

CAPACIDAD JURÍDICA. CAPACIDAD DE OBRAR. ANCIANO. CESIÓN DE GANANCIALES

Resumen

La cesión de derechos gananciales es un negocio válido, eficaz e inscribible. La expedición de un certificado médico no es un requisito de validez ni de eficacia de un acto. El escribano interviniente es quien debe valorar la conveniencia de su solicitud, según las circunstancias del caso.

Informes: Civil y Notarial

Consulta

Se consulta por parte de la sede judicial —Juzgado de Familia—, en expediente de nulidad y simulación de cesión de derechos:

- 1) si la cesión de derechos gananciales está catalogada como un negocio atípico;
- 2) si es de práctica notarial convencional y aconsejable solicitar a una persona mayor de edad (en la especie, de 88 años) un certificado médico que denote aptitud mental para suscribir operaciones de este tipo (en el caso, cesión de derechos gananciales).

Informe de la Comisión de Derecho Civil

I. PRIMERA CONSULTA

Corresponde en primer término definir el concepto de *contratos típicos* como aquellas figuras contractuales nominadas, o modelos que han sido expresamente definidos y regulados por el legislador, para programar las relaciones jurídicas de los contratantes.

El artículo 1260 del Código Civil admite asimismo la existencia de contratos innominados, también llamados *atípicos*, que pueden definirse como aquellos que no se ajustan necesariamente a un tipo preestablecido en la ley y que pueden surgir de la autonomía de la voluntad de las partes, de la reiteración de determinadas costumbres, etcétera.⁸³

Nuestro Código Civil no prevé a texto expreso la figura negocial *cesión de gananciales* o *cesión de bienes que integran la disuelta sociedad conyugal* (exgananciales), y es por ello que en el pasado esta figura ha sido

83 LORENZETTI, Ricardo, «Contratos modernos», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 82, n.º 1-12 (ene.-dic. 1996), pp. 33-48.

controvertida entre la diversa doctrina uruguaya, suscitando reiteradas consultas a la Comisión de Derecho Civil.⁸⁴

En oportunidad de celebrarse la XXIII Jornada Notarial Uruguaya, se redactó un informe de comisión con respecto al tema «Renuncia y cesión de gananciales». En él se concluyó que el negocio jurídico que nos ocupa «importa en sí mismo un objeto viable de contratación, determinado o determinable en cuanto a las unidades patrimoniales que lo componen», y se agregó, entre otros puntos, que «cada cónyuge, excónyuge o sus respectivos herederos pueden ceder su cuota parte por cualquier título reconocido en nuestro derecho, y por el modo correspondiente: la tradición de derechos».⁸⁵

Más recientemente, al sancionarse la ley 16871 de Registros Públicos, de 26.9.1997, entendemos haberse laudado el punto en forma definitiva, ya que el artículo 45, numeral 2.º de dicha norma establece que se inscribirán en la sección Universalidades del Registro Nacional de Actos Personales, entre otros, «la cesión de derechos a los bienes que se mantengan proindiviso de la disuelta sociedad conyugal».

En el mismo sentido, AREZO defiende la licitud, validez y eficacia de la cesión de gananciales, rebatiendo todos aquellos argumentos que sostenían su inadmisibilidad. Argumenta que su objeto es determinable, que se encuentra en el comercio de los hombres y que puede ser objeto de cesión o enajenación. Se apoya también en la existencia de la previsión legal expresa contenida en la Ley de Registros Públicos antes referida: por más que se trate esta de una norma registral, por ser el derecho una integralidad, sería incoherente que se mandara a inscribir un negocio jurídico que no fuera legalmente viable.⁸⁶

II. SEGUNDA CONSULTA

Con relación a la segunda consulta que formula la sede judicial, comenzaremos por definir la *capacidad* como aquella «idoneidad de toda persona de ser sujeto de derechos, y de hacer valer esos derechos por sí mismo».

La capacidad se ha dividido doctrinariamente en dos grandes categorías o grados: capacidad *de goce* o *jurídica*, atributo inseparable de la persona-

84 SÉRÉ TURTURIELLO, Diego (informante), ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL, «Donación. Cesión de gananciales. Reducción de donaciones» (exp. 1446/2017), *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 103, n.º 1-12 (ene.-dic. 2017), pp. 427-435.

