

43° Jornada Notarial Bonaerense. Mar del Plata, 24 al 27 de abril de 2024.-

Los adultos mayores en la contratación electrónica: Herramientas Notariales Digitales

Tema: **III. ADULTOS MAYORES. Subtema: Vulnerabilidad Digital.**

Coordinadores: **Not. Gonzalo M. VÁSQUEZ y Not. María Cecilia LÓPEZ**

Categoría: **Trabajos en Equipo**

Autor: **Not. LASSALLE, Sebastián y Not. PINTO, Santiago**



SUMARIO

PONENCIAS. Lege Data.- Lege Ferenda.- DESAROLLO. CAPÍTULO I. DE LOS ADULTOS MAYORES. Los adultos mayores en el Derecho Interamericano. Los adultos mayores como sujetos vulnerables. La vulnerabilidad digital de los adultos mayores. El adulto mayor como consumidor hipervulnerable. CAPÍTULO II. DE LOS ADULTOS MAYORES Y LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. De la prueba de autoría en la contratación electrónica. La firma electrónica en los contratos a distancia. CAPITULO III. DE LAS HERRAMIENTAS NOTARIALES DIGITALES Y LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. Certificación notarial de firmas ológrafas y digitales. Certificación notarial de firmas electrónicas. Certificación notarial de firma electrónica en presencia física del Notario. Certificación notarial de firma electrónica a distancia . Consideraciones finales

PONENCIAS

De Lege Data

- Por el cambio constante de la tecnología, las futuras generaciones de adultos mayores, inclusive los denominados nativos digitales, se encontrarán eventualmente alcanzados por el paradigma de la brecha digital y su inevitable estado de vulnerabilidad, esto, fundado en que el proceso de envejecimiento trae aparejado una disminución en la adaptabilidad y el aprendizaje.
- El notario no solo debe, sino que se encuentra obligado al ejercer el control de convencionalidad y adecuar su actuación y brindar un trato que elimine las barreras de acceso del adulto mayor en el uso de las Tics, todo esto en armonía con la dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

- La estandarización de las plataformas de servicios digitales, las cuales no tienen en cuenta las particularidades de la intervención adultos mayores, viola el derecho a la accesibilidad consagrado en la convención e implica una situación de discriminación.
- Contamos con un conjunto especial de institutos y figuras jurídicas con jerarquía constitucional tendientes a la protección de los adultos mayores en el ámbito de la contratación electrónica. Entre ellas destacamos: 1) La teoría de la categoría sospechosa que implica un inversión de la carga de la prueba a favor del adulto mayor, y el demandado será el que deba demostrar que su conducta no fue discriminatoria; y 2) La pertenencia del adulto mayor como consumidor hipervulnerable, lo que le otorga una doble tutela, como consumidor y como grupo vulnerable.-
- Resulta imperativa la utilización de la Plataforma de Actuación Notarial a Distancia (PAND) para la certificación notarial de firmas a distancia donde intervengan adultos mayores. Su necesidad se sustenta como requisito de una tutela efectiva y preventiva de los derechos subjetivos de estos. La presencia del notario garantiza la identidad, capacidad, legitimación del firmante y la legalidad del acto, satisfaciendo los más altos estándares de seguridad jurídica preventiva.-

De Lege Ferenda

- La intervención notarial en la contratación electrónica, no solo es necesaria para la protección de los derechos de adultos mayores, sino que también implica una ventaja y un deber para el estado, quien deberá reglamentar y exigir este tipo de requisitos en los contratos a distancia. De esta manera se adoptarán medidas positivas de protección de los derechos de estos, conforme con las obligaciones asumidas en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.-

DESAROLLO

“Envejecer es todavía el único medio que se ha encontrado para vivir mucho tiempo”

Charles A. Sainte Beuve¹

CAPÍTULO I. DE LOS ADULTOS MAYORES

Los adultos mayores en el Derecho Interamericano

La Vejez es un proceso y una etapa donde progresivamente nos vamos convirtiendo cada vez en más vulnerables, algo que es natural a todo organismo vivo por una consecución lógica del deterioro biológico de nuestras células. Este proceso implica una merma en las funciones cognitivas así como en la autonomía.

Sin perjuicio de ello, es importante no confundir la adultez mayor y cierto estado de vulnerabilidad con una presunción de discapacidad. Conforme el artículo 31 del Código Civil y Comercial, la capacidad general de ejercicio se presume, sin importar que la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial.

En el ámbito de tratados internacionales, el único plexo normativo que tiene como objeto principal y específico a las personas mayores² es la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES³ habiendo obtenido jerarquía constitucional en el año 2022, estableciendo claramente que: *“El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.”*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴ establece que son obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos y deberes especiales para el Estado miembro, que toda persona que se encuentre en una situación de

¹ Charles Augustin Sainte-Beuve fue un crítico literario y escritor francés

² La Convención define a persona mayor como aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.

³ De aquí en adelante CIPDHPM.

