

XXXIV JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, 4 al 6 de mayo de 2023

PLANIFICACION PATRIMONIAL FAMILIAR DE LAS PERSONAS MAYORES

Opciones a favor de la autonomía de la voluntad

“La vejez (tal es el nombre que los otros le dan) puede ser el tiempo de nuestra dicha...”

Jorge Luis Borges. Poema “Elogio de la sombra”.(1969)

TEMA I: Planificación patrimonial familiar

“Organización presente y futura de la familia y la empresa a la luz del principio de autonomía de la voluntad”

Coordinadora: Not. Karina Vanesa SALIERNO

Subcoordinadora: Not. Solange JURE RAMOS

Autores:

Marcela Viviana SPINA

marcelaspina@derecho.uba.ar

Silvia GILER

escsilviagiler@gmail.com

PONENCIAS.

Como operadores del derecho debemos colaborar para que la persona mayor pueda ejercer su derecho a tener una vida autónoma e independiente, donde sea oída, respetando sus deseos y decisiones; donde pueda planificar su presente y su futuro sobre los distintos aspectos de su vida, incluso sobre los personalísimos. Es genuino que una persona se asegure que, ante un caso de dependencia o discapacidad, las decisiones que se tomen, estén de acuerdo a su voluntad y que contribuyan con su bienestar psíquico, físico y social.

Los notarios somos los profesionales idóneos por excelencia para receptar las inquietudes y las vicisitudes que pueden existir, tomando en cuenta los deseos y las expectativas que nos transmiten las personas y en consecuencia, asesorarlos sobre cuál de todos los instrumentos jurídicos que nos ofrece nuestro ordenamiento, es el que mejor se adapta a su situación. Planificar como actividad integral comprende evaluar las necesidades e inquietudes, conocer los objetivos y los recursos y desplegar las herramientas jurídicas para conseguirlos. Asimismo, ayuda a prevenir los posibles focos de conflictos y afirma la independencia y el involucramiento en la toma de las decisiones de los adultos mayores. Es una forma de autoprotección, que entendemos como la opción más válida a favor de la autonomía y el respeto de los deseos, la voluntad y la preferencia.

Dentro de la planificación patrimonial para personas mayores existen distintas herramientas propuestas de acuerdo a los objetivos que se persiguen: 1) Para la administración: poderes preventivos o fideicomisos de administración. 2) Para Generar recursos para la última etapa de la vida están la renta vitalicia, la venta de bienes con usufructo, la hipoteca invertida o la renta potencial. 3) Dentro de las relacionadas con la vivienda, podemos mencionar a la donación con cargo, la venta con usufructo o habitación, el cohousing o viviendas colaborativas y el contrato de alimentos, alimentario o vitalicio y 4) En cuanto a las relacionadas con la protección de los herederos vulnerables, contamos con el patrimonio protegido, el fideicomiso testamentario, la mejora a favor del heredero con discapacidad y la indivisión forzosa de la vivienda o el establecimiento comercial.

Dentro de los derechos fundamentales de los adultos mayores, está su derecho a una vivienda digna, lo cual comprende no sólo que se debe respetar adónde desea vivir, sino cómo y con quién quiere vivir. Es esencial que sea una decisión personal, para

lo cual puede otorgar un acto de autoprotección en donde declare cuáles son sus deseos a futuro.

En las personas mayores, el derecho a la vivienda se complejiza por las necesidades y los mayores requerimientos que demanda esta etapa de la vida. Por ello respecto a la planificación de la vivienda nos interesa proponer, estudiar y adaptar las figuras del derecho comparado que tienen en cuenta tal complejidad como son las viviendas colaborativas y el contrato de alimentos.

A nuestro entender, *la vivienda colaborativa* es una de las mejores alternativas para los adultos mayores, ya que sus elementos fundamentales armonizan con los derechos fundamentales de estas personas. Esto se funda en que para ser parte de una vivienda colaborativa, la persona debe involucrarse desde el proyecto manifestando su voluntad de participar, debe ser autónomo e independiente. A esto se le suma que las viviendas están adaptadas a sus necesidades y las áreas de uso común contribuyen a que se genere un espíritu de cooperación, solidaridad y cuidado mutuo; todo lo cual redundará en una mejor calidad de vida y en participación más activa dentro de la sociedad.

Atento a que la esencia de las viviendas colaborativas es que sea creada por personas que compartan un mismo interés, por un grupo de amigos, o por una asociación de profesionales, creemos que la cooperativa es la persona jurídica idónea para implementarlas; ya que al carecer de un fin de lucro será la responsable de que se cumpla con el objetivo común, evitando todo tipo de especulaciones. Además, si bien debe existir un órgano de administración, las decisiones serán tomadas por todos los asociados en las asambleas, lo cual reafirma el sentimiento de comunidad.

La cooperativa puede otorgar el acceso a la vivienda de los futuros habitantes otorgarse mediante el derecho real de habitación. Este derecho garantiza que el inmueble pueda ser sólo utilizado como vivienda, que sea ocupado por la persona seleccionada ya que es intransmisible y se extingue por fallecimiento.

Asimismo, proponemos la posibilidad de que en ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad del adulto mayor, se pueda pactar un contrato de alimentos. Este sería un contrato atípico, tanto social como jurídico, con un doble alea dado por la vida de la persona más las necesidades a cubrir. A falta de regulación, sólo se regiría por las normas contractuales que las partes pacten y en forma supletoria, por las normas referidas a los contratos en general.

