):

Artículo 88: Se inscribirá en un libro especial que se llevará en la dirección general todo hecho o acto jurídico que modifique la capacidad de las personas.

Artículo 89: Sin perjuicio, de lo dispuesto por leyes de fondo de la Nación, los actos mencionados en este capítulo no producirán efectos contra terceros sino desde la fecha de inscripción en el registro.

Igual inscripción prevé el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, si bien no especifica el alcance de la comunicación de la sentencia al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas:

Artículo 633: Antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación.

La sentencia se dictará en el plazo de quince (15) días a partir de la contestación de la vista conferida al asesor de menores e incapaces o, en su caso, del acto a que se refiere el párrafo anterior.

¹⁴ Analizaremos este artículo más adelante, pero a fin de facilitar la lectura, adelantamos aquí su contenido: “Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito”.

¹⁵ Cfr. nota 1.

*Si no se verificare la incapacidad, pero de la prueba resultare inequívocamente que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio de quien sin haber sido hallado demente presenta disminución de sus facultades, el juez podrá declararlo inhabilitado en la forma y con el alcance previstos en el artículo 152 bis del Código Civil. **En este caso, o si se declarase la demencia, se comunicará la sentencia al Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas...***

No está demás señalar, con respecto a las funciones tradicionales del Registro Civil, lo que explica Kemelmajer en el artículo que hemos citado:

“... la dificultad del tema se remonta al siglo pasado y se vincula al valor y a la función de los asientos del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En la Exposición de motivos y discursos previos a la aprobación del Código de Napoleón, se explica que el Registro Civil tiene por objeto fijar y constatar el estado de los individuos, evitar la dificultad y peligro de las pruebas testimoniales, etcétera; en ningún momento se plantea la función del registro como protector de terceros.¹⁶”

La inquietud se suscita ante la redacción de los artículos 44, 45 y 46 y su funcionamiento conjunto.

4.2. Efectos de la inscripción de la sentencia respecto de los actos otorgados con posterioridad.

El Código Civil y Comercial establece:

*Artículo 44: Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. **Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.***

¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 39

Como podemos observar, a diferencia del artículo 472 del Código de Vélez, que establecía la nulidad de los actos posteriores a la sentencia con independencia de la inscripción de ésta, el artículo 44 del Código Civil y Comercial establece la ineficacia de los actos que contraríen la sentencia, pero a partir de su inscripción.

Más allá de que antes del Código unificado estaba previsto en nuestro ordenamiento la necesaria registración de la sentencia de incapacidad para su oponibilidad a terceros, pareciera ser que ahora se pretende dar una relevancia mayor a la inscripción de la que tenía con anterioridad.

Con el Código derogado el quid de la cuestión pasaba por la nulidad y esta nacía con la sentencia. La inscripción de la misma no era la que profundizaba sus efectos sino que los hacía oponibles a terceros que no hubieran podido conocer su existencia por otros medios y siempre que la “demencia” no hubiera sido ostensible, en cuyo caso, tampoco podían recurrir a la falta de inscripción como eximente de responsabilidad.

En la realidad, en el régimen de incapacidad de Vélez, los efectos de la nulidad quedaban morigerados por el propio alcance de la misma que suponía la existencia de una demencia, una enfermedad mental que, conforme los paradigmas y las circunstancias médicas y sociológicas de la época, solía tener repercusión pública. Con el tiempo, las modificaciones de la realidad fueron adaptando jurisprudencial y doctrinariamente las circunstancias y en los hechos, la incapacitación judicial se reservó para los casos más extremos, manteniéndose los casos de discapacidades menos profundas fuera del sistema como medida de protección de la persona con el fin de evitar la anulación innecesaria de su personalidad jurídica mediante la designación de curador.

El nuevo Código prevé un sistema de protección específico adaptado a los parámetros actuales. Sin embargo, mantiene las mismas sanciones que originariamente fueron pensadas para otro tipo de realidad y con la excusa de proteger a unos, introduce un factor de inseguridad jurídica que amenaza a

todos, incluso a aquéllos que busca proteger.

Como consecuencia de los avances de la medicina, es cada vez más difícil advertir, obrando con cuidado y previsión, la incapacidad o capacidad restringida de un co-contratante pero además, debe prestarse especial atención a que todo esto se regula estableciendo un mismo régimen para la incapacidad y para la capacidad restringida lo que, a nuestro criterio, según expusimos al comienzo de este trabajo, constituye un importante error.