⁴ De aquí en adelante CIDH.

vulnerabilidad sea titular de una protección especial. Se reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas de carácter positivo, determinables en función de las específicas necesidades de protección del sujeto de derecho.⁵

La CIDH, en el fallo *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*⁶ no sólo establece el “control de convencionalidad” sino que también lo impone como obligación de efectuarlo para todo órgano jurisdiccional de los estados miembros.

El control de convencionalidad no sólo implica la adecuación y prelación normativa del derecho interno de cada estado miembro, sino que *“...requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados...”*⁷.

La obligatoriedad de ejercer el control de convencionalidad por criterio de la CIDH⁸, es extensible a todas las autoridades y órganos de un Estado Parte. El notario, como profesional en ejercicio de una función pública⁹, no se encuentra exento de la realización de esta tarea¹⁰ respecto de los actos que se celebren en su presencia.

5 CIDH, “CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL”.- Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 103

6 Cidh. CASO ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE. EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS Sentencia de 26 de septiembre de 2006 .- *“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”*

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2022. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. [En línea] 08 de 08 de 2022. https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7_2021.pdf

8 CIDH, “CASO MASACRE DE SANTO DOMINGO VS. COLOMBIA. EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO Y REPARACIONES. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142

9 UINL.- PRINCIPIOS DE LA FUNCION.- Documento aprobado por la Asamblea de Notariados miembros de la UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO.- Roma, Italia - 8 de noviembre de 2005.- <https://www.uinl.org/principios-de-la-funcion> fecha de consulta 27/10/2022.- “Título I.- DEL NOTARIO Y DE LA FUNCION NOTARIAL 1. El Notario es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios”

10 CONCLUSIONES XXXIII Encuentro Nacional del Notariado Novel.- Jornada del Notariado Novel del Cono-sur.- 17 y 18 de noviembre de 2022.- Salta.-.- Conclusiones.- Tema 2. *“El notario se encuentra obligado a efectuar el control de convencionalidad en su ejercicio profesional; por representar su accionar al Estado del que es parte, sujeto a la normativa internacional. Aun si no estuviera obligado, responde a una obligación ética y funcional el asesorar y adecuar su intervención con los derechos humanos. Debe realizar el control de legalidad y convencionalidad, negándose a actuar de considerar que el mismo contraría la ley, la moral o las buenas costumbres.”*

En este sentido, su actuación se debe adecuar no solo a lo impuesto por el derecho interno, sino también al régimen interamericano.

El estado y todos sus entes derivados, deben adecuar su actuación así como tomar medidas para garantizar la protección y el correcto ejercicio de los derechos de personas mayores en cumplimiento con la CIPDHPM. La obligación de los notarios en el ejercicio de su función es extensiva a los colegios profesionales que los nuclean, los que deberán abogar por iniciativas y medidas que faciliten la integración de los mayores en las relaciones contractuales.-

Los adultos mayores como sujetos vulnerables

Como detalla Medina¹¹, los grupos vulnerables son aquellos cuya situación de desventaja, derivada de factores tales como la edad, el sexo, el estado civil, el nivel educativo, el origen étnico, la situación o condición física o mental, exigen la implementación de medidas adicionales para poder garantizar el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones de igualdad ante la ley. Resulta importante la distinción entre vulnerabilidad y discapacidad, dado que toda persona con discapacidad por su condición, es vulnerable, pero no toda persona vulnerable, se encuentra en el grupo de personas con discapacidad.

Se torna relevante el concepto de "strict scrutiny" creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos¹², receptado por nuestra Corte Suprema de Justicia y la cual desarrolló una teoría de "categoría sospechosa"¹³.

11 MEDINA, Graciela. Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las "categorías sospechosas": Una visión jurisprudencial .- Publicado en: LA LEY 22/11/2016, 22/11/2016, 1- LA LEY2016-F, 872 Cita: TR LALEY AR/DOC/3479/2016.- Pág 1.-

12 United States Supreme Court. TOYOSABURO KOREMATSU v. UNITED STATES(1944). No. 22. Decided: December 18, 1944. Pagina web: <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/323/214.html>.- Consulta: 01/04/2024.-

13 CSJN.- "Repetto, Inés María c/ Bs. As. Prov. de s/ inconstitucionalidad de normas legales".- SENTENCIA del 8 de Noviembre de 1988.-

Esta teoría trata sobre la carga probatoria y su vinculación con actos de discriminación, lo cual se puede observar en el fallo HOOFF¹⁴ en materia de la nacionalidad y el posterior fallo SISNERO¹⁵ en materia de género.-

Como detalla Medina, las personas vulnerables constituyen "una categoría sospechosa" de sufrir discriminación, bastándoles probar el hecho impeditivo, recayendo la obligación de probar la no discriminación en la contraparte. Propiamente, se produce una inversión de las reglas de la prueba y el acto aunque provenga del Estado no se presume legítimo y el demandado deberá demostrar la razonabilidad de dicha medida.¹⁶

Tal como expone la corte en SISNERO, *"el fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad."*¹⁷