Este contrato tendría utilidad para aquellas personas que desean transmitir su propiedad inmueble u otros bienes a cambio de recibir una prestación alimentaria y

asistencia física y espiritual. Está dirigido a las personas que se encuentran en una situación de dependencia y que desean recibir asistencia de una persona de su confianza, que conozca sus deseos y preferencias. Estos alimentos a otorgar deberían incluir lo necesario para cubrir las necesidades básicas como alimentación, vivienda, gastos médicos, recreación y bienestar en general; serían exactamente como las necesidades que deben cubrirse con los alimentos regulados entre parientes por el derecho de familia. Si bien podría ser conveniente su regulación legal, consideramos que puede aplicarse a través de una redacción pormenorizada de los derechos y obligaciones de las partes y su posibilidad de resolución, dando soluciones acordes a los intereses negociados por las partes.

Introducción.

Dadas las amplísimas pautas propuestas por la coordinación vamos a centrarnos en la planificación patrimonial para un grupo específico de personas vulnerables, con características especiales debido a pertenecer a un grupo etario.

El envejecimiento de la población está a punto de convertirse en una de las transformaciones sociales más significativas del siglo XXI, conforme el informe de las Naciones Unidas de 2017, sobre "Perspectivas de la Población Mundial".¹

El envejecimiento está ligado a la falta de igualdad y discriminación, que se manifiesta en un trato diferenciado y perjudicial que en gran medida reciben las personas mayores, que las debilita frente a una sociedad que las percibe como un grupo de especial vulnerabilidad.²

Ante los cambios sociales, el avance de la técnica y la medicina; el hombre ha conseguido más años de vida, no siempre con la calidad esperada, lo que hace verlo sometido a nuevas necesidades e inquietudes que llevan a buscar nuevas respuestas, que no se dan tan automáticamente en la sociedad.

La inquietud por este grupo de personas, presumido capaz para todos los actos de la vida civil pero vulnerable en los términos del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional y sujeto a discriminación por su edad, ya fue expresada en anteriores convocatorias³ y aún antes de las protecciones legales que hoy existen.⁴

Tal situación provocó la necesidad de las especificaciones de los derechos humanos para este grupo etario, con el otorgamiento de un tratado de derechos humanos regional específico como es la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, aprobado el 15 de junio de 2015, convertido en ley 27.360 desde 2017 y recientemente otorgada su jerarquía constitucional a través de las mayorías agravadas por ley 27.700 publicada el 30 de noviembre de 2022 en el Boletín Oficial.

¹ Las personas mayores de 60 años o más, se espera se duplique para 2050 y triplique para 2100: pasará de 962 millones en 2017 - 13 por ciento de la población mundial - a 2100 millones en 2050 y 3100 millones en 2100. A nivel mundial, este grupo de población crece más rápidamente que los de personas más jóvenes. (*<http://www.un.org/es/sections/issues-depth/ageing/index.html>)

² Zito Fontan, Otilia en Armella, Cristina y otros. El Notario: Ciencia, Técnica y arte al servicio de las personas vulnerables. Primer Premio de Investigación Jurídica de la UINL Yakarta 2019 en Revista Internacional del Notariado RIN 126 2020/2021 pág. 129.

³ Spina, Marcela Viviana "Derecho de Familia Modelo Siglo XXI. Especial Consideración al Derecho de los Ancianos" - Jornada Notarial Bonaerense. Junin 2011. Trabajo merecedor de accesit.

⁴ Spina Marcela Viviana- Zito Fontan Otilia. Capacidad jurídica de las personas mayor. La persona mayor ante el notario. En Revista de Derecho de Familia. RDF 95- Grosman, Cecilia. Kemelmajer de Carlucci, Aida. Herrera, Marisa. Directoras. Julio 2020 Abeledo Perrot. Buenos Aires 2020 pag. 10.

Las pautas nos hablan de los principios del derecho: Los principios involucrados son la autonomía de la voluntad, los de solidaridad familiar, el principio de buena fe en la contratación y los principios de derecho sucesorio, el orden público de la legítima hereditaria versus la libre disposición sucesoria de los bienes.

Para apuntar a la siguiente pregunta ante una sociedad que reclama su derecho a decidir sobre todos los aspectos de su plan de vida y entonces decidir cómo quiere vivir, amar, procrear, elegir su identidad de género y hasta morir; ¿resulta constitucional y convencional no permitir decidir qué hacer con sus bienes acumulados para después de su muerte?; o ¿discutir los actos realizados por personas mayores, por considerarlas no aptas para decidir sobre su propia vida? Esto parecería un sinsentido que no se condice con los niveles de libertad, autonomía, independencia y autodeterminación reconocidos hoy en los instrumentos de derechos humanos.

Esas necesidades pueden ser de vivienda, de falta de recursos por lo magro de los ingresos a través del sistema previsional de jubilaciones y pensiones y la necesidad de administrar los bienes y organizar las necesidades de cuidado en caso de dependencia, para ellos o personas dependientes de su cuidado.

Es importante desgranar las herramientas jurídicas que pueden servir a estas personas para planificar de acuerdo a sus necesidades, en especial a través del estudio de figuras existentes y también de otras más novedosas utilizadas en el derecho comparado, como son las figuras del contrato de alimentos o alimenticio o las viviendas colaborativas.

La vejez desde la sociología y la filosofía.