85 AREZO PÍRIZ, Enrique; MOLDES, Víctor J.; ROSSI, Rómulo E.; PARDÍAS, Walter, y GARCÍA, Daniel, informe de la comisión del tema II: «Renuncia y cesión de gananciales», XXIII Jornada Notarial Uruguaya (oct. 1981).

86 AREZO PÍRIZ., Enrique, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 92, n.º 1-6 (ene.-jun. 2006), pp. 115-118.

lidad, y capacidad *de ejercicio o de obrar*, que implica la idoneidad de la persona para ejecutar por sí los propios actos.⁸⁷

Expresa ANIDO que ni la Ley Orgánica ni el Reglamento Notarial exigen al escribano que en la escritura o acta notarial deba expresar su juicio con respecto a la capacidad del otorgante. De cualquier manera —continúa—, tal juicio se ha de hallar implícito en la autorización de toda escritura pública, dado que es esencial del contrato —y de todo negocio jurídico— la capacidad legal de la parte que se obliga (art. 1261, num. 2.º CC). En tal sentido, el autor sostiene que la actuación del escribano vendría a ser un verdadero «control de legalidad», dado que este se abstendrá de actuar cuando aprecie que no se presenta la necesaria capacidad en el compareciente.⁸⁸

El escribano no es el profesional idóneo para determinar si una persona es plenamente capaz y tiene plena facultad de discernimiento. Sin embargo, a través del vínculo con el otorgante, podrá detectar si existen signos que lo puedan alertar acerca de la insuficiencia de su capacidad.

Al respecto, VILLAR⁸⁹ ha sostenido que el escribano parte de dos principios reconocidos jurisprudencialmente: *a)* la regla es la capacidad, y la excepción, la incapacidad; y *b)* la capacidad se presume.⁹⁰ El juicio notarial de capacidad es una evaluación no técnica que realiza el escribano y consiste en verificar que el sujeto que pretende otorgar un acto no presente signos notorios de incapacidad, signos perceptibles por una persona que no es especialista, que derroten los principios mencionados. Y agrega el autor que su función no es constatar que la persona sea capaz, porque es incompetente para eso: su función es verificar que no existan signos notorios de incapacidad que hagan caer las presunciones mencionadas.

En lo que respecta a la edad de los otorgantes, doctrina y jurisprudencia han reconocido que la incapacidad requiere que el sujeto esté privado del libre uso de la razón, y no es suficiente con el natural deterioro cognitivo producido por la edad, sin privar de razón a quien padece dicho deterioro.

87 GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo X; CESTAU, Saúl D., *Personas*, vol. II; CAFARO, Eugenio, y CARNELLI, Santiago, *Eficacia contractual*.

88 ANIDO BONILLA, Raúl, «De la eficacia del documento notarial», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 89, n.º 1-12 (ene.-dic. 2003).

89 VILLAR, Juan Pablo, «El derecho humano a participar con base igualitaria en la vida civil y la imparcialidad activa notarial como herramienta idónea para que pueda efectivizarse», trabajo presentado en la Primera Jornada Académico-Notarial sobre Derechos Humanos, 2018.

90 Estos principios son reconocidos por la jurisprudencia; a vía de ejemplo, vé. TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL 1.º, sentencia 2/2013, Bendahan (r), Baccelli, Díaz, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, tomo II, p. 361.

En ese sentido se ha manifestado CAROZZI,⁹¹ así como el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno.⁹²

Respecto a la consulta concreta de si constituye una práctica recomendable la solicitud por parte del escribano de un certificado médico que avale la aptitud o capacidad de la persona para el otorgamiento del negocio que este autorizará, consideramos que es preciso comenzar por expresar de manera enfática que no existe obligación de solicitar un certificado médico que acredite la capacidad de una persona. La obtención de dicho certificado no es un requisito de validez ni de eficacia del negocio. Por lo tanto, el hecho de no solicitar un certificado médico no provoca la nulidad del acto ni que la actuación notarial sea incorrecta.

A pesar de no ser una obligación ni un requisito, según se explicó, frente a determinadas circunstancias, que dependerán del caso concreto, el escribano puede, si así lo entiende pertinente, solicitar que se adjunte un certificado médico como recaudo para preconstituir prueba de la capacidad de la persona ante un eventual juicio de nulidad del acto por incapacidad.