La Vulnerabilidad digital de los adultos mayores

Larry Irving, ex-administrador de la Administración Nacional de Telecomunicaciones e Información de los Estados Unidos¹⁸, fue uno de los primeros en efectuar un estudio sobre la "brecha digital"; entendiéndose esta grieta como aquella que separa a los que poseen conocimiento sobre la información y la tecnología respecto de los que no lo tienen.¹⁹

14 CSJN. "Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". Sentencia del 16 de Noviembre de 2004.-Pagina web: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-hooft-pedro-cornelio-federico-provincia-buenos-aires-accion-declarativa-inconstitucionalidad-fa04000213-2004-11-16/123456789-312-0004-0ots-eupmocsollaf> Consulta 29/03/2024

15 CSJN.- "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo". Sentencia del 20 de Mayo de 2014.- Pagina web: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-sisnero-mirtha-graciela-otros-taldelva-srl-otros-amparo-fa14000071-2014-05-20/123456789-170-0004-1ots-eupmocsollaf> Consulta 29/03/2024

16 Ob. cit. Pág 11.-

17 Fallo cit. Pág 18.-

18 National Telecommunications and Information Administration (NTIA)

19 Término empleado en 1996 por el psicólogo experimental estadounidense, Lloyd Morrisett, fundador de la "Children's Television Workshop" (organización responsable de crear el programa de "La Calle Sésamo"). Pagina web: [https://pressbooks.pub/designingforcare/chapter/access-alone-isnt-enough/#:~:text=Lloyd%20Morrisett%2C%20a%20founder%20of,inequality%20\(Eubanks%2C%202011\).](https://pressbooks.pub/designingforcare/chapter/access-alone-isnt-enough/#:~:text=Lloyd%20Morrisett%2C%20a%20founder%20of,inequality%20(Eubanks%2C%202011).) Consulta: 30/3/2024.

En lo vinculado a un adecuado ejercicio de los derechos, esta definición toma suma trascendencia respecto al uso de las TICS²⁰. La brecha digital, no debe entenderse solamente como un binomio de acceso (o no acceso) a la tecnología digital y al internet, sino también que abarca la grieta entre aquellos que posean (o no) una adecuada comprensión de su uso²¹.

El avance exponencial de la tecnología, que se demuestra con la ley de Moore,²² perpetúa un cambio constante en la interacción con los medios digitales y las distintas plataformas que se acceden a través de la web.- Esto ocasiona que haya una correlación inevitable entre ser adulto mayor y ser vulnerable digitalmente, dado que este cambio constante dificulta la adaptabilidad y el aprendizaje. Como consecuencia de su vulnerabilidad digital, los adultos mayores pueden sufrir un riesgo patrimonial por un inadecuado manejo de las Tics, producto de errores en su uso o de engaños²³.-

El avance de la edad en el ser humano generalmente implica en una lentitud en la incorporación de nuevos conocimientos y una reducción en la velocidad de sus procesos de pensamiento en comparación con otros grupos demográficos más jóvenes. En este sentido, la propia vejez dificultará con el paso del tiempo la adaptabilidad a las nuevas tecnologías, tanto sean en el uso de software como también en la interacción con las interfaces de hardware. No obstante lo cual, como ya hemos remarked, así como la vejez no implica una discapacidad propiamente dicha, tampoco implica la imposibilidad de aprendizaje.

20 Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permitan la compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, como por ejemplo voz, datos, texto, video e imágenes, entre otros.* Definición dada por la ENACOM (Ente Nacional de Comunicaciones).- Pagina web: <https://www.enacom.gob.ar/institucional/-que-son-las-tic-y-para-que-sirven- n4646#:~:text=Las%20Tecnolog%C3%ADas%20de%20la%20Informaci%C3%B3n,video%20e%20im%C3%A1genes%2C%20entre%20otros>. Consulta: 28/03/2024

21 REMILLARD, Benjamin D. *Access Alone Isn't Enough. Understanding and closing the college digital divide*. Pagina web: <https://pressbooks.pub/designingforcare/chapter/access-alone-isnt-enough/> Consulta: 28/03/2024

22 Moore's Law.- Pagina web: <https://www.intel.com/content/www/us/en/newsroom/resources/moores-law.html#gs.6t5xyq> Consulta 1/4/2024.- Gordon Moore, cofundador de la empresa de procesadores INTEL, elaboro esta ley, la cual en realidad es una observación y predicción, en la que determino que la cantidad de transistores en un procesador se duplicarían cada 12 meses.- Diez años después, la readecuo a un lapso de 24 meses, manteniéndose vigente mas o menos a hasta estas épocas.- Este ley es una prueba testigo más, del avance exponencial de la tecnología.-

23 SPINA, María L.- *Los grupos vulnerables y las Tecnologías de la Información y Comunicaciones*. Simposio Argentino de Informática y Derecho, SID 2013.- Pág. 11.- Pagina web: https://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/94148/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&is. Consulta 01/04/2024

Por otro lado, teniendo en cuenta que la vejez trae aparejado un descenso en la curva de adaptabilidad y aprendizaje, la futura generación de adultos mayores, inclusive los denominados nativos digitales, también se encontrará eventualmente alcanzada por el paradigma de la brecha digital y su inevitable estado de vulnerabilidad. Esto naturalmente responde a que el avance tecnológico tampoco les permitirá adaptarse a la misma velocidad. Seguramente los mayores cambios provengan en las interfaces de acceso a Internet o en la existencia de nuevos dispositivos con software y plataformas diametralmente distintas a las existentes.-

La CPIDHPM consagra en su artículo 20 el derecho a educación del adulto mayor y específicamente establece como obligación de los estados partes, la promoción de la educación y formación en las TICs, buscando como objetivo reducir la brecha digital²⁴.