Simone de Beauvoir, ya en 1972 hablaba resueltamente de un "fracaso" de nuestra civilización: *"La sociedad impone a la inmensa mayoría de los ancianos un nivel de vida tan miserable que la expresión 'viejo y pobre' constituye casi un pleonasma (...). Los ocios abren al jubilado posibilidades nuevas; en el momento en que el individuo se encuentra por fin liberado de coacciones, se le quitan los medios de utilizar su libertad. Está condenado a vegetar en la soledad y al aburrimiento, es un puro desecho. Que durante los quince o veinte últimos años de su vida un hombre no sea más que un desecho es prueba del fracaso de nuestra civilización".*

"Si los viejos manifiestan los mismos deseos, los mismos sentimientos, las mismas reivindicaciones que los jóvenes, causan escándalo; en ellos el amor, los celos parecen odiosos o ridículos, la sexualidad repugnante, la violencia irrisoria.".⁵

"Tan lejos elevamos ese ostracismo que llegamos a volverlo contra nosotros mismos; nos negamos a reconocernos en el viejo que seremos. (...) Todos los hombres son inmortales: lo piensan. Muchos de ellos llegan a viejos: casi nadie prevé de antemano ese avatar. Nada debería ser más esperado, nada es más imprevisto que la vejez. "⁶

La filósofa francesa nos exhorta: No sigamos trampeando, en el futuro que nos aguarda está en juego el sentido de nuestra vida; no sabemos quiénes somos si ignoramos lo que seremos: reconozcámonos en ese viejo, en esa vieja. Así tiene que ser si queremos asumir en su totalidad nuestra condición humana.

Por eso lo que vamos a proponer en este trabajo se trata de ser conscientes, esperar la vejez, actuar sobre ella y planificar en consecuencia y en todos sus aspectos, para vivir esa etapa de la vida de una forma más plena. Todos derechos consagrados en el instrumento internacional de protección de las personas mayores.

Dentro de los nuevos paradigmas que surgen de los tratados de derechos humanos, la Convención de los derechos del niño, la Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la Convención interamericana de los derechos humanos de las personas mayores, que reconocen a todas las personas como sujeto de derecho, con derecho a dar su opinión; más la constitucionalización del derecho privado, incorporada a nuestro Código Civil y Comercial que establece una interpretación sistémica, se ven reforzados los principios de autodeterminación, de libertad y de dignidad de la persona humana y más especialmente a una necesaria protección de las situaciones de vulnerabilidad.

Derechos fundamentales consagrados en la Convención Interamericana de protección de las personas mayores.

La Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (CIDHPM) tiene por objeto promover proteger y asegurar el reconocimiento y pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos

⁵ De Beauvoir, Simone. La vejez. 1era Edición 1970 Editions Gallimard. Edición consultada tercera edición Buenos Aires, junio 2012 Random House. Mondadori S.A.

⁶ Beauvoir, Simone. Obra citada.

de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad⁷.

El mismo se trata de una especificación de los derechos humanos de este grupo de personas vulnerables. Así consagra especialmente el derecho a la independencia y autonomía,⁸ a tomar decisiones, a definir su plan de vida y desarrollar una vida independiente y autónoma de acuerdo con sus tradiciones y creencias.⁹

También condena la manipulación financiera y refuerza el concepto del derecho a la propiedad.¹⁰ ya que la persona tiene derecho a su uso y goce y no a no ser privada de la misma, conservando la libre disposición de sus bienes.

Se refiere la Convención en forma muy especial a la preocupación en torno a la vivienda; al derecho a la vivienda digna de la persona mayor, haciendo hincapié a su libre elección, a su conservación, al acceso a la misma,¹¹ a su protección y a la elección de soluciones habitacionales adaptadas a la misma.

Por último consagra su derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica, al derecho a la elección de medidas de apoyo, reiterando con exactitud los términos consagrados en la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad.¹²

Como vemos la convención se encarga de reafirmar dentro de los derechos humanos de las personas mayores, la autonomía, libertad e independencia para tomar sus propias decisiones, el derecho de propiedad, el derecho a elegir una vivienda y sistemas de cuidados, sin embargo, ante la dependencia otras personas pretenden decidir por ellos, saben que les conviene o no ante la imposibilidad de autovalerse en su propia casa por ello, pueden decidir alternativas diferentes a los deseos y preferencias de la persona y existen cantidad de casos judiciales de discusión sobre las decisiones tomadas por ancianos, como ya referiremos.

Por lo expuesto estamos ante un mandato constitucional¹³ -convencional como es garantizar la autonomía. Y la mejor forma es presentarle todos los mecanismos

⁷ Art. 1 CIDHPM

⁸ Art. 1.- CIDHPM

⁹ Art. 7 CIDHPM. Derecho a la independencia y autonomía. Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos....

¹⁰ Art. 23 Derecho a la propiedad Toda persona mayor tiene derecho al uso y goce de sus bienes y a no ser privada de estos por motivos de edad.

¹¹ Artículo 24 CIDHPM Derecho a la vivienda La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades.....

¹² Artículo 30 Igual reconocimiento como persona ante la ley.

¹³ Protección y medidas afirmativas de acuerdo al art. 75 inc 23 y Convención con jerarquía constitucional superior a las leyes.

jurídicos de autoprotección y la posibilidad de planificar sobre los mismos, conociendo el abanico de posibilidades existentes de herramientas jurídicas a efectos de diseñar una planificación a medida de las personas y sus circunstancias. El traje a medida al que tantas veces nos referimos.

La idea es que este grupo etario pueda planificar su presente y su futuro, conociendo las formas jurídicas de autoprotección, tanto referida en sus aspectos personalísimos (derecho de autoprotección) como en sus aspectos económicos pudiendo evitar en casos de dependencia o discapacidad, soluciones disvaliosas tomadas por otros, como vivir en residencias o en lugares contra su voluntad, o malas decisiones económicas que atenten contra su bienestar físico y espiritual, entendiéndose como bienestar un concepto multidimensional psíquico, físico y social, para lo que es muy útil el aspecto predictivo de la planificación.

