

4. Si bien no se cumple con el tracto sucesivo registral, existe por parte del promitente comprador una legitimación sustancial, resultante del conocimiento manifiesto del propietario del bien CRPR de las promesas y cesiones existentes.

5. La promesa de compraventa y las cesiones se inscribirán por el legitimado HSAC conforme a lo establecido en el artículo 57 de la ley 16.871.

Escribana Mercedes Azar
Coordinadora

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional
de la AEU el 23.4.2019, expediente 1989/2018.*

CAPACIDAD JURÍDICA. ANCIANO. TESTAMENTOS. ESCRIBANOS

Resumen

No existe obligación legal de requerir certificado médico para el otorgamiento de testamento por persona de edad avanzada.

Informe: Notarial

Consulta

En autos «L, C C/ A, C: Nulidad de testamento», IUE .../2018, se solicita a la Asociación de Escribanos del Uruguay informe sobre qué obligación recae en el escribano en cuanto a solicitar certificado médico en el caso de actuar con personas de avanzada edad.

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

Reiterando conceptos de esta comisión en consulta de expediente 1861/2018, expresamos:

En primer lugar, estamos ante la ausencia de una obligación de actuar con certificado médico, en el sentido de cumplimiento de una formalidad exigida por la normativa.

En cuanto al fondo del asunto, como elemento inherente a las prerrogativas fundamentales del ser humano, la capacidad es la regla, siendo una excepción la incapacidad. Se exige a todo otorgante de un negocio jurídico el suficiente discernimiento acerca de la finalidad, contenido y trascendencia del acto a suscribir.

De conformidad con otros informes de esta comisión,⁵ por principio el escribano debe proceder de manera similar en todos los negocios y actos jurídicos en que intervenga, resultando aplicables las normas dispuestas con carácter general por el Código Civil.

En informe del Esc. Jorge PÉREZ GONZÁLEZ, aprobado por la Comisión de Derecho Civil, se indica:

El escribano debe, por todos los medios a su alcance, procurar que los negocios otorgados ante sí reúnan los requisitos necesarios para su validez y eficacia y, en particular, que el consentimiento sea emitido por persona capaz y que el mismo no resulte viciado por error, violencia o dolo. La constancia de conocimiento y la exigencia de testigos coadyuvan a que tales extremos se cumplan, aunque, en algunos casos, determinados desarreglos mentales o estados psíquicos puedan pasar desapercibidos a quien no sea un técnico en la materia. Sin embargo, si llegare a constatar directamente, por sí, que el otorgante no goza del libre uso de razón, debería abstenerse de intervenir.⁶

El Código Civil, con relación a la capacidad, establece:

Art. 438. Son nulos de derecho los actos y contratos del demandado por incapaz, posteriores a la inscripción de la interdicción respectiva, sea esta provisoria o definitiva.

Los anteriores podrán ser anulados, cuando la causa de la interdicción existía públicamente en la época en que esos actos o contratos fueron hechos.

Art. 439. Después que una persona ha fallecido, no pueden ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de demencia, a no ser que esta resulte de los mismos actos o que se hayan consumado después de intentada la demanda de incapacidad (art. 831).

Art. 1279. Son absolutamente incapaces los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito ni mediante lengua de señas, según lo establecido en la ley 17.378, de 25 de julio de 2001. En este último caso, la intervención del intérprete de lengua de señas es preceptiva para decidir la incapacidad. Los actos en que intervengan personas incapaces no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución.

5 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 100 (2014), pp. 291 y ss., y expediente 17296.

6 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 79 (1993), pp. 112 y ss.

Entendemos aplicables al caso los argumentos y citas doctrinarias señalados por el Esc. Raúl ANIDO en nota a sentencia que, por su contundencia conceptual, seguimos en el presente informe.⁷

ANIDO recuerda que GUILLOT enseñaba que si no hay interdicción, los actos de un individuo que se pretende declarar incapacitado, pueden ser atacados probando que, al momento de su celebración, el sujeto era incapaz de consentir. Por otro lado, el artículo 438 del Código Civil permite anular los actos y contratos anteriores a la interdicción, sin necesidad de probar la incapacidad en el momento del acto o del contrato, siempre que la causa de la interdicción existiera públicamente en aquella época. La razón de esta norma es que quien contrata con una persona cuya incapacidad es pública obra de mala fe, pues la ignorancia de la situación sería inverosímil. En cambio, si era conocida la incapacidad por el co-contratante, pero no era pública, habrá que probarla en el momento del acto.