En el nuevo escenario en el que de conformidad al artículo 12 de la Convención de las Personas con discapacidad se les reconoce a éstas *“capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de su vida”* la trascendencia que, a primera vista, el Código pretendería dar al acto inscriptorio de la sentencia supone subestimar tanto la real autonomía de la persona con capacidad restringida o con algún grado de discapacidad natural o falta de discernimiento, así como la función de los apoyos, curadores, Ministerio Público y jueces, y tendría su cimiento en un escenario patológico en donde la persona con discapacidad es avasallada y abusada en sus derechos por el resto de la sociedad.

No obstante, de la lectura del artículo 44, tal vez podríamos concluir que la única forma de evitar la nulidad de los actos posteriores a la inscripción de la sentencia restrictiva de la capacidad sería solicitar un certificado al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del domicilio del contratante en el que pueda constatarse la falta de inscripción de una sentencia en este sentido.

4.3. ¿Preceptiva y previa solicitud de certificado al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas?

Si fuera necesaria dicha solicitud, se debe reparar en que la ley no distingue ni especifica los actos en los que la misma procedería, por lo que debería solicitarse para cada acto o contrato que toda persona realice en todo ámbito. Ello supondría, en los hechos, que la presunción de capacidad establecida por el artículo 31 citado carece de todo contenido.

Antes de la sanción del nuevo Código, muchos autores destacaron que una disposición como esa era completamente absurda. De Lorenzo¹⁷ señala:

De todas formas, tratándose de una contratación inmobiliaria, los usos y costumbres e incluso la normativa para martilleros y corredores [...] evitarán el perjuicio al insano que dispone de un inmueble. Ello así no tanto por la inscripción en el Registro de Estado Civil de la sentencia –aspecto reiteradamente invocado por la doctrina para justificar la mala fe del cocontratante–, pues, como bien argumentaba Borda en términos aún sostenibles: *“a nadie se le ocurre antes de firmar un contrato pedir un informe a dicho registro”*, cuanto por la inhibición general de bienes, que el artículo 629 del Código Procesal Civil impone imperativamente durante el trámite del proceso de insania, [debe anotarse] cuando la demencia *“apareciera notoria e indudable”*.

En igual sentido, con respecto a la solicitud de certificados al Registro Civil, Rajmil y Llorens¹⁸ señalan: *“Obviamente, si para cada acto de disposición los notarios requiriéramos dicho certificado y se buscara manualmente en dichos libros para su expedición, el resultado sería el colapso. Además, tampoco se ve por qué razón habría que pedirlo por el enajenante o constituyente de gravámenes sobre cosas y no sobre el adquirente a título oneroso [...] No se conoce que para autorizar, por ejemplo, un matrimonio los propios funcionarios del registro civil requieran certificado alguno [...] Tampoco lo pide la costumbre tribunalicia para homologar algún convenio o acto dispositivo celebrado en ese ámbito”*.

Las consideraciones vertidas por los citados autores cobran aún más relevancia cuando, ante un Registro Civil descentralizado como el nuestro, se pretende evaluar la posibilidad de solicitar dicho certificado en el domicilio de los contratantes, que, por otra parte, puede diferir del consignado en el documento de identidad con el que se identifica y, por qué no, del domicilio en

¹⁷ DE LORENZO, Miguel F., [ob. cit.](#) (cfr. nota 2), p. 8.

¹⁸ LLORENS, L. R. y RAJMIL, A. B., [Comentario al art. 39], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, t. 1, p. 151.

el que se radica y/o se encuentra internado.

Lo antes dicho no se soluciona con la implementación de un Registro Civil on line en tiempo real porque, en todo caso, supondría la institucionalización de una norma que contraría el desarrollo normal y habitual del tráfico e instalaría en la sociedad la sospecha de que todos somos potenciales sujetos con capacidad restringida, en contra de lo que, supuestamente, persigue el nuevo Código. Las normas deben regular la realidad, no ir en contra de ella.

Acompañan nuestra interpretación las modificaciones introducidas por el nuevo Código al régimen de nulidad de los actos y contratos celebrados por las personas con incapacidad o capacidad restringida, aplicable también a los actos y contratos otorgados con falta de discernimiento.

Comentamos antes que hasta agosto de 2015 existía en el Código un doble juego de supuestos, sujeto a sus propias normas de eficacia: el de los actos y contratos realizados por las personas incapaces y el de los realizados con falta de discernimiento. Se mantiene vigente en el nuevo Código el concepto de que los actos voluntarios son aquellos celebrados con discernimiento, intención y libertad (art. 260) y que son actos involuntarios por falta de discernimiento (art. 261): a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

En lo sustancial, persiste el criterio del Código velezano, ajustado en virtud del nuevo régimen legal previsto para los menores. No obstante, la gran diferencia tiene lugar en la regulación prevista en el nuevo ordenamiento respecto de la ineficacia de los actos jurídicos. Particularmente relevantes en este aspecto son los artículos 1000 y 388, que sustituyen a los anteriores 1165 y 1166.