En consecuencia, afirmamos que planificar es asegurar la continuidad de la autonomía.

¿Qué es planificar? ¿Porque es una actividad por excelencia notarial?

El concepto fue tomado del management y la planificación estratégica para las empresas y las organizaciones.

Peter Drucker, considerado el padre del management moderno, definió a la planeación estratégica como “un proceso sistemático y continuo de toma de decisiones que guía a una organización hacia su futuro deseado”. En otras palabras, la planeación estratégica implica analizar el entorno externo e interno de la organización, establecer objetivos y metas claras y desarrollar un plan de acción para alcanzarlos.

Para este autor, “la planeación estratégica es esencial para el éxito de cualquier organización y debe ser llevada a cabo por los líderes y los gerentes de la empresa en colaboración con todas las partes interesadas. La planeación estratégica implica una visión de futuro y una comprensión clara de los objetivos a largo plazo de la organización, y es un proceso dinámico que debe ser revisado y actualizado regularmente para garantizar su relevancia y efectividad en un entorno empresarial cambiante.”¹⁴

Si aplicamos este concepto al derecho, nos referiremos especialmente a la planificación sucesoria. *“Al considerar el resultado que la planificación debe producir, podemos concebirlo como la actividad de formulación de planes para la*

¹⁴ Información consultada a la reciente aplicación de IA ChatGPT a la pregunta planificación estratégica según Peter Drucker.

transformación del futuro desarrollo del sistema objeto del proceso de planificación, el cual lleva implícito la fijación de objetivos y metas concretas al comportamiento del sistema a planificar en un plazo determinado y la correspondiente asignación precisa de medios que aseguren el logro de dichos objetivos”.

“Si enfocamos el término planificación como un proceso, podemos conceptualizarlo como la actividad humana de carácter racional que tiende a la definición de una conducta a seguir con el objeto de lograr la transformación de la realidad, para lo cual se definen y coordinan objetivos a lograr sobre la base del análisis previo de los hechos observados en la realidad presente y sus condicionamientos históricos y de la proyección de su tendencia que observa el sistema a planificar. Para la realización de esta tarea vamos a necesitar la aplicación de un conjunto de herramientas, instrumentos, y recursos que, como anticipáramos, han de enlazar diferentes ramas del derecho. Para Leonardo Glikin, a quien podemos llamar "el padre de la planificación sucesoria", aquella "*consiste en tomar los asuntos de la vida teniendo en cuenta la posibilidad del retiro y la certeza de la muerte*". Ello implica un primer desafío: si nos sabemos mortales, tenemos que imaginar diversos escenarios, porque lo que nunca se sabe es cuándo y bajo qué circunstancias, la muerte va a ocurrir. El citado autor sostiene que esta planificación se asienta sobre cuatro pilares básicos a partir de los cuales se pueden comprender las motivaciones disímiles de cada persona, teniendo en cuenta la edad, y en cada circunstancia de la vida. Esos pilares guardan correspondencia con: la protección, la armonía, la proyección personal y la trascendencia.”¹⁵

La sociedad se ha transformado, han cambiado los integrantes, los roles y las familias, las condiciones de cuidado necesario en un modelo familiar anterior estaban garantizadas. Hoy existe incertidumbre ante las nuevas circunstancias.

En ninguna etapa de la vida como en la vejez, será necesario plantearse todos los escenarios posibles, porque las circunstancias de enfermedad, discapacidad o dependencia son más ciertas que en otras. Habrá que evaluar los objetivos, sopesar los recursos con los que se cuentan, conocer las diferentes herramientas jurídicas a nuestro alcance y plantear posibles escenarios y opciones y alternativas de vivienda y de cuidado, teniendo en cuenta que en estos tiempos puede ser poco probable contar incondicionalmente con la familia para ello. No sabemos si las decisiones

¹⁵ Mourelle de Tamborenea María Cristina. Planificación sucesoria patrimonial y extrapatrimonial. Las directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial y en los proyectos de modificación. Publicado en: RCCyC 2022 (agosto), 11/08/2022, 25 Cita: TR LALEY AR/DOC/2019/2022.

respecto a la salud y al cuidado, serán las mismas a las que optaríamos en ejercicios de nuestras decisiones autorreferentes en ejercicio de nuestros derechos personalísimos.

“La autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho Civil, el cual consiste en la libertad que reconoce el ordenamiento jurídico a los individuos, a fin de que estos autorregulen sus intereses. Esta autonomía se manifiesta a través del acto jurídico, que es el medio que el derecho le otorga a los sujetos para crear, modificar transferir o aniquilar sus derechos y obligaciones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *"Artavia Murillo v. Costa Rica"*, ha dicho que *"el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana"*.¹⁶

La autonomía de la voluntad se topa con un límite el orden público en el caso sucesorio establecido por la legítima.