El artículo 26 de la Convención determina el DERECHO DE ACCESIBILIDAD de las personas mayores, en el entorno físico, social, económico y cultural. La CPIDHPM, a los efectos de garantizar este derecho, establece como obligación de los Estados Parte,, la adopción de medidas progresivas para asegurar el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones. Estas medidas deben implicar la identificación y la eliminación de barreras de todo tipo, dado que la falta de accesibilidad es una forma reconocida de discriminación.²⁵

El adulto mayor como consumidor hipervulnerable

Otro punto a tener en cuenta es que el derecho del consumidor ha evidenciado la presencia de segmentos de la población donde se vuelve imperativo enfatizar el principio protectorio con el objetivo de asegurar el acceso a los bienes y servicios. Esta categoría de individuos, alineados con la noción internacional de grupos vulnerables, requiere una tutela especial por los niveles de dificultad agravados que evidencian.-²⁶

24 Artículo 20...d) Promover la educación y formación de la persona mayor en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) para minimizar la brecha digital, generacional y geográfica e incrementar la integración social y comunitaria.

25 NADI.- ACCESIBILIDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. Pagina web: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/accesibilidad_y_no_discriminacion.pdf. Consulta: 4/04/2024

26 FRUSTAGLI, Sandra A. *La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino*. Revista de Derecho del Consumidor, tercera época, Número 1 - noviembre 2016, 30-11-2.016, IJ-CCLI-396. Pág 7.-

Esta categoría se conoce como “consumidor hipervulnerable”²⁷, incluyéndose dentro de esta, al adulto mayor. Por dicha figura, se encuadra al sujeto en una doble protección: una tutela jurídica de tipo genérica por su carácter de consumidor y otra tutela de carácter especial, por su índole de sujeto vulnerable. La jurisprudencia ya ha utilizado esta categoría para brindar un protección efectiva a los adultos mayores, dictando medidas en beneficio y en protección de su patrimonio.-²⁸

CAPÍTULO II. DE LOS ADULTOS MAYORES Y LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Las prácticas vinculadas con la contratación electrónica se encuentran en un permanente desarrollo producto de la incesante modernización en las tecnologías de la telecomunicación. La necesaria y permanente adaptación que las personas debemos realizar de estas nuevas técnicas, no discrimina en edad, género o condición social. Este tipo de contrataciones nos atraviesan de forma tal que son utilizadas masivamente incluso en los niveles más básicos de la economía del hogar (p. ej, billeteras virtuales con descuentos semanales para jubilados o reintegros de IVA).

Salvo contadas excepciones, la sociedad entera se encuentra en un estado permanente de indefensión debido a que generalmente no tenemos control ni entendimiento acabado sobre el funcionamiento de estas herramientas. Poco se repara en las consecuencias que sobre el patrimonio de los ciudadanos pueda llegar a tener operar en estos entornos de riesgo²⁹.

27 CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES Resolución 139 / 2020. SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR. MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO. Fecha de sanción 27-05-2020

28 Sala 3. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata "M., A. M. C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)" Expediente 171589.- *"...en el carácter de consumidora hipervulnerable de la parte actora por ser una señora "adulta mayor" se ordena a la entidad financiera demandada "Banco de la Provincia de Buenos Aires", en carácter de medida innovativa..."*

29 Consolidada jurisprudencia en casos de extracción irregular de los fondos en cuentas bancarias ha dicho " *nominó como cosa riesgosa al sistema informático que permite concertar negocios y obtener servicios bancarios en forma remota*" (...) *"podría sostenerse que un sistema informático en actividad que permite realizar pagos y extracciones de fondos de una cuenta bancaria y que opera de forma remota es naturalmente una cosa riesgosa"* (CNCom Sala D, 15/5/2008, causa "Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires").

Como consecuencia de ello, día a día se multiplican exponencialmente los casos de estafas bancarias a adultos mayores por medios digitales³⁰, donde se emplean técnicas de las más diversas siendo la más habitual el “*phising*”³¹.

De la prueba de autoría en la contratación electrónica

En reciente jurisprudencia, además de la condición de vulnerabilidad por edad avanzada del actor, se analizó la cuestión de la autoría del instrumento, en tanto se determinó que la entidad bancaria no tomó los recaudos suficientes que aseguren la identidad del contratante del préstamo³².

Gran parte de los contratos bancarios en la actualidad se celebran bajo la modalidad “clickwrap” (aceptación en línea a solo click) dentro de las plataformas de homebanking controladas por las mismas entidades acreedoras. Una de sus principales características es la integración de directrices autoejecutables (*smartcontracts*³³) que realizan por ejemplo, deducciones en las cuentas de montos de préstamos, cobros de seguros, cargos comisiones o saldos de tarjetas de crédito, entre otras.