En cuanto a la cuestión de si puede el notario mediante la simple observación del otorgante o de las disposiciones del acto jurídico apreciar insanías mentales y, en consecuencia, la incapacidad, la respuesta es que el contenido de las estipulaciones negociales puede revelar la falta del libre uso de razón, sin que por ello pueda deducirse que solo a través de tal contenido se analice la capacidad.

Si el escribano prescinde de obtener un informe pericial, lógicamente es porque la capacidad del otorgante le es indudable; a través de la convicción de actuar en forma correcta, se carece de motivos para la consulta médica.

GIAMPICCOLO, citado por ANIDO, advierte que la buena fe y la mala fe son estados de certeza contradictorios, aunque no complementarios, en cuanto dejan espacio al estado de duda. La buena fe no es mera ausencia de mala fe, sino convicción de actuar bien.

En caso de obtener certificado médico, el motivo puede ser que las dudas llevan al notario, a efectos de su convicción de obrar correctamente, a apoyarse en un informe pericial que determine el libre uso de razón del otorgante.

Citando la referencia de ANIDO, TORRES ESCÁMEZ observa el criterio de la práctica notarial española de llamar a médicos como testigos en escrituras en casos dudosos de capacidad. Pero esta práctica solo puede ser entendida en el sentido de que el informe médico puede ayudar al notario a salir de la duda en sentido positivo. Con un informe a favor de la capacidad, se podrá autorizar el acto jurídico, pero si el notario sigue teniendo dudas, debe abstenerse de actuar.

El juicio del notario sobre la capacidad del otorgante está implícito en el sistema de eficacia del documento notarial de tipo latino. NÚÑEZ LAGOS establecía dos estratos en los que la fe pública notarial despliega efectos: la de los hechos (*iuxta verum dictum*), manifestación de verdad

7 Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, tomo 92 (2006), pp. 91 y ss.

o realidad, y la del derecho (*iuxta legem actum*), expresión de legalidad. En el primer ámbito, el acto documentado por el notario surte todos sus efectos íntegramente, mientras una sentencia no declare su falsedad; en el segundo, el negocio jurídico es legal y válido *iuris tantum*, mientras una sentencia firme no declare su nulidad. En este segundo campo se sitúan las calificaciones del notario que engendran en juicio presunciones *iuris tantum* y, fuera de juicio, legitimaciones para el tráfico. La capacidad es objeto de una calificación por parte del notario y engendra la presunción *iuris tantum* de la capacidad jurídica.

ANIDO cita a FERNÁNDEZ CASADO, que afirmaba:

En el rigor de los principios, tampoco fue menester que el notario hiciese expresión de la capacidad de los otorgantes, bastaría con preceptuar que el notario, bajo su responsabilidad, se abstudiese de autorizar el acto o contrato, siempre que, a su juicio, el otorgante careciese de capacidad legal, sobreentendiéndose de este modo que, en el mero hecho de proceder a su autorización, afirmaba implícitamente dicha capacidad.

Al autorizar un acto jurídico, está implícito el juicio favorable del notario acerca de la capacidad de los otorgantes. Si la percepción acerca de tal capacidad fuese negativa, el escribano debería abstenerse de intervenir.

En síntesis:

1. No existe norma que requiera al escribano actuar con certificado médico para el otorgamiento de testamento por una persona de edad avanzada.
2. Si el notario constatase que la persona carece del libre uso de razón, debería abstenerse de intervenir.

Esc. Carlos del Campo García
Redactor

Aprobado por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales el informe precedente por sus integrantes, Escs. Susana Chao, Carlos del Campo, Natalia Machín, Gabriela Bouvier, Vicente Ubbriaco y Blanca Olmos.

Escs. Susana Chao y Carlos del Campo
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional
de la AEU el 23.4.2019, expediente 2086/2019.*