“La legítima se contrapone a la libertad absoluta del testador de disponer de todos sus bienes a favor de las personas que considere más apropiadas. Ello acarrearía desatender por completo —si aquél así lo estimare, y sin dar justificación alguna, los lazos de sangre, adoptivos o por razón del matrimonio que pudiera tener—. Este es el sistema prevalente en la cultura anglosajona. Entre ambas concepciones existe en la legislación comparada una serie de sistemas o soluciones intermedios; ellos pueden consistir en una reserva mínima de alimentos a favor de un reducido grupo de personas antes de consagrar la libertad absoluta de testar para los demás casos; sistemas de legítima con distribución forzosa variable según el número de hijos, o de cuota única invariable, o con porción de distribución forzosa y porción de distribución libre. Este último es el vigente en España, al cual nos referiremos más adelante. La legítima reposa sobre una concepción sabida y aceptada: la solidaridad familiar, la protección de sus integrantes, que el éxito patrimonial del causante se basa en alguna medida en el apoyo emocional o afectivo de su familia en vida de aquel. La legítima respondía en el Código Civil a la necesidad de proteger y fortalecer a la familia como núcleo esencial de la sociedad, al punto que el causante no podía disponer libremente de la mayor parte de su patrimonio. Al decir de Borda, la institución de la legítima

¹⁶ Mourelle de Tamborenea, María Cristina. Ob. Cit.

*responde a un poderoso sentimiento de justicia. El Código Civil y Comercial ha mantenido esa idea central, al hacer subsistir el sistema de protección imperativa”.*¹⁷

Si bien todo lo proyectado en las pautas, se origina en una morigeración de los principios rígidos del derecho sucesorio, parecería no ser suficiente para una aplicación irrestricta de la autonomía de la voluntad en todos los aspectos, como podrían ser las disposiciones de bienes a título gratuito.

Siguiendo en este tema a Marisa Herrera *“afirmamos que somos protagonistas de tantas transformaciones y conquistas legales que hace sólo algunos años eran impensables que sean realidad y hoy ya ostentan un espacio propio y consolidado, como ser: la ampliación del matrimonio a todas las personas con total independencia de la orientación sexual de sus contrayentes; el cambio de identidad de género sin reasignación corporal alguna; la cobertura médica y consecuente aceptación legal y simbólica de que una mujer sola pueda ser madre mediante el uso de técnicas de reproducción asistida heteróloga o la admisibilidad judicial de la gestación por sustitución. Todas estas conquistas, hace sólo un lustro atrás, podrían ser tildadas de ideas utópicas. Hoy se debate el sistema binario de filiación y el reconocimiento de la noción de socioafectividad, La autonomía de la voluntad frente al orden público y otras formas de vivir el afecto y las relaciones de familia.”*¹⁸

La socioafectividad en este caso es reconocer otros vínculos afectivamente relevantes, que no se condigan necesariamente con el parentesco biológico, pudiendo encarnar estos vínculos las personas de confianza, para muchas de las figuras que analizaremos. *“Nacidas de la unión convivencial, familias ensambladas, familia multigeneracionales, familia monoparental y convivencia de ayuda mutua (otros vínculos afectivos que comparten residencia y con vínculos de amistad y compañerismo se brindan ayuda y apoyo mutuo en forma permanente)”*¹⁹.

El reciente Código de las familias de Cuba la reconoce expresamente.²⁰

¹⁷ Rolon Avelino La legítima hereditaria en el nuevo Código. Fundamento, inviolabilidad, excepciones y la "Cautela Socini" Publicado en: LA LEY 12/12/2017, 12/12/2017, 1 Cita Online: AR/DOC/2637/2017

¹⁸ Herrera, Marisa: La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo Publicado en: RDF: 66, 02/09/2014, 75 Cita Online: AR/DOC/5420/2014.

¹⁹ Morello, María Silvia. Los Alimentos del adulto mayor en Grosman, Cecilia Directora en Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el derecho de familia. Pag. 361. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2015.

²⁰ Código de las familias de Cuba. Artículo 21. Parentesco socioafectivo. 1. El parentesco socioafectivo se sustenta en la voluntad y en el comportamiento entre personas vinculadas afectivamente por una relación estable y sostenida en el tiempo que pueda justificar una filiación. 2. El parentesco socioafectivo es reconocido excepcionalmente por el tribunal competente y tiene los mismos efectos que el parentesco consanguíneo, conforme a las pautas establecidas en el Artículo 59.2 de este Código

Celebramos la convocatoria para la profundización en el estudio de la planificación como una incumbencia notarial de carácter integral. Las pautas nos dicen que planificar, en su acepción vulgar, es organizar, planear, programar o proyectar. Implica poner en marcha o en movimiento un conjunto de acciones y decisiones para la elaboración de un proyecto de vida estratégico y específico para cada persona. En sentido jurídico, planificar significa seleccionar las estructuras jurídicas que mejor se adecúan o den respuesta a las necesidades de cada sujeto.

Constituye un proceso de mediación entre el presente y el futuro, en donde el rol del operador del derecho en general y del notario en particular, es el profesional por excelencia para identificar los problemas e inquietudes existentes, canalizar los anhelos y deseos presentes y, en función de las posibilidades que el sistema jurídico ofrece, elaborar las herramientas tanto de organización actual como de prevención de conflictos futuros. Requiere la intervención de un asesor que genere confianza y en este camino, el notario cumple un rol fundamental, porque es el funcionario público cuya intervención ha sido impuesta por la ley para acompañar a la persona en la ejecución de los actos fundamentales de la vida que tienen impacto patrimonial, con la finalidad de conferirles legalidad, validez y eficacia, firmeza y seguridad preventiva. El notario de tipo latino, con todas sus operaciones de ejercicio y sus principios en especial el de asesoramiento e imparcialidad, resulta ser el profesional por excelencia para acompañar a una persona mayor, en la formación y planificación de sus decisiones, que sin duda tiene derecho a tomar según le es reconocido por el ordenamiento jurídico.