El artículo 1000 establece:

Efectos de la nulidad del contrato. Declarada la nulidad del contrato celebrado

por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido.

No obstante, el gran cambio se introduce con el artículo 388:

Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa sólo 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.

Hay, a nuestro entender, tres puntos fundamentales que destacar del artículo transcrito. A diferencia del artículo 1166 del Código anterior, la nulidad puede ser instada tanto por la persona que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto como por el co-contrante, quien antes estaba privado de hacerlo. Además, el acto puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. Ambos supuestos, en el caso de una persona incapaz o con capacidad restringida, no son fáciles de verificar, ya que suponen que debe haber cesado la incapacidad o la restricción a la capacidad previamente. El artículo 2563 dispone que la acción de declaración de nulidad relativa prescribe a los dos años y, en los casos de “nulidad por incapacidad”, desde que esta cesó.

El tercer aspecto trascendental del artículo 388 citado es que ***“la parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo”***.

En el Código Civil y Comercial comentado dirigido por Lorenzetti, al analizar el artículo transcrito, se señala:

Como se ha visto, el principio general es que se encuentra legitimada para articular la invalidez la parte en cuyo beneficio se instituyó la nulidad. Este postulado alcanza a quienes eran incapaces de hecho al tiempo de celebrar el acto. Sin embargo, la disposición que se comenta contiene una contraexcepción y es que la parte beneficiada no podría plantear la nulidad del acto si obró con dolo, esto es, cuando ocultó deliberadamente su incapacidad y la otra parte obró de buena fe, confiando en la apariencia generada por quien entonces disimuló o de cualquier modo impidió conocer la falencia existente al tiempo de celebrarlo¹⁹ [...] La reforma en este punto contiene una novedad importante al señalar quiénes están legitimados para plantear la nulidad relativa. Amplía la nómina que contenían los artículos 1048 y 1049 del Código derogado y autoriza no sólo a la parte en beneficio de quien se estableció, sino además a la otra, en tanto sea de buena fe, siempre que exhiba un determinado interés. De este modo procura lograr el equilibrio entre el principio según el cual el interés es la medida de la acción y se atiende a la posibilidad de decretar la nulidad en tanto ésta importe restaurar la realidad, sin que ninguna de las partes obtenga un beneficio indebido.²⁰

En los casos de personas incapaces, los co-contratantes y/o, en su caso, el escribano interviniente podrán apreciar la falta de discernimiento, puesto que esta se presentará de manera ostensible. Es un supuesto en que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo. Es decir, no hay forma de que el co-contratante lo desconozca cuando la persona actúa por sí.

Por otra parte, si la persona actuara a través de un representante, tampoco variaría la conclusión a la que hemos arribado dado que, según establece el artículo 364 del Código Civil y Comercial, *“en la representación voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del*

¹⁹ Igual interpretación parece sostener la notaria Cristina N. Armella, quien expuso en el LXIX Seminario “Laureano A. Moreira” su opinión acerca de que, en virtud de lo dispuesto por el art. 388, la persona incapaz o con capacidad restringida debe dar a conocer su situación para evitar caer en una conducta dolosa.

²⁰ LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. II, p. 525.

apoderamiento; para el representante será suficiente el discernimiento". A su vez, el artículo 380, inciso h), dispone que la representación se extingue por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado. Esta capacidad se valora al momento del otorgamiento del poder y si luego se pierde, no afectará la validez del acto, sin perjuicio que si el negocio subyacente es un contrato de mandato, su extinción por la pérdida de capacidad del mandante determinará obligaciones y responsabilidades entre mandante y mandatario al igual que el Código de Vélez establecía en su artículo 1967.

Claramente, quien pretenda contratar con alguien que no puede manifestarse de ninguna manera estará celebrando un acto definitivamente nulo, exista o no inscripción previa de la sentencia. En consecuencia, el problema para el co-contratante y el escribano será el supuesto de una persona que tenga restringida la capacidad.

En este caso, el co-contratante de buena fe que, eventualmente junto con el notario, valoró el discernimiento de quien contrató con él sin que resultara ostensible su limitación a la capacidad, se encuentra protegido en su contratación. Evidentemente es obligación de la persona que tenga limitada su capacidad y de sus apoyos comunicar la restricción de la capacidad de aquélla a su co-contratante, obrando con la buena fe necesaria para la celebración de un acto válido. De lo contrario, incurriría en dolo y no podría alegar la nulidad del acto.

