

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

TEMA 1: "PERSONA HUMANA. CAPACIDAD JURIDICA. PRINCIPIOS GENERALES. CAPACIDAD DE EJERCICIO Y DE DERECHO. RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD JURIDICA. SISTEMA DE APOYOS AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURIDICA. SENTENCIA. EFECTOS. REGISTRACION. MENOR DE EDAD Y ADOLESCENTE. TUTELA Y CURATELA

PAUTAS DEL COORDINADOR

El estudio de la capacidad jurídica de la persona humana, sus restricciones o incapacidad, en el derecho notarial importa su correlación con la representación legal o necesaria y los actos que la persona humana puede hacer por sí.-

Por ello invitamos a un estudio del tema con la mira en la posibilidad de intervención notarial de las personas humanas incapaces o con capacidad restringida y la consecuente redacción de las cláusulas escriturarias.-

La reforma legislativa manteniendo el principio constitucional y del derecho supranacional de las convenciones de derechos humanos (bloque constitucional federal) mantiene el principio rector de la presunción de la capacidad de la persona humana (art. 31CyC), y en base a ello establece un cambio de paradigma en el tratamiento de la capacidad, que ya establecían las leyes en la materia en la última década (p. ej.: leyes 26.061, 26.657, 26.378, 26.529, 25.326), abandonando la clasificación capacidad/incapacidad, para acoger el tratamiento de la capacidad en atención a las circunstancias de la persona humana con un criterio gradualista, en que se deja de lado la solución simple de validez/nulidad, para tener que considerar el grado de madurez y de aptitud en cada caso, para lo que establece categorías intermedias. (Entre varios autores puede verse la opinión de José María Orelle, en su comentario al entonces proyecto de reforma en Revista del Notariado 914 pág. 25 y sgtes., o de Llorens y Rajmil en el Tomo I del Código Civil y Comercial Comentado Ed. Astrea- FEN; y las conclusiones de la 39 Jornada Notarial Bonaerense.-).-

Esto no lleva a considerar las conclusiones del Tema IV de la previa XXXI Jornada Notarial Argentina, Córdoba 2014, y su comparación ante la nueva legislación, donde encontraremos un punto de partida y podremos analizar si la nueva legislación ha dado respuesta a cuestiones allí plantadas.-

Ante esta calificación flexible el notario deberá valorar la aptitud de la persona humana que en cualquier carácter intervenga en el proceso notarial y el documento resultante en su caso.-

Toda nueva norma requiere su análisis y coordinación con las restantes normas, y las de esta materia no puede hacerse dejando de lado leyes más modernas dictadas en los años previos a la sanción del Código Civil y Comercial y la jurisprudencia fundada en ellas.-

1.- PERSONA POR NACER

Invitamos en primer término a analizar la cuestión de la capacidad de las personas por nacer, tratado en términos generales siguiendo los parámetros velezanos, pero se hace necesario el estudio con respecto a las nuevas técnicas de reproducción humana asistida (RHA) y el reconocimiento legal de la crioconservación de embriones.-

En este punto el art. 19 CCyC consagra la existencia de la persona humana desde la concepción, y el art. 21 CCyC prevé los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer que quedarán irrevocablemente adquiridos si nace con vida.-

La cuestión que invitamos a estudiar en este punto es el caso de la concepción extrauterina y la crioconservación de embriones, caso en que se debe analizar si puede adquirir derechos y obligaciones aun antes del renovación del consentimiento para cada uso (o su omisión) para su implantación, que prevé el art. 560 CCyC que determina la voluntad procreacional y consecuente el derecho hereditario.

¿Las normas de los arts. 19 y 21 admiten la posibilidad de donar a la personas humana que nazca con vida cuando se trata de un embrión crioconservado ante que se renueve el consentimiento para su implantación? Y de considerarse admisible, estando ante la adquisición del derecho sometida a la condición legal de nacer con vida, p.ej. en el caso de la donación de inmuebles: ¿es aplicable el límite temporal de 10 años del art. 1965 CCyC al dominio revocable? ¿Quién ejercerá los derechos por la persona por nacer cuando no existe voluntad procreacional y por ende, cómo se podrá determinar su representación?

