



## LA CAPACIDAD

Luis Moisset de Espanés<sup>(\*)</sup>

Pilar Hiruela de Fernández<sup>(\*\*)</sup>

---

*Fecha de publicación: 01/07/2012*

### A. CONCEPTO DE CAPACIDAD.

La capacidad, en un sentido genérico, es la aptitud de la persona de ser titular de derechos y la posibilidad de adquirirlos y obrarlos por sí misma.

Es un atributo de la persona que tiene una doble faz:

- Una faz dinámica: que refiere a la posibilidad de la persona de adquirir y ejercer por sí derechos y de contraer por sí mismo obligaciones. Es decir atiende a la aptitud del sujeto de intervenir personalmente, en el obrar de sus derechos y
- Una faz estática: que atiende a la potencialidad del hombre de ser titular de derechos y obligaciones, y que se vincula a la posibilidad del goce de tales derechos, siendo indiferente quién ha sido el sujeto que intervino en el proceso de adquisición de los mismos.

De este modo, la noción de capacidad contiene en sí misma una dualidad fundamental que intrínsecamente comprende dos aspectos bien diferenciados: por un lado, la aptitud de toda persona de llegar a ser titular de derechos (capacidad de goce) y, por el otro, la posibilidad o aptitud de adquirir tales derechos por sí misma.

Así puede desdoblarse la capacidad, en “capacidad de goce o capacidad de derecho” que atiende a la aptitud de toda persona, por el sólo hecho de ser tal, de adquirir derechos y contraer obligaciones sin importar quien realiza los actos necesarios para lograr la adquisición de los mismos,

---

<sup>(\*)</sup> Jurista argentino. Consultor de Derecho y Cambio Social.

[lmoisset@arnet.com.ar](mailto:lmoisset@arnet.com.ar)

<sup>(\*\*)</sup> Jurista.

y en “capacidad de obrar o capacidad de hecho” que importa la aptitud de adquirir tales derechos por sí mismo, es decir la posibilidad de poder realizar por sí el acto jurídico idóneo para llegar a ser titular de un derecho o deudor de una obligación.

Un ejemplo hará más clara la distinción:

Un niño con síndrome de dawn perfectamente puede ser propietario de un inmueble (osea titular del derecho de propiedad), sin embargo la compra de tal inmueble (la adquisición de tal derecho) no podría ser válidamente realizada por él, ya que es incapaz de hecho.

A la inversa, un escribano goza –en principio- de capacidad de hecho para adquirir por sí cualquier bien que se encuentre dentro del comercio, sin embargo resulta ser un incapaz de derecho para adquirir los bienes de la persona de cuyo testamento dio su fe pública.

## **B. CARACTERES.**

Siendo la capacidad un atributo de las personas, participa de los caracteres que mencionáramos precedentemente para los atributos en general.

Sin embargo, goza además de ciertas notas que la caracterizan y distinguen del resto de los atributos inherentes a la personalidad, a saber:

- La capacidad es siempre la **regla general**, por tanto se entiende que toda persona es capaz, y sólo excepcionalmente incapaz.
- Las limitaciones a la capacidad, las incapacidades, **proviene siempre de la ley**. Con ello se quiere decir que no existen otras incapacidades que las establecidas por el legislador y los jueces no pueden declarar incapacidades cuando la ley expresamente no las sanciona.
- Las normas que disponen incapacidades son siempre **imperativas** y de **interpretación restrictiva**, por tanto no pueden aplicadas analógicamente.
- La capacidad es una figura que **importa al orden público**, consecuentemente, no puede ser renunciada por la persona y ningún acto de voluntad puede producir la atribución de una mayor o menor capacidad que la legalmente acordada o autorizada.

### C. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS AFINES.

La capacidad se diferencia y distingue de:

- **El poder:** La capacidad, tal como la definiéramos en el punto anterior, es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y la de adquirir y obrar por sí tales derechos y obligaciones.

El poder en cambio, es la facultad o posibilidad de adquirir por sí derechos para otro, es decir derechos ajenos. De este modo, si una persona puede celebrar, como comprador, una compraventa de un inmueble para sí, es “capaz” de adquirir el derecho de dominio; en cambio si una persona realiza una compraventa, como comprador, a favor de su hijo, tiene poder para ello. En el primer caso se tiene “capacidad” para adquirir el derecho de dominio para sí, en el segundo supuesto, el sujeto tiene “poder” para adquirir el derecho de propiedad para su hijo menor. Las diferencias entre ambas figuras son evidentes:

El acto realizado por una persona incapaz es nulo, el acto realizado por una persona sin poder es inoponible a terceros.