Recordemos en este sentido que el artículo 43 del nuevo Código establece que es función de los apoyos facilitar a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos en general. Por otra parte, una persona a quien se le ha restringido su capacidad o se le ha declarado incapaz, tiene algunos recursos que deberían colaborar a su seguridad jurídica. Dentro del marco de un expediente judicial, además de los apoyos, el juez y el Ministerio Público deberán adoptar las medidas más idóneas para su protección personal y patrimonial y son ellos los que tienen las

herramientas necesarias para dar publicidad efectiva y eficiente a los terceros que deseen contratar con la persona que tiene afectada su capacidad.

Solo en el caso de que una norma taxativa imponga para la celebración del acto o contrato la solicitud de certificados registrales, por ejemplo ante el Registro de la Propiedad Inmueble o Automotor, podría sostenerse que la valoración del discernimiento por parte del co-contratante no es suficiente para acreditar su buena fe. Téngase en cuenta que en ningún lugar el Código u otra ley especial exigen la solicitud del certificado de nacimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, entre otras razones porque sería imposible cumplir con ese requisito para la celebración de todo tipo de contrato. En los casos de capacidad restringida, la persona afectada por esta, así como sus apoyos, el juez interviniente y/o el Ministerio Fiscal serán responsables de que el tercero que contrate con aquella tome conocimiento cabal de las restricciones que padece, sin pena de faltar a la buena fe, incurrir en dolo en la contratación y encontrarse imposibilitado de alegar la nulidad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 388 transcripto.

Como consecuencia de lo anterior, debemos concluir que el deber del co-contratante y del notario es valorar el discernimiento de las partes en cada momento, no su capacidad, y solicitar, cuando ello sea preceptivo, el certificado de anotaciones personales exigido eventualmente, de manera taxativa, por la norma. Tanto es esto así que cuando el legislador consideró que era necesaria esta verificación, más allá de las normas registrales inmobiliarias, expresamente lo previó. Este es el caso del artículo 1347:

Obligaciones del corredor. El corredor debe: a) asegurarse de la identidad de las personas que intervienen en los negocios en que media y de su capacidad legal para contratar...

El corredor deberá verificar estas circunstancias y, para ello, deberá como mínimo solicitar un informe de anotaciones personales. Respecto de la solicitud del certificado de nacimiento al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para verificar la inexistencia de la anotación marginal de una

sentencia restrictiva de la capacidad, habrá que ver, en su momento, si dicho Registro cuenta con los medios necesarios para, de manera diligente, rápida y eficaz, brindar esa información. De lo contrario, será obligación de los apoyos, los jueces, y el Ministerio Fiscal, hacer constar la existencia de esa sentencia en el Registro en donde consten los bienes de la persona a su cuidado, para permitir el cabal conocimiento de la restricción por parte de los terceros. La persona con capacidad restringida y quienes la tienen a su cuidado deben velar por preservar su buena fe en la contratación.

Todo lo dicho anteriormente tiene relación directa, además, con lo que el propio Código Civil y Comercial dispone en su artículo 2:

... la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

4.4. Alcance práctico de la solicitud del certificado de nacimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas

Más allá del desarrollo teórico respecto de la finalidad, el alcance y las consecuencias de la solicitud del certificado de nacimiento para verificar la inexistencia de una incapacidad o restricción de capacidad en la persona con la que se contrata, es conveniente que se analice en concreto las situaciones de hecho que pueden darse para valorar, desde un punto de vista estrictamente práctico el sentido de esta solicitud: en definitiva, lo que el interviniente quiere evitar con la solicitud del certificado es la eventual nulidad del acto o contrato de que se trate. Pero, ¿qué posibilidades reales hay de que el acto resulte nulo?

Como primera medida, debe destacarse que la eventual nulidad podrá ser solicitada por ambas partes y ya no solamente por el eventual incapaz o persona con capacidad restringida. Esto aligera la carga del co-contratante, quien en todo caso y ante la eventualidad de que el acto resulte perjudicial para él, también tendrá herramientas con las que evitar tal perjuicio.

El caso de una persona incapacitada nos conduce al supuesto previsto en el artículo 32 *in fine*, por lo que se trataría de alguien que no puede manifestarse por ningún medio. Estaríamos necesariamente entonces ante una situación no sólo ostensible sino en la que es imposible la contratación. Por lo tanto, en los hechos, este supuesto no acarrearía inconvenientes. Si alguien pretende contratar con quien no puede manifestarse de ninguna manera, evidentemente está obrando con mala fe y la nulidad será clara. En el caso de que el incapaz actuara a través de un representante, el co-contratante no se vería afectado (art. 364 CCCN).