2.- NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La reforma recepta criterios de derecho supranacional en la materia, y no determina la incapacidad de hecho de los menores según la rígida pauta de la edad, sino que en el propio art. 24 inc. b) CCyC se refiere a su incapacidad cuando no cuenta con la edad y grado de madures suficiente.-

Este abre la posibilidad de considerar a los adolescentes como si fueran capaces para una pluralidad de actos en que prevalecen los de índole personal, elecciones sobre la vida y propio cuerpo o no, cuestión con opiniones dispares como reflejan la conclusiones 13 y 15 de la Comisión de las recientes JNDC de B.Blanca –www.jndcbahiablanca2015.com)

2.1.- En el ámbito de de los actos patrimoniales y contratos objetos de los documentos notariales, invitamos a la comparación de la actual regulación con el sistema derogado, en especial en cuanto a los actos de disposición y la necesaria intervención de representantes y autorización judicial.

La reforma consagra los principios del menor a ser oído (arts. 26, 103,639 inc. c) CCyC, entre otros) y ser informado (art. 690 CCyC) nos lleva a pensar, como ya lo hacía la ley 26.061, a considerar si el notario debe calificar la actuación judicial si dio o no cumplimiento a oír al menor en el proceso y observar la resolución judicial en caso de omisión, o si debe estar a lo ordenado por el juez cuando esa resolución no fue requerida en el proceso judicial respectivo.-

Sin perjuicio de ello, si el notario debe o solo puede, en caso de omisión de tal recaudo en el proceso, requerir la comparecencia e intervención del menor, aún sin la presencia o asistencia de letrado de la matrícula, preferentemente especializado en temas de minoridad, o de los funcionarios que integran las asesorías de menores o incapaces, ministerio público u otro organismo estatal.-

Invitamos a analizar la facultad o no del notario de revisar la resolución judicial más allá de las partes; y la validez, eficacia o utilidad de la comparecencia del menor al acto notarial que no fue oído a juicio del notario, como acto “subsancatorio” de la omisión judicial.-

Asimismo se deberá analizarse la posible intervención del hijo menor de edad, no ya en ejercicio de su derecho a ser oído en sentido estricto, sino en cumplimiento del deber de información y consecuente conocimiento directo e inmediato del contrato en los términos del art. 690 CCyC. Así considerar o reflejar la forma de integrar su voluntad o de su representación, con independencia de la validez y eficacia propia del acto objeto de la escritura pública, siempre teniendo en atención el grado de madurez del representado.-

La temática también implica el estudio de dos respuestas del sistema normativo para los actos de administración en el art. 645 CCyC parte final, al exigir para estos actos el consentimiento expreso del adolescente, es decir como integrador de su voluntad, más allá de la de los representantes legales, y el ejercicio necesario de esta representación con su debida acreditación notarial; y la de los actos de disposición (art. 692 CCyC) donde la integración de la voluntad del representado se concluye con la resolución judicial, sin perjuicio de la recepción de la finalidad del anterior art. 1164 C.Civil derogado en contratos en general, en que la nulidad requiere el perjuicio al menor.-

Desde el estudio de los títulos invitamos a analizarse ante esta norma, la observabilidad sin más del acto otorgado a favor del menor cuando no le causa perjuicio sin contar con autorización judicial. Situación que refleja la práctica diaria en los casos de compra de un inmueble en representación del menor sin aclarar el origen del dinero, o también cuando surja que es con dinero de este, o cuando este recibe el dinero para realizar tal compra como condición de su transmisión.-

La problemática reitera la de la vieja legislación, pero deja clara la prevalencia de doctrina sentada por la Cámara porteña en 1933 sobre que el dinero no podía ser dispuestos por lo usufructuario legales como, un supuesto de cuasi usufructo; pero cabe analizar la continuidad o solución a la luz de la reforma y las posibles restantes interpretaciones.-

En la disposición de bienes de propiedad del adolescente, también invitamos a analizar el caso, quizá poco probable, en que por el conflicto de intereses del representado, se deba recurrir a la tutela especial, debiendo considerarse la calificación del acto por el notario, cuando el juez pudiere resolver en base al art. 109 incs. a) y c) CCyC que el adolescente actúe por si sin designación del tutor especial.-

También invitamos a analizar el proceder y técnica notarial en los caso del acto de disposición de bienes del menor con responsables parentales adolescentes, teniendo en cuenta la necesaria autorización judicial, y su armonización con el recaudo del asentimiento de alguno de los progenitores del progenitor adolescente para integrar su voluntad como representante (art. 644 CCy). Es decir ¿existiendo autorización judicial para el acto de disposición del bien de menor es necesario además exigir la comparecencia al acto notarial de uno de los progenitores del progenitor adolescente?