La capacidad se tiene por el sólo hecho de ser persona y las limitaciones a la misma sólo emanan de la ley, el poder en cambio puede tener fuente legal o convencional y las limitaciones a las facultades de obrar pueden ser establecidas por un acto de voluntad.

- **El estado:** aun cuando el estado civil puede incidir en la capacidad de las personas, aquél es un atributo inherente a la personalidad distinto de la capacidad.

El estado de una persona atiende a su posición en el grupo familiar al que pertenece, la capacidad de las personas en cambio, mira al sujeto en sí mismo y se predica de su aptitud de ser titular de derechos y su aptitud de obrarlos.

El estado civil puede influir en la capacidad, así por ejemplo, los cónyuges no pueden celebrar entre sí determinados contratos (art...CC), los padres no pueden contratar con sus hijos menores (art.. CC), los parientes de cierto grado no pueden contraer matrimonio entre sí (art...CC), etc. A la inversa la capacidad no influye de ningún modo en el estado civil de las personas.

- **La legitimación**: frente al concepto de legitimación –poder para actuar legalmente en una relación jurídica concreta-, la capacidad se diferencia netamente: basta observar para ello, que una persona, titular de un derecho, puede no estar legitimada para actuar y disponer de él (por ejemplo, el fallido con relación a sus bienes que componen la masa de la quiebra) , mientras que personas no titulares pueden actuar legítimamente sin ser titulares de tal derecho (por ejemplo los administradores de la masa).

#### **D. CAPACIDAD DE HECHO.**

La capacidad de hecho, también denominada *capacidad de obrar* o *capacidad de ejercicio*, es la aptitud para adquirir, contraer y ejercer, “por sí”, derechos y deberes.

Es decir, es la idoneidad para actuar válidamente en el mundo del Derecho, la aptitud para realizar actos jurídicos válidos.

De este modo, capaces de hecho serán quienes gocen del ejercicio de sus derechos e incapaz de hecho, será el titular de un derecho, que no puede ejercerlo por sí.

Las incapacidades de hecho obedecen en principio a deficiencias psicológicas del sujeto, ya sea por falta de madurez de juicio (minoridad), ya por enfermedad mental (demencia), sin embargo éste no es el único motivo por el cual se instituyen las incapacidades de hecho, sino que existen otras circunstancias por las cuales la ley priva a la persona de su aptitud de obrar (vgr. antes la mujer casada, hoy el art. 12 del Código Penal).

De ello se deduce que el fundamento o finalidad de las incapacidades de hecho es la protección y tutela de la persona incapaz y de sus derechos.

Las incapacidades de hecho se suplen por la representación legal, que no es sino el mecanismo que el ordenamiento prevé para que el incapaz pueda llegar a ser titular de derechos, instituyendo a otra persona para que celebre en nombre del incapaz los actos jurídicos cuya realización le está vedada, o complementada con su autorización la actuación del incapaz<sup>1</sup>.

Los arts. 57 y 59 del Código Civil fijan las pautas generales en esta

---

<sup>1</sup> Cabe señalar, que pese al remedio de la representación, no todos los actos pueden ser realizados por el representante. Los llamados “actos personalísimos” (como por ejemplo la realización de testamento), por su índole escapan a la órbita del representante necesario y por tanto el incapaz no puede realizarlo ni por sí ni por su representante.

materia, enumerándose quiénes son representantes legales y necesarios de los incapaces absolutos y estableciendo la representación promiscua<sup>2</sup> del Ministerio de Menores.

Los actos obrados por los incapaces de hecho, sin la asistencia de la necesaria representación legal, son nulos de nulidad relativa, y por tanto dichos actos pueden ser confirmados cuando le ha resultado beneficioso al incapaz.

Se distingue entre incapaces de hecho absolutos y relativos.

La incapacidad de hecho absoluta importa la privación total de la aptitud de ejercer derechos por sí mismo.

En esta categoría se encuentran las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes declarados tales en juicio y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 54 CC). La incapacidad de hecho relativa, importa que el incapaz se encuentra privado de la aptitud de obrar pero con excepciones legalmente establecidas.

Se encuentran también en esta situación los menores adultos<sup>3</sup>. La incapacidad de hecho absoluta y relativa se distinguen en que: **a)** la absoluta impide la realización del acto, mientras que en la relativa, aún cuando la regla es el impedimento de obrar actos jurídicos, se admiten ciertas excepciones autorizadas por ley; **b)** la absoluta se suple siempre con la representación legal y necesaria, en este supuesto el representante actúa solo en todos los casos sin que el incapaz intervenga de modo alguno, en la relativa –en cambio- en las hipótesis autorizadas por la ley, el incapaz actúa con la simple asistencia del representante, siendo necesaria la concurrencia de la voluntad del incapaz con la del representante.

La capacidad de hecho se rige por la ley del domicilio de la persona de cuya capacidad se trate.