Hace tiempo que venimos pregonando que los actos de autoprotección no son sólo para las personas mayores, pero serán de mucha utilidad, para las mismas que se van dando cuenta que ante el paso de los años, pueden o temen ir perdiendo sus facultades de autogobierno y deciden dejar establecida una planificación relacionada con sus derechos personalísimos y sus materias autorreferentes. Hasta el documento interdisciplinario sobre evolución de la demencia conocido como “Documento Sitges”²¹ les otorga importancia a las decisiones anticipadas.

Las mismas pueden tener un amplísimo contenido, desde el nombramiento de apoyo y curador, así como disposiciones relacionadas a su salud, a su vida cotidiana, a sus cuidados y hasta a su identidad digital; a contrario del escaso contenido que parecería

²¹ Análisis y reflexiones sobre la capacidad de tomar decisiones durante la evolución de una demencia “Documento Sitges” Editorial Glosa Barcelona 2005. Actualización 2009.

reconocer el artículo 60 del CCCN, como lo establece expresamente el proyecto de ley de Actos de autoprotección.²²

La protección de “la identidad digital” es uno de los contenidos autorreferentes que pueden ser contenido de las directivas anticipadas, haciendo una interpretación amplia del artículo 60 del CCCN, fundamentado en el artículo 19 de la CN y en los principios y valores que surgen de los tratados de derechos humanos, en una interpretación sistémica.

Las directivas anticipadas o actos de autoprotección pueden tener como contenido disposiciones referidas a la identidad digital y a los derechos personalísimos involucrados en las redes sociales. Por ejemplo: El cierre o la transformación de una cuenta en conmemorativa o el destino final de los derechos personalísimos relacionados con la imagen, voz y el honor y otros recuerdos de la persona interesada. Se podrían llamar directivas o voluntades digitales a las disposiciones que una persona realice sobre sus bienes digitales, especialmente, aquellas para después de su muerte o en caso de una pérdida de discernimiento, la designación de una persona para que ejecute las mismas y se presente ante los proveedores de servicios digitales con que el disponente tenga cuentas activas.

En los actos de autoprotección, el objeto son los derechos personalísimos, decíamos que no se referían a aspectos económicos más que a una enumeración de los bienes y sus posibilidades de administración, por ejemplo, a través de un poder preventivo. Cuando en esta planificación el notario acompaña a su requirente, que como siempre decimos no se acercará pidiendo un acto de autoprotección, ni muchos menos una planificación patrimonial o sucesoria, sino que tal ingeniería surgirá de una o más entrevistas solos o acompañados con el tiempo necesario o en el lugar adecuado, prestando los ajustes necesarios y todo el apoyo institucional para desentrañar sus verdaderas inquietudes, deseos, preferencias y necesidades, para alumbrar el o los actos necesarios a la medida de esta persona única e irrepetible y sus necesidades. En este caso se aplicaría la Guía de buenas prácticas para la actuación de personas con discapacidad de la UINL, adaptada por el Colegio de Escribanos de la Provincia

²² Proyecto de Actos de Autoprotección S-669/2022 avalado por el CFNA Artículo 4º.- Contenido del acto. El acto de autoprotección puede contener directivas anticipadas sobre materias autorreferentes como la salud del otorgante, su cuidado personal y las personas designadas al efecto, su lugar de residencia, su patrimonio, la designación del propio apoyo o curador y la de una o más personas para que lo representen y hagan cumplir la voluntad expresada incluso en lo referente a su identidad digital. El poder preventivo puede contener facultades amplias o especiales de acuerdo a la voluntad del otorgante, incluidas facultades patrimoniales, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades otorgadas, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y prever formas específicas de extinción.

de Buenos Aires, que como se concluyó en el despacho de la 41 Jornada Notarial Bonaerense en el tema II debería adaptarse en forma específica a este grupo de personas vulnerables.

También queremos hacer hincapié que la intervención del notario es muy diferente en un acto aislado, una actuación única, que en la planificación, ya que ésta resulta de un proceso que seguramente será interdisciplinario y no se agotará en un solo acto, sino que requerirá de muchas intervenciones, desplegadas a través de diferentes herramientas jurídicas, que se complementan y se retroalimentan entre ellas. Las mismas deberán ser causadas, explicadas, los recaudos tomados y las valoraciones deben constar en la actuación notarial, porque ello blindará las actuaciones y las volverá menos vulnerables a los ataques que pueda recibir en especial a través de causas judiciales.

Los desafíos que presentan las normas convencionales de derechos humanos para la tutela de los derechos de las personas adultas mayores muestran la necesidad de una autodeterminación, es decir, una autoregulación a través de una multiplicidad de alternativas que garanticen la protección integral, con miras a asegurar su dignidad y autonomía. Parece ser que no basta con un mecanismo único para todas las personas, sino que es necesario uno más complejo y adaptado al caso concreto: Esta es la tarea del notario en la planificación, poder a través de una mayéutica socrática otorgar una respuesta integral al individuo.

El reciente y moderno Código de las familias de Cuba incorpora un capítulo de los derechos de las personas mayores en los términos convencionales y expresamente consagra el derecho a la autorregulación y planificación futura.²³

Clases o categorías de planificación patrimonial agrupadas de acuerdo a sus objetivos:

La planificación patrimonial para las personas mayores puede relacionarse con uno o con todos los siguientes aspectos a organizar, teniendo en cuenta las necesidades y vicisitudes del ser humano:

²³ Código de las familias de la República de Cuba. Título IX de las personas adultas mayores y de las personas en situación de discapacidad en el entorno sociofamiliar. Capítulo I de las personas adultas mayores en el entorno sociofamiliar. Arts.421 a 433. En especial nos interesa el art. 426. "Derecho a la autorregulación de la protección futura. Las personas adultas mayores tienen derecho a configurar el sistema de protección que ha de regir al concurrir circunstancias que les dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica, sobre la base de sus voluntades, deseos y preferencias, que prevalecen respecto a las adoptadas por la autoridad judicial.