A vía de ejemplo, en materia testamentaria, el escribano que actúa puede considerar recomendable —insistimos, no es obligatorio— solicitar un certificado médico para preconstituir prueba de la capacidad del testador de avanzada edad que realiza disposiciones contrarias a los intereses de quienes heredarían si no existiera ese testamento; ello, porque la estadística jurisprudencial demuestra que con frecuencia, la persona que se ve perjudicada por un testamento alega la falta de capacidad del testador, y en ese sentido, el certificado de un especialista, si bien no es determinante, es un elemento probatorio muy importante para abortar el intento de impugnación.

La no obligatoriedad del certificado ha sido reconocida jurisprudencialmente. A vía de ejemplo, ha expresado el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno:⁹³

Si bien es una práctica notarial que para realizar testamento de personas mayores se expida certificado acreditando capacidad, dicho extremo no es uno de los exigidos por la norma para la validez del testamento; basta que el escribano autorizante esté seguro de la capacidad del otorgante.

En materia contractual, al igual que en la testamentaria, no es obligatorio solicitar un certificado médico que acredite la capacidad del otorgante. Con relación a si es recomendable o no solicitar un certificado médico, lo deberá valorar el escribano interviniente, según las circunstancias del caso.

91 CAROZZI FAILDE, Ema, *Manual de derecho sucesorio*, tomo I, Montevideo: FCU, 2.^a ed., 2010, p. 95.

92 TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA 1.º, sentencia 73/2015, de 17.6.2015, Díaz (r), Bendahan, Merialdo, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLVI, p. 323.

93 TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL 1.º, sentencia 73 cit., *Anuario...* y p. cit.

Vale destacar que algunas de las circunstancias que pueden llevar al escribano a recomendar la solicitud de un certificado médico en sede testamentaria no se presentan en materia contractual. A vía de ejemplo, en el testamento siempre va a existir un interesado en impugnarlo, y no así en materia contractual; el testamento produce efectos cuando fallece la persona que puede haber sufrido un deterioro cognitivo con posterioridad al testamento y antes de su eficacia, mientras que el contrato produce efectos inmediatos, etcétera. Probablemente en esas diferencias se encuentre la razón por la cual no es práctica notarial común solicitar certificados médicos en materia contractual, mientras que en sede testamentaria ocurre con mayor frecuencia.

III. CONCLUSIONES

1. La cesión de derechos gananciales es un negocio válido y eficaz cuyo objeto está constituido por la cuota parte de los bienes de los cónyuges en la disuelta sociedad conyugal. Dicho objeto puede ser cedido o enajenado por cualquier título hábil reconocido en nuestro derecho, el que deberá estar seguido del modo tradición. Se instrumentará en escritura pública, y corresponderá su inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales, sección Universalidades. Podrá otorgarlo cada cónyuge, excónyuge o sus respectivos herederos, y rigen en cuanto a la capacidad los principios generales en materia de contratación.

2. No es obligatoria la solicitud de un certificado médico para que una persona de avanzada edad otorgue un contrato, ni su expedición es un requisito de validez ni de eficacia. En términos generales, no es práctica notarial habitual en materia contractual solicitar dicho certificado, y es el escribano interviniente quien, según las circunstancias del caso, deberá valorar la conveniencia o no de su solicitud.

Esc. M.^a Laura Conde Domingo
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Mariana Abó, Karen Bonner, Sabrina Buono, Alicia Cancela, Daniella Cianciarulo, María Laura Conde, Ana Correa, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Carlos Groisman, Adriana Inciarte, Ana Irabedra, Mónica Jover, María del Rosario Marchese, Roque Molla, Laura Parnás, María del Pilar Ramírez, Mildred Secondo y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por la Esc. María Laura Conde.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe de la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales

La capacidad es regla, y la incapacidad, excepción, como elemento inherente a las prerrogativas fundamentales del ser humano. Se exige al contratante el suficiente discernimiento acerca de la finalidad, el contenido y la trascendencia de los negocios a otorgar.

Por principio, de conformidad con otros informes de esta comisión,⁹⁴ el escribano debe proceder de manera similar en todos los negocios y actos jurídicos en que intervenga, y resultan aplicables las normas dispuestas con carácter general por el Código Civil.

En informe del Esc. PÉREZ GONZÁLEZ⁹⁵ 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.

El Código Civil establece, con relación a la capacidad:

Artículo 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.

Artículo 439. Después de 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 (artículo 831).