Este contrato, se crea en un sistema de gestión como documento digital³⁴, conformado por los distintos procesos y registros (p. ejem accesos con usuarios y contraseñas, generación de tokens, envío de mensajes de texto, etc.) de circunstancias predeterminadas requeridas tanto a clientes como representantes de la entidad

30 Pagina web: <https://www.defensorcordoba.org.ar/noticia/12276/Adultos-mayores-y-vulnerabilidad-digital.->
Consulta 07/04/2024

31 Phishing es un término informático que distingue a un conjunto de técnicas que persiguen el engaño a una víctima ganándose su confianza haciéndose pasar por una persona, empresa o servicio de confianza, para manipularla y hacer que realice acciones que no debería realizar. Wikipedia <https://es.wikipedia.org/wiki/Phishing.->
Consulta: 25/04/2024

32 La Dra. María Cecilia Tanco en su sentencia dice: “*No advierto que la actividad fraudulenta esté conectada con el hecho de que el usuario haya brindado sus datos, sino en la falta de **medidas hábiles para asegurarse la identidad del usuario***”. Juzgado en lo Civil y Comercial N° 19 del Departamento Judicial LA PLATA “SUAREZ DANIEL RICARDO C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ NULIDAD DE CONTRATO (DIGITAL) LP-36125-2020 - Sentencia del 14/02/2022

33 “REVOLUCIÓN DIGITAL. BLOCKCHAIN: AVANCE HACIA UN MUNDO HIPERCONECTADO”. Andrés Estebán Sabelli ; Sebastián Lassalle; Juan Andrés Bravo. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Di-Lalla, 2020. p.183

34 “*Técnicamente, el documento digital es un conjunto de impulsos eléctricos que recaen en un soporte de computadora que, sometidos a un proceso, permiten su traducción al lenguaje natural a través de una pantalla, una impresora u otro periférico que genere un resultado equivalente*” ORDOÑEZ, Carlos en “Impugnación de prueba electrónica. Un novedoso, dinámico y fluctuante escenario de la actividad probatoria moderna” Sup. Esp. Legal-TechII 2019 (noviembre), 11/01/2019, 21. Cita Online: AR/DOC/3571/2019)

bancaria para la obtención de las distintas prestaciones del sistema (p. ejem. generación de un contrato de crédito y la acreditación de los importes en cuenta).

Tradicionalmente, los contratos formales en soporte papel contaron con la firma ológrafa para probar autoría, identidad y la manifestación de la voluntad de los sujetos. En los ecosistemas digitales como el mencionado (homebanking) y por la naturaleza de su soporte, la firma ológrafa del mundo analógico no se integra eficazmente en el mundo digital, siendo reemplazada, en la mayoría de los casos, por firmas informáticas: firmas digitales y firmas electrónicas.³⁵

Desde la óptica de protección de los derechos subjetivos de los adultos mayores es importante destacar que los dispositivos contenedores de certificados de firma digital y los mecanismos de implementación de firma electrónica sufren cambios casi de forma constante. Esto representa una dificultad de adaptación para la persona mayor, debiendo el estado tomar medidas eficientes que garanticen su derecho a la accesibilidad³⁶.-

La firma electrónica en los contratos a distancia

Para el cumplimiento de las prestaciones estipuladas en los contratos celebrados en soporte digital de manera remota, una firma electrónica simple puede resultar suficiente para la eficacia de estos o al menos para el cumplimiento esperado de sus expectativas. Lo cierto es que en caso de contienda y a los efectos de su ejecución judicial, la jurisprudencia en los últimos años ha intentado, sin éxito, compatibilizar y armonizar los tradicionales medios probatorios del mundo analógico con criterios más modernos para este tipo de contratos.

Dentro del esquema normativo establecido principalmente por la Ley 25.506, decreto reglamentario y modificatorias, contamos con una cartilla de firmas informáticas conformada principalmente por la firma electrónica y la firma digital. Como con-

³⁵ Los conceptos de firma digital y firma electrónica no constituyen una relación de "género y especie", la "firma digital" no resulta ser una especie de la "firma electrónica" ni la "firma electrónica" es una especie de "firma digital"; ambas firmas son especies de un género más amplio no legislado que podría denominarse "firmas informáticas" (Conf. Mora, Santiago J., "Sobre firmas electrónicas, digitales y el cobro judicial de los créditos celebrados a distancia", La Ley online cita TR LALEY AR/DOC/1081/2023).

³⁶ La ley de firma digital sancionada el 14 de diciembre de 2001, con más de veintidós años, no fue contemplada desde la perspectiva de los adultos mayores, más si consideramos que la CIPDHPM fue aprobada por nuestro ordenamiento mediante la ley 27.360 en el año 2017, es decir dieciséis años después de la sanción de firma digital

secuencia del dispar reconocimiento jurídico de sus efectos, estas pueden tener distinta utilidad en el derecho informático.

