

El notario y el juicio de capacidad del requirente frente al Código Civil y Comercial de la Nación

Natalio P. Etchegaray



RESUMEN

Mientras el Registro de Sentencias de Incapacidad a que se refiere el artículo 39 del Código Civil y Comercial no se organice a nivel nacional y en condiciones de brindar una información idónea en tiempo y forma, no se innovará en la responsabilidad notarial en esta materia, la que seguirá ligada al deber de cerciorarse de la capacidad de los requirentes, dentro de los límites de hecho y de derecho que en el desempeño de sus funciones le obligan al notario a apreciarla o reconocerla.

Sumario: **1.** El juicio de capacidad de los comparecientes como acto propio del notario. **2.** Antecedentes notariales. **3.** Doctrina notarial. **3.1.** El juicio de capacidad del requirente del notario no requiere constancia documental. **4.** Las sentencias de incapacidad y su registración y publicidad en el Código Civil y Comercial. **5.** Conclusión.

1. El juicio de capacidad de los comparecientes como acto propio del notario. Declaración del mundo interior

El maestro Carlos Pelosi, refiriéndose a las “calificaciones”, expresó:

El ejercicio profesional está absorbido por una densa cantidad de actividades de juicio, sin las cuales quedaría baldío de su más trascendente dimensión [...] estos juicios o calificaciones consisten en afirmaciones del notario “ex intelecto suo”, que se proyectan en su mayor parte al ámbito de la legalidad. Junto a la versión formal de las realidades del mundo físico, realiza el notario su función de asistencia jurídica para asegurar la eficacia de su contenido. Las cumple en su condición de perito en derecho y custodio de la certeza en cuanto a la legalidad del acto o negocio instrumentado, que es labor engarzada a su quehacer documental.¹

1. PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 2006.

Cita a continuación a García-Bernardo Landeta, quien manifestó con acierto que el notario no puede dar fe de un acto o contrato sin emitir juicio acerca de la **capacidad de los contratantes**, de su identidad, la naturaleza del acto y, en su caso, la legitimación. Recuerda también a De la Cámara Álvarez, quien destacó que el notario no solo afirma evidencias en los instrumentos, sino que, además, por exigencia legal o reglamentaria, formula juicios, bien sobre circunstancias de hecho que le constan o sobre ciertas cualidades jurídicas de las personas que ante él comparecen (juicio de capacidad). Ese juicio queda cubierto por la fe pública, aunque su error no puede incluirse en los delitos de falsedad documental (“verdad supuesta”, para Núñez Lagos, porque es una presunción que admite prueba en contrario sin necesidad de acción de falsedad).

Recordemos cómo claramente lo expone Vélez Sarsfield en su nota al artículo 993 del derogado **Código Civil** (CCIV), antecedente directo de artículo 296 del CCCN:

Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento, pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contrario.

Y lo reitera en el artículo 3616, cuando dice: “La ley presume que toda persona está en su sano juicio, mientras no se pruebe lo contrario”; y en la nota:

El estado de demencia puede probarse por testigos, aunque el escribano haya expresado en el testamento que el testador se hallaba en su perfecta razón, pues los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan.

2. Antecedentes notariales

- *La ley española:* En España, la **Ley del Notariado**, pionera en la materia, no exige la mención de la capacidad de los otorgantes, pero sí lo hace el artículo 156, inciso 8, del **Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado**, por lo que la doctrina y la jurisprudencia solo consideran una falta disciplinaria su omisión en la escritura.
- *Congreso Internacional del Notariado de 1950:* En el II Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, 1950), en sus recomendaciones respecto de normas funcionales, en el apartado 2º “Juicio de capacidad de los otorgante”, se dijo:

1º: Antes de autorizar cualquier acto o contrato, el notario habrá de apreciar la capacidad legal y civil de los comparecientes y de las partes.

2º: Cuando en el documento exista afirmación hecha por el notario de la capacidad de los comparecientes con referencia al momento de la autorización, sólo podrá ser desvirtuada dicha afirmación por pruebas referidas a tal momento que sean plenamente cumplidas y convincentes.

- *Congreso Internacional del Notariado de 1954*: En las conclusiones del III Congreso Internacional del Notariado Latino (París, 1954), y respecto de la **responsabilidad profesional del notario**, se resolvió:

A) Que en los países adheridos a la Unión, el legislador obre teniendo en cuenta el logro de los modos materiales prácticos, susceptibles de facilitar la tarea de los notarios, especialmente en lo que se refiere a la organización de un procedimiento propio, bajo la forma que mejor convenga, y tendiente [...]: a) a determinar en forma precisa las incapacidades que puedan afectar a los contratantes...