Si se tratara de una persona con capacidad restringida, para que ésta y/o sus apoyos pudieran alegar la nulidad contra el co-contratante, sería requisito previo que informaran a éste la restricción de la capacidad. De lo contrario, incurrirían en ocultación y dolo. En consecuencia, en mérito al artículo 388 no podría la persona con capacidad restringida instar la acción de nulidad.

Quedaría por analizar el supuesto en el que la persona tiene su capacidad restringida pero la disminución de su discernimiento le impide, de buena fe, informar expresamente su restricción. Además, debe darse el caso de que sus apoyos, en el ejercicio debido de sus funciones, actuando con la debida diligencia, tampoco hayan podido manifestar al co-contratante la existencia de la restricción y que se trate de un acto o contrato en el que no fuera preceptiva la solicitud de otro tipo de certificado registral en donde el juez interviniente y/o el Ministerio Fiscal hayan debido ordenar la debida inscripción de la restricción.

En este caso, con toda probabilidad, estaríamos ante un escenario en el que la falta de discernimiento sería ostensible, circunstancia que sería apreciable por parte del co-contratante y eventualmente por el escribano que intervenga. Se trata de los “hechos gruesos” a los que se refería Kemelmajer de Carlucci.

Tras analizar el alcance de la inscripción de la sentencia y sus consecuencias, tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico como desde el punto de vista eminentemente práctico, llegamos a la conclusión de que ningún sentido

tiene exigir un certificado de nacimiento para verificar la inexistencia de una restricción a la capacidad, como requisito para la celebración de todo y cualquier tipo de contrato.

El Código Civil y Comercial incorpora varias previsiones que se riñen con la realidad y es nuestro deber, como “usuarios” e intérpretes del nuevo ordenamiento jurídico, encauzarlo de manera tal de hacer viable su instrumentación. Si bien de la letra del artículo 39 y de las consecuencias previstas en el artículo 44 parece deducirse que es necesario verificar la inexistencia de una sentencia restrictiva de la capacidad para poder acreditar la actuación de buena fe por parte del co-contratante y evitar de esa manera la nulidad, lo cierto es que ello no es viable teniendo en cuenta la gran cantidad de negocios jurídicos que se realizan de manera permanente en la sociedad sin que ni los tiempos ni las circunstancias permitan suponer que debe recurrirse previamente a la obtención de aquel. Solo imaginar que, por ejemplo, un banco pueda/deba exigir la presentación de un certificado de nacimiento actualizado para aceptar el pago como válido o que un juez, ante una declaración testimonial o una presentación de cualquier índole en el marco de un expediente judicial deba solicitar de abogados, partes, testigos, del oficial interviniente de su juzgado e incluso de sí mismo, dicho certificado actualizado para dictar toda resolución, nos permite colegir que no es ni viable ni lógico.

Debemos mantener la misma actuación que hemos desarrollado con el Código de Vélez. Para acreditar la buena fe tanto el co-contratante como el escribano interviniente deben verificar el discernimiento de las partes al momento del otorgamiento del acto sin que les sea exigible una indagación más profunda, salvo cuando, por la naturaleza de los bienes es requisito solicitar certificados específicos en el Registro de la Propiedad, del Automotor, etc. Será obligación entonces de aquellos encargados de velar por el bienestar de la persona que tiene restringida su capacidad inscribir la sentencia en dichos registros, sin perjuicio de su obligación, en la actuación de buena fe que también deben observar, de comunicar cualquier restricción de capacidad existente, a los co-contratantes que se puedan ver afectados por ella.

5. Algunos comentarios acerca de los artículos 45 y 46 del Código Civil y Comercial

Los artículos 45 y 46 del nuevo Código sustituyen los artículos 473 y 474 del Código vigente:

*Artículo 45: Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, **si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida**, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito.*

Se diferencia este artículo del 473 Velezano, entre otras cosas, en que se refiere a los actos anteriores a la inscripción, no a la sentencia. Algunos comentaristas señalan que, al referirse a los actos anteriores a la inscripción, presupone que son aquellos que han tenido lugar entre el dictado de la sentencia y su inscripción. No obstante, consideramos que el artículo refiere a todos los actos otorgados por quien, en definitiva, vea restringida su capacidad por sentencia, hasta la inscripción de esta, con base en los presupuestos del artículo 473 originario, que infiere la previa existencia de una enfermedad o una disminución en las capacidades mentales con el alcance de una “enfermedad habitual luego corroborada judicialmente”, lo que justifica la regulación del supuesto.²¹

Además, incluye el artículo 45 como supuesto independiente y alternativo para la eventual declaración de nulidad, sin que sea requisito la existencia de mala fe ni la notoriedad de la enfermedad, que se trate de actos a título gratuito. En virtud de esta disposición, todo acto a título gratuito otorgado en cualquier momento previo a la inscripción de la sentencia que restrinja la capacidad del sujeto, puede ser declarado nulo si perjudica a ésta, perjuicio que resultará de difícil evaluación cuando deba analizarse en circunstancias diferentes a las

²¹ DE LORENZO, Miguel F., [ob. cit.](#) (cfr. nota 2), p. 24.

existentes al momento del otorgamiento del acto.