Artículo 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 17378, 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

94 Por ejemplo, DEL CAMPO, Carlos (informante), ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO NOTARIAL Y TÉCNICAS NOTARIALES, «Testamentos. Ancianos. Publicidad registral», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 100, n.º 1-12 (ene.-dic. 2014), pp. 291 y ss.

95 PÉREZ GONZÁLEZ, Jorge (informante), ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL, «Deontología notarial», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 79, n.º 1-6 (ene.-jun. 1993), pp. 112-115.

intervengan personas incapaces no producen ni aun obligaciones naturales y no admiten caución.

Entendemos aplicables al caso los argumentos y citas doctrinarias señalados por el Esc. ANIDO en nota a sentencia publicada en la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*,⁹⁶ que por su enjundia seguimos en el presente informe.

ANIDO nos recuerda que GUILLOT⁹⁷ enseñaba que si no hay interdicción, los actos de un individuo que se pretende declarar incapacitado pueden ser atacados probando que en el 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 ser necesario 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 notoriamente de mala fe, pues debe conocer la causa de la interdicción (su ignorancia sería inverosímil). En cambio, si era conocida la incapacidad por el cocontratante pero no era pública, habrá que probarla en el momento del acto.

En cuanto a la intervención notarial, ante la cuestión de si puede el notario mediante la simple observación del otorgante —o de las disposiciones del acto jurídico— apreciar las insanias 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 no obtiene un informe pericial puede ser porque la capacidad del otorgante no le merece dudas; a través de su convicción de actuar correctamente, no hay motivo para la consulta médica.

GIAMPICCOLO⁹⁸ advierte que la buena y la mala fe son estados de certeza contradictorios, aunque no complementarios, en cuanto dejan espacio al estado intermedio de la duda. La buena fe no es mera ausencia de mala fe, sino convicción de actuar bien.

De obtener certificado médico, el motivo puede ser que ante dudas, el notario, a efectos de lograr su convicción de obrar correctamente, se apoye en un informe pericial que determine el libre uso de razón del otorgante.

Así, TORRES ESCÁMEZ⁹⁹ observa el criterio bastante difundido en la práctica notarial española de llamar a médicos como testigos de la escritura en casos dudosos de capacidad. Pero esta práctica solo puede ser entendida

96 ANIDO, Raúl, «Anulación de testamento», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 92, n.º 1-6 (ene.-jun. 2006), pp. 91-99.

97 GUILLOT, Álvaro, *Comentarios del Código Civil*, tomo II: «De las personas», Montevideo: Sureda Editor, 1928, p. 571.

98 GIAMPICCOLO, Giorgi, «La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1965, I, p. 343.

99 TORRES ESCÁMEZ, Salvador, «Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 34 (abr.-jun. 2000), p. 219.

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.

TORRES ESCÁMEZ¹⁰⁰ cita a GIMÉNEZ ARNAU en cuanto afirma que el juicio del notario sobre la capacidad del otorgante está implícito en el sistema de eficacia del documento notarial de tipo latino. La trascendencia del juicio de capacidad es tal que esta es soporte del consentimiento, esencial para el negocio jurídico.

NÚÑEZ LAGOS establece dos estratos en que la fe pública notarial despliega efectos: la de los hechos (*iuxta verum dictum*), como manifestación de verdad o realidad, y la del derecho (*iuxta legem actum*), como manifestación 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.

ANIDO¹⁰¹ cita a FERNÁNDEZ CASADO, quien 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 abstuviese 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 intervenir en un acto jurídico, está implícito el juicio favorable del notario acerca de la capacidad de los otorgantes. Si la percepción acerca de tal capacidad es negativa, el escribano debe abstenerse de intervenir.

CONCLUSIÓN

El otorgamiento de negocios jurídicos por una persona de edad avanzada no requiere que el escribano solicite certificado médico. Si el notario constata que la persona carece del libre uso de razón, debe abstenerse de intervenir.

Esc. Carlos del Campo García
Informante

100 TORRES ESCÁMEZ, Salvador, o. cit., p. 215.

101 FERNÁNDEZ CASADO, Miguel, *Tratado de notaría*, tomo I, Madrid, 1895, p. 157.

La Comisión de Derecho Notarial, integrada por los Escs. Carlos del Campo, Natalia Machín, Gabriela Bouvier, Vicente Ubbriaco y Susana Chao, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Carlos del Campo.

Esc. Susana Chao
Coordinadora

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional
de la AEU el 7.8.2018, expediente 1861/2018.*