- *Congreso Internacional del Notariado de 1961*: En el VI Congreso Internacional del Notariado Latino (Montreal, 1961), el notariado argentino, con la coordinación de Pelosi, presentó un trabajo de equipo, en el que tuvo la oportunidad de participar, donde se examinaban y comparaban las reglas de la forma notarial. En el capítulo II, referente al notario, en la parte destinada al juicio de capacidad, realizada por los notarios Cerávolo y Pondé, se trata largamente el tema.² En primer lugar, se expone la regla proyectada:

Con prescindencia de que las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos obliguen o no al notario hacer constar en el texto del instrumento la capacidad legal de los comparecientes y de las partes, es su deber cerciorarse de la misma dentro de los límites de hecho y de derecho que en el desempeño de sus funciones le permitan apreciarla o reconocerla.

Al comparar las reglas, los autores destacan que el CCIV –hoy derogado– no mencionaba entre los deberes del notario mencionar la capacidad de los otorgantes, exclusión que mantiene el CCCN. Ya en la parte expositiva destacan que la capacidad de los intervinientes es un presupuesto indispensable de la actividad documental y que funciona como requisito de validez del negocio. También señalan que su eficacia no depende solo de la forma, sino también de su perfecta celebración, demostrando la necesidad de poder establecer si las partes y otorgantes tienen la idoneidad necesaria para emitir las declaraciones que corporiza el documento, cumpliendo así lo que el II Congreso Internacional pedía que hicieran los notarios antes de autorizar escrituras. Acertadamente, expresan como un límite de la responsabilidad del notario cuando no se han organizado registros que le permitan cerciorarse, por me-

2. AA. VV., [trabajo de la delegación argentina], en *VI Congreso Internacional del Notariado Latino*, t. 1, Unión Internacional del Notariado Latino, Montreal, 1961, p. 291.

dios idóneos y seguros, de la existencia o no de la incapacidad, sobre todo cuando se dan situaciones diversas y complejas en las que interdicciones e inhabilitaciones adquieren caracteres singulares; bregan así por la concreción de la recordada declaración del III Congreso, donde se pide que la obra de los legisladores logre la creación de los medios materiales prácticos susceptibles de facilitar la tarea de los notarios, permitiéndoles determinar con precisión las incapacidades que puedan afectar a los contratantes.

3. Doctrina notarial

González³, refiriéndose a la actividad de las partes, expresa que deben demostrar que son capaces jurídicamente para el acto que van a realizar. La capacidad será la que exactamente exija el acto objeto de la escritura, sin que exista una capacidad especial para comparecer en instrumento público. El conocimiento de la capacidad acarrea numerosos problemas, cuya dilucidación es algunas veces difícil y es el escribano a quien corresponderá la calificación de la capacidad legal, como atributo principal de su función fedataria.

Giménez Arnau⁴ sentencia que la capacidad del compareciente se determina por la calificación autónoma del notario, atendidas las circunstancias de cada caso. Insiste con que en el derecho notarial latino, por la función propia del notario, no es necesario, como en Estados Unidos o Inglaterra, un acto externo que acredite la capacidad del otorgante del documento para considerarlo válido y eficaz. Sobre la importancia y efectos de la calificación de capacidad formulada por el notario, es requisito fundamental para la eficacia del instrumento notarial y es el fundamento de la responsabilidad del notario en el orden moral y en el civil, sin necesidad de argumentársela exclusivamente en la órbita del delito de falsedad. Sobre el ámbito del juicio de capacidad, lo determina como un juicio jurídico y psicológico bastante complejo, que se apoya en una serie de hechos, unos positivos (como la edad) y otros negativos (inexistencia de incapacidad expresa o prohibición). Además, en el actuante, hay que atender no solo la aptitud o posibilidad de tenencia de derechos, sino la inmediata posibilidad de ejercerlos por sí mismo. Los elementos que han de ser examinados para formular la afirmación de capacidad son los siguientes:

- 1) La capacidad de goce.
- 2) La capacidad de ejercicio para el acto jurídico del que se trate.
- 3) La inexistencia de prohibiciones expresas de la ley.
- 4) La conciencia libre y la voluntad actual: La existencia de vicios de la voluntad vicia el acto; antes de autorizarlo, el notario debe investigar discreta pero escru-

3. GONZÁLEZ, Carlos E., *Teoría general del instrumento público*, Buenos Aires, Ediar, 1953, p. 225

4. GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *Instituciones de derecho notarial*, Madrid, Reus, 1948, pp. 102 y ss.

pulosamente el ánimo de cada uno de los otorgantes, para evitar que el instrumento pueda luego ser anulado por ausencia o vicio del consentimiento.