Este supuesto es asumido por muchos doctrinarios como aceptable con base en la inexistencia de contraprestación propia de todo acto a título gratuito. Nosotros no estamos tan seguros de la bondad de la previsión.

Toda esta reforma legislativa, en el ámbito de la Capacidad, se inscribe en un contexto nuevo en el que el Derecho de Autoprotección se desarrolla cada vez con mayor profundidad y en el que se empieza a afianzar, dentro de la sociedad, la adopción de medidas y disposiciones en previsión de la propia futura eventual incapacidad o capacidad restringida.

En este ámbito, los actos a título gratuito, en muchos aspectos resultan herramientas legítimas y convenientes para el andamiaje de las propias decisiones anticipadas.

Hay supuestos en los que los padres, por ejemplo, desean transmitir a sus hijos los bienes a título gratuito con el fin de que los administren en beneficio de aquéllos en caso de que en el futuro devengan incapaces. Otra herramienta de mucha utilidad en el ámbito del derecho de autoprotección es el contrato oneroso de renta vitalicia a través del cual muchos mayores encuentran la tranquilidad que necesitan para vivir su ancianidad seguros de ver satisfechas sus necesidades. Incluso es una forma de que los padres que tienen hijos con discapacidad, aseguren el bienestar de esos hijos cuando ellos no estén. No obstante, la letra del artículo 45, sumada a la disposición del artículo 2461 del Código Civil y Comercial, en virtud de la cual la transmisión de bienes por actos entre vivos, a título oneroso, a favor de los legitimarios con la contraprestación de una renta vitalicia se presume sin admitir prueba en contrario acto a título gratuito, y la previsión del artículo 1600, por la que se determina la aplicación en subsidio al contrato oneroso de renta vitalicia de las reglas de la donación, entorpecen e incluso limitan la autonomía de la voluntad de manera tal que llegan a constituir un fuerte impedimento a la hora de planificar y organizar la vida para el caso de una eventual futura discapacidad.

Más allá del ámbito propio del derecho de autoprotección, en general consideramos que los actos a título gratuito, no deben ser estigmatizados a tal punto de afectar la autonomía de la voluntad e impedirlos desconociendo la tendencia natural del ser humano a beneficiar sin contraprestación alguna a aquéllas personas que quiere.

Es posible que, en definitiva, y más allá de la introducción del factor de perjuicio o la eliminación de la salvedad expresa para los co-contratantes de buena fe y a título oneroso, el artículo 45 no difiera tanto del originario 473, no obstante, la modificación del sistema general en el que el mismo se inserta, en especial en cuanto al tratamiento de los actos a título gratuito en el nuevo Código, altera de manera trascendente las consecuencias de su texto.

A este respecto, sugerimos que en el futuro se revisen estos aspectos y, mediante una reforma legislativa se adecue el régimen general previsto en el Código Civil y Comercial unificado para los actos a título gratuito a una realidad en la que se los acepte como una alternativa legítima y beneficiosa para la sociedad.

Con relación al artículo 46 del nuevo Código, comenzaremos por transcribir su redacción:

Artículo 46: Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.

Destacamos a este respecto que su diferencia con el artículo 474 del Código anterior, es muy importante. En los Códigos comentados que hemos podido consultar no hemos advertido ninguna salvedad en este sentido que nos intente explicar la razón del cambio pero, en los hechos, entendemos que el nuevo texto será fuente de muchos conflictos.

En el artículo que hemos comentado, Kemelmajer señala: *“Una visión generalizante muestra que los supuestos más frecuentemente fallados son los planteados por herederos que impugnan actos del causante no declarado demente”*. Y cita al doctor Vernengo Prack en un fallo del año 79: *“Tratando de proteger al pobre insano, en realidad se ha venido protegiendo a sus codiciosos parientes a quienes el Código Civil había sancionado con la calificación de indignos”*.²²

Con respecto a los *“actos anteriores a la inscripción de la sentencia”*, si respecto del artículo 45 podía haber alguna duda sobre la amplitud del mismo en cuanto a los actos abarcados (si los otorgados tras la sentencia pero antes de su inscripción o si todos los actos anteriores a la inscripción), en este caso particular no existe alternativa: se trata de todos los actos –onerosos o gratuitos- anteriores a la inscripción de la sentencia, otorgados por cualquier persona antes de su fallecimiento.