1.- Administración de los bienes: Poderes preventivos, fideicomisos de administración.

2.- Generar recursos para la última etapa de la vida: Renta vitalicia, venta de bienes con usufructo, hipoteca invertida o renta potencial.

3.- Relacionadas con la vivienda: Donación con cargo. Venta con usufructo o habitación. Ingreso a residencias geriátricas. Contrato de alimentos, alimentario o vitalicio, cohousing o viviendas colaborativas.

4.- Decisiones para después de su muerte y en protección de herederos vulnerables: Patrimonio protegido. Fideicomisos testamentarios, mejora a favor del heredero con discapacidad. Divisiones de vivienda o establecimiento comercial.

Las características de estos tipos de planificación tienen que ver con los distintos problemas, dificultades, necesidades e inquietudes, las redes sociales con las que cuenta, en especial su familia y la falta de ésta o la colaboración que pueden tener las personas mayores involucradas. En este caso esbozaremos nada más las posibles herramientas, vistas desde el punto de la planificación y no en un análisis exhaustivo de las figuras remitiendo a bibliografía específica.

1.- Administración de los bienes.

En el primer caso, la preocupación pasa por la imposibilidad de administrar por sí mismos los bienes y los recursos que integran el patrimonio, que puede ser por enfermedad, por el simple paso del tiempo o por alguna causal de dependencia y como esos recursos van permitir a el mantenimiento de sus necesidades básicas y las demandas de cuidado en caso de dependencia.

De acuerdo a la importancia del patrimonio, quizá se pueda solucionar con un simple poder preventivo, similar al utilizado en el derecho español, entendiendo que el mismo está incluido en la definición del artículo 60 CCCN y definiéndolo como lo hace el proyecto de actos de autoprotección.²⁴ El poder preventivo “*es el acto jurídico unilateral otorgado por una persona humana a favor de una o más personas humanas o jurídicas para que la representen en determinados actos en previsión de la pérdida del discernimiento o autonomía del poderdante*”. O un Mandato preventivo: Es el contrato por el cual una persona humana encomienda a otra u otras personas humanas o jurídicas, y éstas se obligan, a realizar uno o más actos jurídicos, en interés de la primera, en previsión de su pérdida de discernimiento o autonomía.

²⁴ S-669/2022 Ob. Cit.

En el caso del poder preventivo en sentido estricto, el apoderado podrá ejercer las facultades conferidas únicamente a partir de la pérdida de discernimiento o autonomía del poderdante, en la forma y condiciones previstas en el mismo instrumento, las que se deberán acreditar fehacientemente. El poder preventivo con cláusula de subsistencia despliega sus efectos desde el momento del otorgamiento y subsistirá aun cuando dicha situación se produzca o puede plantearse que surta efectos desde determinada causa de imposibilidad pactada.

El poder preventivo no se extingue por la pérdida de discernimiento, temporaria o definitiva, del otorgante²⁵

Estos poderes preventivos suelen acompañar a los actos de autoprotección con el más variado contenido, pero qué en su aspecto patrimonial, contendrán la enumeración de sus bienes, ingresos con los que cuentan, forma de administración y destino al que deben ser abocados y serán complementarios al acto de autoprotección, como una herramienta de ejecución. Por ejemplo: Las opciones de cuidado domiciliario, el mantenimiento de obra social.

Si el patrimonio tiene tal envergadura que excede de las posibilidades de una administración ordinaria, se podrá constituir en los términos de artículo 1666 y siguientes del CCCN, un fideicomiso de administración de los bienes a través de un patrimonio de afectación administrado por un fiduciario, a fin de proveer de todas las necesidades básicas y dando un beneficiario final de los bienes.

Si dentro del patrimonio existe una empresa o un establecimiento comercial, podrían aportarse otras soluciones de administración que exceden del planteo del presente.

2.- Generar mayores ingresos.

En este caso se trata de generar recursos y mayores ingresos para esta última etapa de la vida, que a consecuencia de los magros recursos que reportan los sistemas previsionales, de jubilaciones y pensiones, no suelen alcanzar para llevar los mismos standares de la vida activa.

Las necesidades no cubiertas de las personas mayores corresponde que sean solventadas por la familia²⁶, por el Estado y en forma subsidiaria por la sociedad en su conjunto.

²⁵ Proyecto S 669 art. 4 ya relacionado.

²⁶ARTÍCULO 671 CCCN.- Enumeración. Son deberes de los hijos:

a) respetar a sus progenitores;

b) cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior;

El principio de solidaridad familiar implica que los parientes deben proveer a las necesidades básicas de estas personas, los alimentos son obligatorios entre los parientes de acuerdo al CCCN. Esta solución no es muy difundida ni aplicada en nuestro país, se encuentran poquísimos ejemplos de alimentos reclamados judicialmente por personas mayores y algunos pocos casos de abandono que deben recurrir a la justicia.²⁷

Se trata de propuestas de planificación que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, permitan que la persona mayor movilice sus bienes, aunque sea su única vivienda, para generarse los recursos necesarios, mejorar su calidad de vida y no depender de sus hijos u otros parientes, ni de ayudas externas, en un ejercicio de su dignidad para autovalerse con sus propios recursos, que fortalecerá su bienestar y autonomía.

2.1.- Préstamos hipotecarios o Hipotecas revertidas.