Creemos importante la resolución de la temática de la comparecencia del adolescente al momento de ser autorizado por sus progenitores a salir del país, la actual reforma de la Disposición de la Dirección Nacional de Migraciones, con su denominado “consentimiento tácito” al momento de salir del país.-

2.2.- Asimismo invitamos a la comparación del carácter de la nulidad del acto celebrado por el menor de edad, la subsistencia de la calificación en nulidad relativa y la posibilidad de confirmación, y la privación de la legitimación para solicitar la nulidad en caso de dolo del incapaz para toda materia de nulidad y no solo en materia contractual (art.388CCyC).-

2.3.- El nuevo Código Civil y Comercial regula la aptitud para entender y decidir sobre el otorgamiento de poderes para estar en juicio armonizando los artículos del Código derogado y la ley 26.061 , en los arts. 677 a 680 CCyC, para luego de establecer el principio de ser otorgado por los progenitores en ejercicio de la representación legal, norma que invitamos a pensar en su debida armonización con el instituto del responsable parental afin (art.641 y sgts. CCyC) y los nuevos supuestos de delegación parental o privación convencional o judicial de uno de los progenitores.-

Asimismo la técnica de redacción notarial se debe adecuar, cuando el poder notarial se otorgue bajo la forma escritura pública, o la intervención del notario sea como certificante de firma, a los casos de presunción de actuación por si por el adolescente en conjunto o con autonomía de sus progenitores (art. 677 2° párr. CCyC) o cuando el progenitor se oponga a su voluntad de iniciar acción civil para un tercero y deber peticionar la correspondiente autorización judicial (art. 678 CCyC), del mismo modo del menor que actúe por si en los casos de los arts. 679 y 680 CCyC).-

2.4.- Invitamos a analizar el modo de acreditación de la responsabilidad parental, no solo en los casos que reitera las anteriores normas de la patria potestad, sino los novedosos supuestos del art. 641 inc. b) CCyC parte final donde por voluntad de partes o decisión judicial, ante el cese de la unión convivencial o el matrimonio puede atribuirse a uno solo, o convenir distinta modalidades; o en el caso del Inc. e) del mismo art. prevé que común acuerdo o permiso del juez pueden modificar la norma legal y decidir el ejercicio conjunto o distintas modalidades.-

Del mismo modo que los casos del art. 674 CCyC su instrumentación como señala la conclusión de la 41 Conv. Not. Del Col. De Esc. De la Ciudad de Buenos Aires.-

Supuestos en que priva en ciertos casos la autonomía de voluntad sin exigirse recaudo de inscripción en registro alguno, y en consecuencia la sola existencia del instrumento que tiene por objeto tal convención, dado que no se requiere inscripción al margen de la partida de nacimiento del representado. Se deberá analizar la forma y los recaudos de autenticidad para su oponibilidad a terceros, su analogía con la representación voluntaria, contemplatio dominio y el instrumento portante de la representación delegada convencionalmente.-

También deber analizarse los supuestos de delegación judicial exclusivamente por desacuerdos (art. 642 CCyC) o en los casos que requiere homologación judicial (art. 643 CCyC), en los que tampoco se impone su inscripción al margen de la partida de nacimiento del representado.