- 5) En los casos especiales en los que la ley exige determinadas asistencias (apoyos) o complementos de capacidad al compareciente, el cumplimiento de estas circunstancias ha de servir al fedatario para afirmar la plena aptitud del compareciente.

Alfredo García-Bernardo Landeta⁵ distingue entre la capacidad de obrar y la legitimación. La capacidad de obrar es la aptitud del sujeto de derecho para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, atribuida por la ley en atención a su experiencia, medida por la edad. Es general; no se refiere a una relación concreta, sino a todas las del mismo tipo. La legitimación es la posibilidad de un sujeto de derecho de constituir, modificar o extinguir una relación jurídica concreta válidamente, y deriva fundamentalmente de la titularidad. Algunas hipótesis, como en las disposiciones testamentarias, no plantean más cuestión que la de la capacidad de obrar, porque la previa titularidad de algún derecho tendrá trascendencia en un momento posterior. Aclara que ambas, capacidad y legitimación, se distinguen perfectamente en las relaciones reales. Una persona capaz solamente puede transmitir el dominio de una cosa propia, de la que es titular; para transmitir una cosa ajena, no alcanza con la capacidad, se requiere estar autorizado legalmente.

3.1. El juicio de capacidad del requirente del notario no requiere constancia documental

La [Ley 404](#) de la Ciudad de Buenos Aires, reguladora de la función notarial, en su artículo 77 expresa:

Además de los requisitos formales, de contenido y de redacción impuestos por la legislación de fondo y por la presente u otras leyes especiales, las escrituras públicas deberán expresar: [...] d) Las menciones que correspondieren relativas a los actos de ciencia propia del notario y a los que hubiere presenciado o ejecutado. El juicio de capacidad de las personas físicas no requerirá constancia documental.

Como valioso antecedente de este artículo, tenemos el anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales y el gran trabajo doctrinario que lo complementa,⁶ obras del entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial –hoy, Academia Nacional del Notariado–. Los cinco incisos del artículo 23 del anteproyecto que se refieren sucesivamente a los datos que debe expresar la escritura no mencionan el juicio de capacidad.

5. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, *Técnica jurídica y práctica notarial*, Oviedo, M. Pons Gráfica Luc., 1964, p. 341.

6. AA. VV., *Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, s. f.; publicado en *Revista del Notariado*, N° 765, 1979, pp. 909-973. [N. del E.: ver [aquí](#)].

Ello en consonancia con el artículo 9, inciso 25, según el cual el notario, en su carácter de autorizante en la formación del documento, debe, como función privativa, “examinar, en relación al acto a instrumentarse, la capacidad y legitimación”, sin referirse a su mención en el documento, lo que sí realiza, luego, en el inciso 1 del artículo 31, donde expresamente aclara que “la capacidad legal de las personas no requiere constancia documental”. Y en el comentario doctrinario al citado artículo 31, se indica que “el llamado juicio de capacidad no requiere constancia documental” y que se lo hace en forma expresa “para concluir con el erróneo concepto que es obligatorio observar esa formalidad”.

El recordado Pelosi, en un extraordinario trabajo⁷, se refiere a los actos propios del notario que contribuyen a calificar como público al documento notarial de la siguiente manera:

Hay cuestiones de técnica que no se reflejan en el documento; verbigracia: la rogación, la determinación de competencia, el **juicio de capacidad** y hasta el modo de conducir los actos preparatorios en el orden administrativo o de citar a los interesados...

También Zinny⁸, al distinguir las partes de una escritura, ubica, entre las que denomina “situaciones preexistentes”, las que se refieren no ya a las declaraciones de los otorgantes sino al juicio del escribano (fe de conocimiento), y prescinde del juicio de capacidad, pues piensa que va implícito en la autorización del documento. Si la parte carece de cualidades para comportarse (incapacidad) o no está legitimada para colocarse en la situación pretendida, es evidente que el escribano no permitirá la celebración del acto. Ello también surge del criterio de González Palomino⁹, quien estima que solamente la identificación, que también es un presupuesto de la prestación de funciones, requiere mención documental por ley. Recuerda también Pelosi¹⁰ que, aunque se incluya en la conocida fórmula de Azpitarte (“dónde, cuándo, ante quién, quiénes, conocidos, capaces y para qué”), no es imprescindible expresar el juicio de capacidad, que en la práctica se traduce en la expresión “hábiles”.

7. PELOSI, Carlos A., “Técnica de la redacción escrituraria”, en *Cuadernos Notariales*, La Plata, Universidad Notarial Argentina, N° 15, s. f., serie “Técnica Notarial”, p. 17.