Nuestra afirmación se sustenta en que, por una parte, evidentemente se trata de un caso en el que no existe sentencia sino una mera acción interpuesta con anterioridad al fallecimiento de una persona.

Por otra parte, a diferencia de lo previsto en el artículo 474 en el que expresamente se establecía que no podían impugnarse los actos de alguien fallecido *“que hubiesen agotado sus consecuencias antes de la demanda de interdicción”*, en el actual artículo 46 no es requisito que el acto se haya otorgado después de instada la acción. El único requisito es que la persona haya fallecido después de interpuesta ésta.

En nuestro criterio -esperamos estar equivocados-, la redacción de este artículo solo puede dar origen a conflictos mezquinos entre los herederos y contra terceros. Consideramos que la defensa del interés de aquellos (ya no de

²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 16. Cita el voto de Vernengo Prack en “H. C. c/ M. la T. Suc.”, fallo del 30/11/1979 (*El Derecho*, t. 86, p. 665, y *Jurisprudencia Argentina*, t. 1980-I, p. 654).

la persona con discapacidad), no justifica introducir un factor de inseguridad jurídica semejante.

En el trabajo que publicamos cuando el Código se encontraba aún en etapa de proyecto, al comentar este artículo sostuvimos:²³ *“Si su intención es cuidar el patrimonio de la persona incapaz o con capacidad restringida, ¿por qué se profundiza esa protección cuando ya ha fallecido? Este artículo protege exclusivamente el patrimonio de los sucesores mayores y capaces de la persona con discapacidad en un momento en el que esta ya no puede esgrimir argumento alguno en defensa de sus actos. Recordemos que el artículo 35²⁴ proyectado recoge el criterio de la legislación, doctrina y jurisprudencia más actual, que prevén que el juez, en su caso, entreviste personalmente y escuche a la persona con discapacidad. En este caso, será imposible. [...] Consideramos absolutamente ilegítima e inconstitucional la posibilidad de que se declare nulo un acto o negocio jurídico por el hecho de haberse instado la acción declarativa de incapacidad con carácter previo a su fallecimiento. Se trataría de un caso en el que el fallecimiento de una persona genera los efectos de una sentencia declarativa de incapacidad, sin respeto al debido proceso y a los principios básicos y personalísimos que los artículos anteriores de este mismo capítulo proyectado pretenden destacar. Además, se posiciona como una convocatoria al fraude. Destacábamos antes la función pedagógica del derecho: ¿qué pautas de conducta sociales está promoviendo el legislador con una disposición como esta?”*

Como si lo anterior fuera poco, insiste el artículo en considerar un supuesto independiente del anterior y hábil para requerir la eventual nulidad del acto tras el fallecimiento de la persona supuestamente incapaz, el hecho de que haya sido a título gratuito. A este respecto reiteramos las consideraciones enunciadas al referirnos al artículo 45.

²³ Cfr. nota 1, pp. 130-131.

²⁴ Art. 35.- Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.

6. Conclusión

El Código Civil y Comercial, a la luz de los tratados internacionales, la normativa vigente en materia de capacidad y la realidad misma de esta época, al decidir mantener como uno de los supuestos posibles el de incapacidad de la persona humana, como un caso residual y diferente de la restricción graduada de la capacidad, debió haber previsto un régimen distinto e independiente. Al no hacerlo, incurre en contradicciones e incoherencias que empañan los logros alcanzados al incorporar los nuevos paradigmas y dificultan el correcto ejercicio de los derechos.

Si bien una primera interpretación literal de los artículos 39 y 44 del nuevo Código nos llevaría a concluir que, a pesar de no exigirlo expresamente la norma, a los efectos de acreditar la buena fe de los contratantes es requisito la previa solicitud al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del certificado de nacimiento que acredite la inexistencia de una sentencia inscripta que restrinja la capacidad de las personas intervinientes o declare su incapacidad, una lectura armónica, coherente y completa de la nueva normativa demuestra que ello no es necesario en modo alguno.

La nulidad de los actos y contratos otorgados con posterioridad a la inscripción de la sentencia de incapacidad o de capacidad restringida no podrá ser argüida por los co-contratantes con suficiente discernimiento que oculten la restricción de su capacidad, por cuanto incurrirán en dolo.