La técnica de redacción escrituraria debe contemplar la aptitud de entender y querer según el grado de madurez y edad de los niños, niñas y adolescentes, con estas opciones de intervención que permite la ley, y así valorarlo y calificarlo el notario en su actuación documental.- Hacia consolidar la interpretación de los presupuestos de tal redacción apuntamos en estas jornadas.-

2.5.- No se puede dejar de analizar los casos de la interpretación en contratos que tengan por objeto la administración de bienes, o la celebración de actos conservatorios, su comparación con las normas derogadas, y en especial su armonización con las leyes en materia laboral que recepciona el nuevo art. 683CCyC, con la coherencia normativa de los art. 686 inc. a) y 697 CCyC en cuanto la administración de sus bienes y uso de tales rentas.-

Ante la redacción del Proyecto previo a la sanción se invita confirmar finalidad del texto definitivo del art. 1549 CCyC con respecto a su aplicación para todo representante legal de los menores, y su supremacía a la norma del art. 121 inc. a) CCyC en cuanto a la adquisición por donación de inmuebles sin cargo.-

2.6.- la reforma mantiene la capacidad del menor de edad con título profesional habilitante (art. 30 CCyC), donde se deberá contemplar la posibilidad estar la doctrina previa en la materia, y como sucedió luego de la disminución de la edad para ser capaz a los 18 años, solo se mantiene la emancipación por matrimonio, debiendo en tal caso contemplarse la capacidad para contraer matrimonio los menores de edad (arts. 404 CCyC), pero también admite la capacidad nupcial con dispensa judicial de la persona humana con falta permanente o transitoria de salud mental, que de reunir los dos supuestos debe analizarse la misma frente a la emancipación que solo se refiere a la incapacidad por falta de edad y madurez suficiente.-

La reforma dejó de lado las propuestas de restablecer la emancipación por habilitación de edad a partir de los 16 años y ello ha sido objeto de debate (véase conclusión 32 de las recientes JNDC de B.Blanca –www.jndcbahiablanca2015.com).-

Asimismo se invita a analizar el concepto de “título habilitante para el ejercicio de una profesión” del art. 30 CCyC y su extensión, ante la consecuente administración y disposición de los bienes adquiridos con su producido y la intervención judicial por el menor en tal caso.-

3.- PERSONA HUMANA CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

La reforma legal ha introducido en consonancia con los tratados de derechos humanos una categoría amplia y flexible entre los incapaces de ejercicio y los inhabilitados (limitados a los pródigos).- Se trata a esta categoría como personas capaces, pero con ciertas restricciones para ejercer determinados actos, que surgen de la resolución judicial (al respecto pueden verse recientes fallos de la Cám Civ. y Com. De Lomas de Zamora, Sala I, 3/1/2015 autos: “Q.C.M s/insania – Curatela” www.scba.gov.ar; y CNCiv., Sala A, 18/11/2016, autos: L.,T.E. s/Determinación de la Capacidad” elDial.com AA9415).-

3.1- La temática esencial en el ejercicio de la profesión notarial en cuanto a la valoración de la aptitud de entender y querer, habilidad o capacidad jurídica, por quien no es más que un especialista en una rama del derecho pero no en materias propias de la medicina o la psicología o ciencias cognitivas.- Invitando a analizar lo conceptos de capacidad y discernimiento.

La cuestión central importa el análisis sobre la reforma en materia de oponibilidad de la sentencia de incapacidad o restricción de capacidad, consecuente nulidad de los actos por la persona humana protegida y su relación con la seguridad jurídica y los derechos de los terceros de buena fe y que contraten a título oneroso.

La reforma aparece volviendo al régimen anterior a la ley 17711, pero además agrega la relevancia de la inscripción en un registro que no es de bienes (apariciencia) aún más allá de la real situación de persona humana aún en caso de cura.-

Además para determina la amplitud de la capacidad deviene esencial el conocer el contenido de la sentencia y su posibilidad de tomar conocimiento.-

La reforma ha tomado una primera intención, basada en la suficiencia y eficacia de las anotaciones del Registro Civil, dejando de lados otros modos de publicidad registral.-

En esta Jornada se propone abordar su estudio desde diversos aspectos:

- 1) La operatividad, o mejor dicho, la real posibilidad de tomar conocimiento de tal anoticiamiento en forma previa y efectiva antes del acto (la temática puede verse aborda recientemente en la 41 Convención Notaria del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires –junio de 2015-, y conclusiones de las Mesas II y V de la 39 Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata 2015)
- 2) La congruencia del ppio. de presunción de capacidad del art. 31 CCyC. Así como su armonización, no creando por vía de interpretación la obligación de portar un verdadero certificado de capacidad para todos los actos (puede consultarse entre otros: 41 Conv. Not. Del Col. De Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 39 JNB, mesas II y V, FALBO, Marcelo, informe en la reunión de agosto de 2015 de la Academia Nacional del Notariado; reciente fallo de la CNCiv. Sala H, 13/8/2015 “T.,O.F. y otro c/L.V.S. y otro s/medidas precautorias sobre capacidad – SJA 7/10/2015; eldial 19/8/2015; y LL 3712/2105; Cam. 2ª de Apel.en lo Civil, Comercial,Minas,de Paz y Tributaria de Mendoza, autos R.;N.E. s/Declaración de insania, del 11/8/2015 en AP 10/12/2015)

- 3) La armonización con las normas procesales locales con los procesos de incapacidad (o restricción de capacidad a legislarse) que establecen otras restricciones – como la inhibición de bienes en los registros de bienes-, el principio de especialidad registral de la ley 17801 en materia inmobiliaria, y el deber del juez de prever durante el proceso medidas que garanticen los derechos personales y patrimoniales (art. 34 CCyC).
- 4) La relación entre la inscripción prevista por del art. 39 CCyC y la del art. 88 y 89 de la ley 26.413, ordenando su registración en dos libros diferentes del mismo Registro Civil.-
- 5) La protección constitucional y de convencionalidad internacional, y las leyes de protección de derechos del paciente, salud mental y habeas data, en cuanto a la exposición por el modo de publicidad del Registro Civil de datos sensibles de las personas humanas, que requiere una adecuación de su técnica de inscripción y publicidad (al respecto puede verse la conclusión 29 JNDC de B. Blanca 2015 y la ponencia del Dr. Guillermo F. Peyrano: Inscripción de las sentencia de declaración de incapacidad de ejercicio o que restringen dicha capacidad. Un recaudo anacrónico y violatorio de derechos constitucionales y legalmente amparados – www.jndcbahia Blanca2015, conclusiones y ponencias comisión I)
- 6) La cuestión sobre la prioridad entre el asiento del Registro Civil y los registros de bienes en particular, en especial en materia de derechos reales sobre bienes registrables (art.1893 CCyC) – (temática de prioridad entre dos registraciones exigidos por la ley desarrollada por este coordinador con respecto a la inscripción de las convenciones matrimoniales y pactos convivenciales en comentarios de art. 449 y 517 en el Tomo II del Código Civil Comentado Ed. Astrea-Fen; y ponencia de la Not. Ana Carolina RUIZ, en la Mesa I de la 39 JNB 2015 www.39jnb.org.ar ponencias)
- 7) La necesidad de una registración única a nivel nacional, rápida y de expediciones de certificados eficaz y digital.-
- 8) La imposibilidad de alegar la nulidad por el incapaz que actuó con dolo y los recaudos documentales al efecto.-
- 9) La carga del incapaz, a través de su representante, de anotar a los terceros de la restricción.
- 10) La necesaria armonización de esta inscripción del art. 39 y la nulidad del art. 44 CCyC con los derechos de los derechos de terceros (como p.ej. lo plantea la ponencia de María Laura Estigarribia Bieber y Cristián Piris en la JNDC de Bahía Blanca 2015, ya citadas)

Todos estos elementos concurren para un análisis sobre la real operatividad hoy de la publicidad de la sentencia en el registro civil y los efectos de la nulidad del art. 44 CCyC, que cabe comparar con la referida a la perfecta razón en materia caducidad testamentaria (art. 2467 incs. c) y d) CCyC); pero en el análisis de la redacción escrituraria lleva a repensar la redacción sobre el “juicio de capacidad, habilidad o valoración de aptitud de comprender y decidir”, su inclusión o no, así

como la documentación o no del asesoramiento prestado por el notario a las partes sobre las nuevas normas del derecho.-