8. ZINNY, Mario A., “Documento notarial. Orden vigente y dogmática jurídica”, en *Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos*, Paraná, Colegio de Escribanos de Entre Ríos, N° 51, 1964, p. 346 (citado por PELOSI, Carlos A., ob. cit. [cfr. nota 7], p. 121).

9. Citado por PELOSI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 107.

10. Ídem, p. 137.

4. Las sentencias de incapacidad y su registración y publicidad en el Código Civil y Comercial

El CCCN establece los siguientes principios rectores:

- La capacidad general de ejercicio se presume (art. 31, inc. a).
- El menor que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (art. 26).
- Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (art. 31, inc. b).
- La sentencia que declare la incapacidad debe inscribirse en el Registro de Estado y Capacidad de las Personas; se debe dejar constancia en el acta de nacimiento y produce efectos recién a partir de su inscripción en el Registro (art. 39).

Es ilustrativo recordar los **fundamentos** expuestos por la comisión redactora del anteproyecto:

El Anteproyecto distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio [...] De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madurez”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc. [...] se señala que la noción de incapacidad, en la que juega mayormente la figura de la representación, se reserva para casos extremadamente excepcionales, configurados por aquellos supuestos en los que, lamentablemente, la persona se encuentra en situación de absoluta falta de habilidad para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Asimismo, para otorgar efectos a una inscripción en un determinado registro, no alcanza con crearlo en la ley de fondo, sino que, con posterioridad, debe legislarse sobre todos y cada uno de los pasos necesarios para que ese registro cumpla con su función publicitaria y recién entonces sus constancias puedan ser oponibles a los terceros que eventualmente contraten con el sujeto de la inscripción; en este caso, aquel que es declarado incapaz por sentencia judicial.

Es oportuno recordar lo que ocurrió con la reforma de 1968 al CCIV en lo referente al Registro de la Propiedad Inmueble. La modificación al artículo 2505 asignó a la registración inmobiliaria efectos sustantivos para el reconocimiento del derecho de propiedad por parte de los terceros; y recién pudo ser operativo gracias a la inmediata sanción de la **Ley Registral 17801**, quince días después de la vigencia de la reforma del Código Civil y basada esencialmente en el proyecto de Ley Registral de Miguel Falbo y Edgardo Scotti.

Un registro tiene que estar organizado de manera tal que responda a principios registrales generales y especiales de la materia de su competencia. No puede prescindir de aquellos principios esenciales como el de prioridad indirecta o reservada, que produce los efectos de anotación preventiva o de reserva para los alcances jurídicos

del acto que se va a instrumentar, produciéndose a su respecto la anotación condicional, por el plazo que se establezca, de la sentencia que se presentare al registro declarando la incapacidad de la persona sobre la que se ha solicitado el certificado. Como expresa Villaro¹¹,

... la publicidad registral, en tanto publicidad de los asientos, necesita, obviamente, la existencia de un asiento previo para ser efectuada, y se cumple cada vez que algún interesado solicita información por alguna de las vías previstas (certificados e informes, principalmente) [...] y se la suele llamar en un primer sentido publicidad material (la del asiento) y en el segundo publicidad formal (la del informe o el certificado) y así se la usa cuando se habla de publicidad de los asientos.

En consecuencia, el Registro de Sentencias de Incapacidades debe organizarse sobre la base de asientos y certificados o informes de los mismos. Hasta tanto ello no ocurra, no existirá como tal.

En cuanto a la solución que se sugiere de incorporar a las escrituras declaraciones de los comparecientes asegurando su capacidad, estimo que carece de toda validez jurídica, por constituir una situación idéntica a la que se presentaría en el caso en que el transmitente de un bien libere al notario de la responsabilidad que tiene respecto de su legitimación para disponer de ese bien. Y si efectivamente el requirente fuera un incapaz, su declaración carecía de validez.

5. Conclusión

Frente a la situación actual, se puede afirmar que mientras el Registro de Sentencias de Incapacidad al que se refiere el artículo 39 CCCN no se encuentre organizado a nivel nacional y en condiciones de brindar una información idónea en tiempo y forma, no se innovará en la responsabilidad notarial en esta materia, la que seguirá ligada al deber de cerciorarse de la capacidad de los requirentes, dentro de los límites de hecho y de derecho que en el desempeño de sus funciones le obligan al notario a apreciarla o reconocerla.

11. VILLARO, Felipe P., *Derecho registral inmobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 159 (colección "Función notarial" [dir.: Natalio Pedro Etchegaray], v. 2).