En virtud del principio de equivalencia funcional de la firma digital con la firma ológrafa (art. 286, 288 y 3° LFD) aquellos instrumentos que cuenten insertos un certificado de firma digital otorgado por un agente autorizado por el Estado Nacional (ONTI) se caracterizan por: contar con la presunción de identidad del sujeto portante del certificado (autoría), asegurar que el contenido del documento no fue modificado una vez firmado (integridad) y en tanto la presunción de autoría se satisface por la obligación de custodia del certificado por su titular el instrumento firmado digitalmente no podrá desconocerse por este (no repudio) invirtiendo de esta manera la carga de la prueba por quien la desconoce.

Sin perjuicio de ello, debemos decir que el principio de no repudio no puede tratarse de un axioma rígido e inamovible, dado que se convertiría en un barrera de acceso para nuestros adultos mayores, imponiéndoles la carga a estos de probar la no autoría, así como haciéndolos responsables en el caso de errores en la contratación.-

En una suerte caracterización “residual” o definición “negativa” la firma electrónica³⁷ requiere para contar con los efectos de firma digital (u ológrafa) del reconocimiento posterior del firmante o bien, de sentencia judicial que tenga por representada la manifestación de voluntad. Existen numerosos fallos judiciales que echan por tierra cualquier pretensión de considerar como instrumento privado digital a aquel que carezca de su firma digital³⁸.

37 Art 5 Ley 25.506. Firma electrónica. Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

38 “AFLUENTA S.A. C/ CELIZ MARIA MARTA S/ COBRO EJECUTIVO” C. Civ. y Com. San Isidro sala 2da (14/12/2021) – Confirma la sentencia de grado en el sentido de rechazarla vía ejecutiva del contrato de mutuo por estar suscripto con firma electrónica “Y, a tenor de lo normado por el art. 287, primer párrafo, del CCyCN citado, debe considerarse que el título base de la ejecución promovida, al no estar suscripto con firma digital por el deudor, sino con firma electrónica, integra la categoría de instrumento particular no firmado, respecto de los que no puede prepararse vía ejecutiva; no obstante claro está la validez jurídica y eficacia que pueda tener, cuya dilucidación no puede realizarse por el andarivel elegido”.. “es claro que no puede considerarse que el instrumento ejecutado haya satisfecho el requisito de firma previsto en el Código sustancial aludido, y, que, por ende, sea un instrumento privado. Para que ello ocurriera, nos vemos forzados a concluir que debió contar, en rigor, con firma manuscrita o digital del deudor”.

Dentro de un nuevo paradigma imperante en el Código Civil y Comercial de la Nación, Lamber explica que *"la reforma del art. 288 CCyCN prioriza la función de prueba de autoría de la firma sobre su conceptualización como requisito formal del acto jurídico"*³⁹. A partir de allí se reconoce jurisprudencia⁴⁰ que ha tenido por probada la manifestación de la voluntad en instrumentos suscriptos con firmas electrónicas, es decir, instrumentos particulares no firmados. Por lo general estos decisorios judiciales han valorado la utilización de este tipo de firmas dentro de un esquema de interoperabilidad vinculado a otros registros electrónicos para imputar su autoría⁴¹.

Esta corriente de pensamiento carece de una perspectiva enfocada en los adultos mayores, y la utilización de este tipo de tecnologías tiene que complementarse con la adopción de medidas adicionales que no solo refuercen la seguridad informática, sino también que tutelen eficazmente los derechos y garantías de este grupo vulnerable. En virtud del derecho a la accesibilidad, una solución en contrario, implicaría un grado de discriminación y una vulneración de derechos, lo que se traduce en una colisión con las presunciones y protecciones mencionadas, acarreado inseguridad jurídica por posibles nulidades y modificaciones judiciales de este tipo de contratos.-

A su vez y habiendo analizado los principios de la contratación digital y sus características desde la óptica de tutela de los derechos de los adultos mayores, en

39 Néstor Daniel Lamber "La firma en los contratos electrónicos y la crisis del concepto de firma ológrafa frente a su digitalización" En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2023-1 Contratación electrónica. Ed. Rubinzal Culzoni p.112

40 *"En mi opinión, entiendo que a partir del principio de libertad de formas y del principio de libertad para probar los contratos establecidos por el CCyC que se desprenden de los arts. 284, 285, 1015 y 1019 del CCyC, un documento digital que se encuentra suscripto mediante firma electrónica acredita la manifestación de voluntad y perfecciona el acto jurídico en todos aquellos casos en que las normas no exijan formalidad alguna; (...)de la última parte del citado art. 319 se desprende que el valor probatorio estará determinado por el tipo de soporte y aquellas cuestiones técnicas que hagan a su seguridad, de manera que deviene innegable su aplicación a la firma electrónica, asignándole al juzgador un amplio margen de maniobra para su evaluación"* Sala 1º Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata)"BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/ J L S S/COBRO EJECUTIVO" - Expte. N° 176660)