La obligación de brindar información a las restantes partes contractuales respecto de la restricción a la capacidad recae también y muy especialmente en los apoyos designados.

Fuera de estos casos, los supuestos de co-contratantes incapaces no ofrecen inconvenientes, por cuanto su nulidad es ostensible al tratarse de personas que se encuentran absolutamente imposibilitadas de manifestar su voluntad.

Los casos en los que los contratantes, obrando de buena fe, no se encuentren en condiciones de informar acerca de la restricción de su capacidad y en los que los apoyos, actuando con la debida diligencia, tampoco comuniquen dicha circunstancia supondrán, en la gran mayoría de los casos, una falta ostensible de discernimiento que será verificada por el co-contratante y, en su caso, por el escribano interviniente, quienes tienen a su cargo, con el mismo alcance que lo han tenido hasta ahora, la valoración del discernimiento de la persona con la que contratan, dentro de las posibilidades que tienen sin ser peritos en la materia.

Asimismo, los apoyos, los jueces y el Ministerio Fiscal deben procurar, en el cumplimiento de las funciones a su cargo, dar debida y efectiva publicidad a la restricción de la capacidad de los sujetos respecto de los que tengan intervención, comunicando a los registros en los que consten bienes inscriptos a nombre de las personas con discapacidad la existencia de la sentencia respectiva. Ello determinará que, en los casos de bienes registrables en los que sea preceptiva la solicitud de los certificados de acuerdo con la normativa vigente, se cuente con otro elemento más de control que coadyuve a la eficacia de los negocios jurídicos celebrados.

Con relación a los artículos 45 y 46 del Código Civil y Comercial de la Nación, consideramos un exceso el tratamiento disvalioso que se confiere a los actos a título gratuito y destacamos que tales disposiciones atentan contra el libre ejercicio de derechos expresamente reconocidos por la norma. En relación con el artículo 46, nos preocupan las modificaciones introducidas respecto del artículo 474 del Código vigente, que consideramos de especial trascendencia. Sugerimos que una eventual reforma legislativa contemple la revisión de tales artículos y, en general, del sistema establecido respecto de los actos a título gratuito.

PONENCIA. Tema I. Autor Maritel M. Brandi Taiana

El Código Civil y Comercial yerra al igualar el tratamiento que le confiere a los actos y contratos celebrados por las personas incapaces y por las personas con capacidad restringida.

1.- No puede argüirse la nulidad de los actos y contratos otorgados por persona con capacidad restringida cuando ésta y/o sus apoyos ocultaron la existencia de la sentencia que restringe la capacidad de aquélla. (art. 388 CCC)

La actuación diligente de los apoyos de las personas con capacidad restringida, determina que éstos deben informar a los co-contratantes la existencia de la sentencia que restringe la capacidad de la persona que tienen a su cuidado.

2.- En el supuesto de que la persona con capacidad restringida, actuando de buena fe, se encuentre imposibilitada de dar a conocer la existencia de la sentencia que restringe su capacidad y de que los apoyos que la asisten, a pesar de su actuación diligente no puedan informar al co-contratante al respecto, las circunstancias determinarán, con toda probabilidad, la existencia de falta de discernimiento en el sujeto. Ello podrá ser advertido por el co-contratante y, en su caso, el escribano interviniente, dentro de los límites de la buena fe y sin que sea exigible un conocimiento especial al respecto.

3.- Cuando la persona que contrata es incapaz, la nulidad del acto o contrato celebrado es ostensible por cuanto se trata de un sujeto absolutamente imposibilitado de manifestar su voluntad.

4.- En los casos en que las personas actúan por medio de representantes, debe tenerse especialmente en cuenta que la capacidad del representado se valora al momento del otorgamiento del poder por lo que su posterior incapacitación o restricción a la capacidad no afecta la validez del acto o contrato otorgado por el apoderado. (art. 364 CCC)

5.- El artículo 45 en conjunción con los artículos 2461 y 1600 dificultan injustificadamente el otorgamiento de actos a título gratuito que pueden constituir herramientas legítimas y útiles para el ejercicio del Derecho de Autoprotección. Se sugiere, de lege ferenda, su modificación.

6.- El artículo 46 introduce una modificación importante al originario artículo 474 del Código derogado, en virtud de la cual es posible, después del fallecimiento de una persona, instar la nulidad de cualquier acto o contrato otorgado por ésta en vida, si antes de su fallecimiento se ha interpuesto demanda para la

restricción de su capacidad, aún cuando se trate de actos anteriores a la interposición de ésta. Ello supone introducir, injustificadamente, un importante factor de inseguridad jurídica. Se sugiere, de lege ferenda, su modificación.