## **E. LA CAPACIDAD DE DERECHO.**

La capacidad de derecho, también denominada, *capacidad de goce* o *capacidad jurídica*, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

---

<sup>2</sup> La promiscuidad, que se opone a la necesidad de los representantes legales, importa que la representación confiada al Ministerio es siempre conjunta a la del representante legal, y por tanto no sustituye ni reemplaza a la necesaria que prevé el art. 57 CC.

<sup>3</sup> Las mujeres casadas eran incapaces de hecho relativas antes de la sanción de la ley 11.357.

La incapacidad de derecho obedece, por regla, a razones de orden moral.

A diferencia de lo que ocurre con la incapacidad de hecho, en las limitaciones a la capacidad de goce no se atiende a la tutela del incapaz, sino a la protección de principios superiores que miran al orden público y, especialmente, a la moral y a las buenas costumbres.

Así la finalidad de la incapacidad de derecho es evitar y prevenir la realización de actos jurídicos socialmente indeseables.

Por ello, la incapacidad de derecho no está prevista por el ordenamiento “a favor del incapaz”, sino “en contra del incapaz”.

Consecuencia lógica de ello, es que la incapacidad de derecho no se suple por la representación; la falta de aptitud no puede ser salvada con la actuación en nombre del incapaz de otra persona, en todos los casos, el acto será inválido.

Los actos obrados por un incapaz de derecho, son —en principio— nulos de nulidad absoluta, y por tanto tales actos no podrán ser confirmados.

Distinto a lo que ocurre con la incapacidad de hecho, no resulta viable aquí distinguir entre incapacidad de derecho absoluta y relativa.

No existe en nuestro ordenamiento la incapacidad de derecho absoluta ya que no puede entenderse que una persona sea absolutamente incapaz para ser titular de derechos y obligaciones.

Toda persona, por su sola condición de tal es titular de derechos, siendo imposible entender que una persona carezca de todo derecho<sup>4</sup>.

Por ello, la doctrina es conteste en sostener que no puede hablarse de “incapaces de derecho” sino sólo de “incapacidades de derecho”, porque afirmar lo primero sería como afirmar que una “persona no es persona”, si persona es todo ente susceptible de adquirir derecho y contraer obligaciones, y un sujeto no puede ser titular de derechos absolutamente, luego no sería persona.

Así las cosas, las incapacidades de derecho son siempre relativas o especiales, las personas tienen incapacidad de derecho sólo con relación a ciertos actos en particular.

El legislador, ha determinado las incapacidades de derechos

---

<sup>4</sup> Esto no fue siempre así, en la antigüedad los esclavos y los muertos civiles eran “incapaces de derecho absolutos”, ya que no se los consideraba personas. Tales situaciones jurídicas se encuentran en la actualidad absolutamente abolidas.

atendiendo en algunos casos a la pertenencia de la cosa involucrada en el acto<sup>5</sup>, en otros a las personas intervinientes<sup>6</sup> y finalmente a los actos en particular<sup>7</sup>.

#### **F. DIFERENCIAS ENTRE CAPACIDAD DE HECHO Y CAPACIDAD DE DERECHO.**

De todo lo desarrollado, pueden colegirse las diferencias que existen entre ambas clases de capacidad.

Sin perjuicio de ello, y a los fines de sistematizar las distinciones marcadas, realizamos el siguiente cuadro

ITEM	CAPACIDAD DE HECHO	CAPACIDAD DE DERECHO
FUNDAMENTO	En principio en razón de una insuficiencia psicológica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos	Se sustenta en razones de orden moral
REMEDIO	Se suple, por regla, por la representación legal.	No es susceptible de remedio
FINALIDAD	Tutela del incapaz	Evitar conductas no deseadas socialmente
LEY APLICABLE	Ley del domicilio del incapaz	Ley territorial
INCAPACIDAD	Puede ser absoluta o relativa	Sólo incapacidades especiales dispuestas por ley.
SANCIÓN	Nulidad relativa	Nulidad absoluta

---

<sup>5</sup> Así, en materia de compraventa y donación se determina la incapacidad de derecho de los representantes (padres, tutores y curadores) para adquirir bienes de sus representados (hijos, pupilos). Ver arts. 1361, 1807 incs. 2 y 6 CC.

<sup>6</sup> De este modo, se encuentra vedada la compraventa entre cónyuges (art. 1358 CC) y la contratación entre padres e hijos o tutores y pupilos (arts. 279 y 450 CC).

<sup>7</sup> Tal es el caso de la imposibilidad de ser tutores los mudos, los que no tienen domicilio en la República, los fallidos y los privados de la patria potestad (art. 398 incs. 2, 4, 5 y 6 CC).