41 Incluso se reconocen las innegables bondades en los datos y metadatos alojados en registros electrónicos de entidades públicas y privadas con gran certeza a lo que hace a la seguridad informática, empleando en su mayoría tecnología de blockchain; lo que ha determinado que el mismo el legislador les haya reconocido en algunos casos# excepcionabilísimos la eficacia jurídica de las de firmas electrónicas con amplios efectos similares a las digitales (p. ejem. en contratos de garantía recíproca *"La Autoridad de Aplicación podrá autorizar la celebración de contratos de garantía mediante instrumentos particulares no firmados, en los términos y condiciones que al efecto establezca* (art. 72 Ley 24.467) o instrumentos bancarios como títulos valores, cheques electrónicos, etc. en que la ley 27.444 establece que *"Si el instrumento fuese generado por medios electrónicos el requisito de la firma quedará satisfecho si se utiliza cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad de las partes y la integridad del instrumento"*)

virtud de la estandarización de estas plataformas de servicios digitales, las cuales no tienen cuenta las particularidades del caso cuando intervienen adultos mayores, no sería equivocado hablar que estamos frente a una situación de discriminación por falta de acceso. En los hechos implica, que en un eventual litigio, la empresa demandada deberá probar que su conducta no fue discriminatoria, por pertenecer la contraparte a una categoría sospechosa. Finalmente, como ya hemos mencionado, la condición de consumidor hipervulnerable del adulto mayor, también genera una tutela que invierte la carga de la prueba de los hechos en la relación contractual.-

III) CAPITULO III. DE LAS HERRAMIENTAS NOTARIALES Y LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

En el permanente compromiso de garantizar una tutela efectiva de los derechos subjetivos de los individuos, el notariado ofrece una serie de herramientas ágiles y seguras tendientes a prevenir futuros conflictos en este tipo de contrataciones. No es nuestra intención hacer aquí un examen exhaustivo, mucho menos taxativo, de las incumbencias notariales contemporáneas sino reflexionar sobre los alcances actuales y futuros de algunas herramientas digitales existentes vinculadas a la temática abordada.

Certificación notarial de firmas digitales

Entre las opciones más comunes de intervención notarial vinculadas con la contratación electrónica, por tratarse en su inmensa mayoría de instrumentos privados y particulares, la certificación notarial de firmas (art 174 a 177 de la ley 9020/78), si bien no eleva a la jerarquía de instrumento público al instrumento privado cuyas firmas se certifican, brinda mayores certezas por tratarse de un proceso que se desarrolla en un marco de normalidad que garantiza su legalidad⁴².

Enfocados enteramente en las alternativas digitales vinculadas con este tipo de actuación, la Plataforma de Actuaciones Notariales Digitales del Colegio de Escri-

42 Enseña el notario español RODRÍGUEZ ADRADOS que *"la seguridad más completa de la verdad del documento está en la presencia del Notario autorizante, pero la inmediatez sustenta también el principio de legalidad"* RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio "Principios Notariales. El Principio de Inmediatez", *Revista Notario del Siglo XXI*, N° 10, noviembre-diciembre 2006, disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-10/2705-principios-notariales-el-principio-de-inmediacion-0-020750132408691693>

banos de la Provincia de Buenos Aires (PAND) permite generar una certificación de firma digital o bien una certificación de firma ológrafa con posterior certificación de reproducción digital del instrumento portante de esa firma ológrafa como archivo embebido al documento notarial digital final (Arts 16 inc.1 y 17 del Reglamento de Actuación Notarial Digital-RAND).

Si bien en la actualidad son escasos los requirentes que cuentan con una firma digital, el notariado bonaerense ya cuenta con una plataforma segura habilitada para cumplir con este servicio y así garantizar a los requirentes el efectivo ejercicio de sus derechos subjetivos. Destacamos que esta modalidad de certificación de firma digital en la actualidad puede realizarse tanto en su modalidad presencial física o bien remota/a distancia.

Por su parte, la certificación de firma ológrafa y reproducción digital (art.17) son instrumentos que por su naturaleza nativo digital resultan de ágil circulación. Estos cuentan con una amplia recepción por parte de los poderes del Estado (p. ej. DPPJ, Registro de proveedores del Estado, Afip, etc.) siendo cada vez más los particulares que los eligen y organismos que los aceptan.

Certificación notarial de firmas electrónicas

En los instrumentos firmados electrónicamente, por tratarse de instrumentos particulares no firmados (art. 287 CCyCN), su valor probatorio queda supeditado al decisorio judicial (art. 319 CCyCN), o en su caso, al reconocimiento de autoría de quien invoca esta firma, invirtiendo de esta forma la carga de la prueba (art 314 CCyCN y 5 de LFD). Al no contar estos instrumentos con las bondades propias de aquellos suscriptos de forma ológrafa o digital existe un grado de incertidumbre ab-initio del negocio jurídico que encuentra en el escribano un agente propicio para que en su intervención se pueda reducir la futura conflictividad dentro lo que se conoce como seguridad jurídica preventiva.