Asimismo debe analizarse la valoración del notario ante la existencia de resoluciones administrativa de invalidez para conferir pensiones o beneficios por tal causa, y su necesaria diferencia en la limitativa resolución judicial al respecto (pueden verse fallos recientes de relación tangencial al tema en Juzg. Civ.Com. y Lab. De Monte Caseros- Corrientes del 18/8/2015, autos: S.,O. s/ insania" ED n° 13.812 del 15/9/2015 y El Dial 3/9/2015; y Juzg. De Menores N° 1 de Corrientes E.V.E. 3/9/2015 (sentencia no firme) El dial 16/9/2015), y su relación con la norma del art. 5° de la ley 26.657.-

3.2.- El nuevo paradigma impone la revisión periódica de las sentencias de incapacidad, restricciones de capacidad o inhabilidad, con la posibilidad de ser solicitada por el propio interesado, lo cual nos lleva volver a analizar las consecuencias de la omisión de tal revisión: si subsiste o no la restricción o se lo debe calificar por capaz aún por caducidad de la sentencia. (entre lo mas reciente: SCJN 8/9/2015 in re "G.,A.S. y otros s/insania sobre declaración de incapacidad LL8/10/2015, elDial 16/12/2015 (anotado); 39 JNB Mesa V)

El análisis contará con el auxilio de la jurisprudencia sobre el art. 152 ter C. Civil derogado, la consecuente inexistencia de tal norma, suplida por el art. 40 CCyC que impone al Ministerio Público instar el cese de la restricción, o el art. 50 CCyC que determina el cese de la inhabilidad por resolución judicial.-

3.3.- Interesa analizar el sistema de apoyos determinados en la sentencia y la posibilidad o no de ser representantes para ciertos actos, meramente asistentes, o no integrar la formación de la voluntad jurídica de la persona humana protegida.-

Asimismo se debe contemplar la designación apoyos voluntarios y las forma y modalidad de su acreditación y ejercicio.-

INTEVENCIÓN NOTARIAL EN ACTOS SOBRE EL PROPIO CUERPO: SONALISIMOS Y DE AUTOPROTECCIÓN

El art. 17 CCyC incluye la regulación de los derechos sobre el cuerpo humano, como categoría diferenciada de los bienes y cosas (arts. 15 y 16 CCyC), que carecen de un valor comercial pero pueden disponerse de posesiones de valores afectivos, terapéuticos, científicos, humanitarios o sociales; y como contracara de ello también prevé la protección de ellos, en muchos casos con actos de autoprotección.-

La capacidad progresiva reconocida a las personas humanas incapaces de ejercicio o capacidad restringida encuentra reconocimiento en estos derechos y su protección, los que pueden ser objeto de actos por ellos otorgados incluso por escritura pública, o requerir la certificación de su firma en un instrumento privado que los tenga por objeto.-

Los ejemplos son múltiples y surge a las sola lectura del Código Civil y Comercial, y la leyes de protección de derechos paciente, salud mental, entre otras (Por ej. al adolescente de entre 13 y 16 años que solicita por escrito y bajo su firma un tratamiento ni invasivo en su propio cuerpo , o de más de 16 que decide en lo atiente al cuidado del mismo (art. 26 CCyC), prestando el consentimiento informado para el caso (art. 59 CCyC)), y así el notario deberá considerar tales situaciones.-

TUTELA Y CURATELA

En la materia el tema más estrecho a la intervención notarial es la continuidad de la propuesta de designación de tutor por lo progenitores por escritura pública, así como la previsión de la designación de curador para la propia incapacidad prevista en el art. 139CCyC mediante directivas anticipadas, o la de las personas que pueda prestar el consentimiento médico informado.

Asimismo deberá analizar el ejercicio plural de curatela, y los recaudos de atestación notarial en el este caso; y el caso del guardador designado tutor.-

NOTA DEL COORDINADOR: Las referencia a fallos o autores realizadas en estas pautas son al mero efecto explicativo -arbitrarias y parciales-, pero en modo alguno vinculantes de tales opiniones y doctrinas, incluyéndose solo las posteriores a la reforma o su proyecto.

Es aspiración de esta coordinación la investigación y búsqueda de toda doctrina y diversidad de opiniones que enriquezcan el estudio y nos conduzca a una mejor indagación de la voluntad de los requirentes, su encuadre jurídico y adecuación de legal, con la consecuencia última de dar forma notarial a sus declaración cumpliendo lo más acabadamente posible la función notarial.-

Esc. Néstor D. LAMBER