El RAND conforme su última modificación aprobada por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires de fecha 23 de febrero del corriente año en su artículo 16, y en sintonía con el art. 171 de la ley 9020, contempla expresamente la posibilidad de certificar "*firmas electrónicas con las caracte-*

ísticas técnicas que determine el Consejo Directivo, aplicadas a un documento en soporte digital” tanto en presencia física o a través de la utilización de la Plataforma de Actuación Notarial a Distancia (PAND).

Explica Lamber sobre la conveniencia del reconocimiento del contenido de instrumentos en soporte electrónico ante escribano en tanto *“no hay prohibición alguna para su certificación notarial desde el momento en que el acto de requerimiento al notario de su certificación hay una primera intención de reconocimiento o ratificación de la firma electrónica a utilizar”*.⁴³

Certificación notarial de firma electrónica en presencia física del Notario

El requirente podrá asistir personalmente a la notaría y frente al escribano requerir de este una certificación de firma electrónica.

En tanto, la presencia física del escribano da cuenta de la manifestación de la voluntad prestada de forma válida en el documento digital que se firma, si esta firma electrónica cuenta con mayores o menores requisitos técnicos se torna abstracto, por lo que bien podría tratarse simplemente del ingreso de un usuario y clave en un formulario web, “darle clic a términos y condiciones” de algún producto o servicio, él envió de un correo electrónico con reconocimiento de derechos o bien la utilización de una tablet (o *signpad*) con un software especializado a los efectos de su incorporación en un documento digital⁴⁴.

En todos los casos el escribano con su firma digital validará todo el proceso y suscribirá un folio de actuación notarial creado a los efectos y con los requerimientos que el Consejo Directivo determine (art.7). A la vez, este documento contendrá un QR o sistema similar que permita su recuperación del reservorio (art. 9). Sin dudas, esto último, algo a destacar en tanto en la mayoría de los contratos electrónicos por adhesión los consumidores raramente tengan a disposición un documento o archivo que resuma los registros a los que dieron su conformidad garantizando de esa forma su acceso a la información.

⁴³ Ob cit. LAMBER, Néstor Rubén p. 124.

⁴⁴ Si bien en las 42^o Jornada Notarial Bonaerense (San Pedro, año 2022) en un despacho en minoría y en las Jornada Notarial Argentina (Mar del Plata, año 2023) en despacho por la mayoría se concluyó que la firma digitalizada cuenta con efectos similares a la firma ológrafa no siendo una posición enteramente consolidada esta solución satisface también una interpretación en contrario.

Certificación notarial de firma electrónica a distancia

La Plataforma de Actuación Notarial a Distancia (PAND) permite la certificación de firmas electrónicas a distancia en un ambiente seguro y de fácil acceso para el ciudadano. En cumplimiento de los más altos estándares de seguridad y calidad la plataforma se integra a los registros del Estado (RENAPER, AFIP, ANSES, ETC) para garantizar la identidad de los requirentes. A través de una interfaz muy amigable se garantiza “el *proceso de representación de la voluntad por medios digitales*” (art 16. In fine).

El proceso, que incluso puede contar con la grabación de la audiencia, se inicia con la validación (incluso servida con tecnología biométrica) de la identidad del requirente por parte del notario, permite el intercambio de archivos digitales e incluye tecnología de georreferenciación.

La prueba requerimiento del servicio de firma electrónica a distancia exige suscribir por el escribano un acta en el Libro de Requerimiento de Certificaciones de Firmas.

La utilización de Plataforma de Actuación Notarial a Distancia (PAND) para la certificación notarial de firmas a distancia donde intervengan adultos mayores, es un medio idóneo para la protección de estos. Esto se debe a que la intervención notarial configura una tutela efectiva y preventiva de sus derechos subjetivos, dado que la presencia del notario garantiza la identidad, capacidad, legitimación del firmante y la legalidad del acto, satisfaciendo los más altos estándares de seguridad jurídica preventiva.

La intervención del notario permite una calificación correcta de la voluntad expresada electrónicamente por el adulto mayor encuadrando sus ánimos de contratación en un acto jurídicamente viable.

Dada su condición de vulnerable digital y consumidor hipervulnerable, es frecuente que por distintos motivos su voluntad se vea afectada al realizar actos en plataformas electrónicas sin la intención o el alcance deseados. La intervención notarial en la contratación a distancia, implica un beneficio no solo para aquel sino también para los terceros con los que contrata. Se evita la conflictividad entre las partes y

promueve la paz social. Ante el eventual conflicto, el órgano jurisdiccional tendrá un elemento objetivo para poder analizar y tener por probada la autoría del instrumento.

Invitamos al Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, en concordancia con la CIPDHPM, y a los efectos de garantizar el derecho de accesibilidad de los adultos mayores, a que implemente medidas para desarrollar una interfaz amigable de la PAND para los adultos mayores

Garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de los adultos mayores no sólo implica respetar nuestro pasado como sociedad, también significa la conformación de un marco jurídico adecuado en donde se respeten nuestros derechos y garantías cuando nosotros pertenezcamos a la futura generación de adultos mayores.-

BIBLIOGRAFÍA

La Bibliografía Legislativa, de la Doctrina y Jurisprudencia es la que se encuentra mencionada en el texto y en las citas bibliográficas a los pie de páginas.-