En el derecho comparado vemos como alternativa préstamos vitalicios o hipotecarios o hipoteca revertida.

Tienen una regulación legal financiera, pueden implementarla bancos o financieras para personas de más de 60 años que hipotecan un inmueble por una cuota única o periódica para múltiples usos. Esta termina con la muerte o venta del inmueble o ante causales previstas de caducidad. En tales circunstancias se prevé el reembolso del capital y los intereses. Dicho monto lo pagan los herederos o se procede a la venta del inmueble para abonar la hipoteca y luego el remanente queda a los herederos. Esto puede realizarse sin intervención de la justicia.

Esta figura no cuenta con una regulación legal en nuestro país, como sí en Italia o España, pero creemos que podría utilizarse por el principio de autonomía de la voluntad y utilizando la regulación supletoria de cualquier hipoteca.

2.2. Contrato oneroso de renta vitalicia.^{28 29}

c) prestar a los progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria

²⁷ Morello, María Silvia Ob cit.

²⁸ Para el desarrollo más ampliado de esta figura. Armella, Cristina N. y otros." *"El Notario: ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables"*, Primer premio de investigación jurídica UINL 2019 en RIN 126, número página. 129.

²⁹ Esper, Mariano. Derecho Notarial Práctico. La Ley 1ra. Edición Buenos Aires 2018 – Modelo de escritura pública de constitución de renta vitalicia.

Este contrato bilateral, consensual, nominado, aleatorio, oneroso, solemne tiene regulación legal en nuestro país, tanto en el código decimonónico como en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, aunque no es de muy masiva utilización.

El contrato se regula en el título 24 del CCCN y se define *ARTICULO 1599: “Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato”*.

Es un contrato aleatorio, en el que se entrega un bien inmueble o un capital una cantidad de dinero, a cambio de una renta de carácter vitalicia; la cual debe ser una cuota periódica anual, mensual o trimestral. El alea está dado por el hecho incierto de la duración de la vida de la persona constituida como cabeza de renta, el cual puede ser el mismo dador de capital. Por lo tanto, será parte del contrato y ocupará, además el rol subjetivo de cabeza de renta.

Por su parte el beneficiario de la renta puede ser un tercero a la celebración contractual, como tercero beneficiario, pero nada priva de que este rol subjetivo también pueda beneficiar al mismo dador. Así, el dador podrá ser cabeza de renta y beneficiario, ocupando entonces su calidad de parte contractual y de los otros dos roles subjetivos o quedar estos dos últimos designados en el contrato, considerando a personas humanas distintas del propio dador. Estos dos últimos roles deben siempre recaer en personas humanas mientras que los de dador y deudor de la renta, podrán ser asumidos por personas jurídicas debidamente legitimadas para ello.³⁰

El monto debe ser una suma dineraria, sea en moneda nacional o extranjera y el beneficiario puede ser el mismo constituyente o un tercero. El contrato debe constituirse por escritura pública y puede combinarse con un usufructo vitalicio, por lo que puede permitir continuar viviendo o explotando el inmueble a pesar de la realización del contrato.

El artículo 1608 CCCN prevé la resolución por fallecimiento del cabeza de renta y expresa: *“Si la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato no es el deudor, y dentro de los treinta días de celebrado, fallece por propia mano o por una enfermedad que padecía al momento del contrato, éste se resuelve de pleno derecho y deben restituirse las prestaciones.”*

³⁰ Armella Ob citada.

La entrega de la cosa inmueble en plena propiedad o del dominio desmembrado, las garantías de evicción y vicios redhibitorios, la pluralidad subjetiva, la prestación o constitución de garantías, la moneda del contrato, el lugar y tiempo de pago, el otorgamiento de recibos, el derecho de acrecer, la posibilidad de la cesión de la renta, las situaciones de resolución y extinción contractual, los supuestos de restitución del capital, son algunos de los rasgos que caracterizan al contrato y que deben ser expuestos acabadamente, negociados y constar en el documento constitutivo (escritura pública).

La autonomía de la voluntad impera, y lo no previsto por las partes estará alcanzado por las normas supletorias aplicables no solo las que regulan este contrato nominado en particular, sino por aquellos a los cuales remite y aun por las normas generales de los contratos. No obstante, el trascendente ejercicio de la función pública notarial debe siempre estar atento a la prevención del litigio.³¹

2.3. Renta potencial.³²

El notario Eduardo Gabriel Clusellas propone una alternativa entre las dos figuras expuestas previamente, y consiste en que los interesados transmitan el dominio fiduciario del bien a un fiduciario y suscriban un contrato con el financista que les proveerá de fondos mensuales, hasta que los beneficiarios decidan vender el bien o fallezcan.

El encargo fiduciario va a incluir cláusulas tales como que, en caso de incumplimiento del dador en integrar las cuotas, el dominio del inmueble retornará a los beneficiarios, generando a su favor un crédito que deberá ser tasado y que no será exigible sino hasta que los beneficiarios decidan la venta del bien o hasta que se produzca su fallecimiento. Por otro lado, los beneficiarios podrán vender y gravar el bien, con la intervención del fiduciario, quien en ese acto deberá desinteresar a los acreedores, entregando el remanente a los beneficiarios o a quienes ellos hayan designado en el contrato de fideicomiso. El acreedor para recuperar lo prestado con más sus intereses, nunca deberá recurrir a la ejecución de la garantía, pues al producirse la muerte de los beneficiarios de la renta, sólo debe notificar al fiduciario para que realice el patrimonio fiduciario (la casa), en forma privada, y por el mecanismo previsto en el

³¹ Armella, Cristina N. Obra citada.

³² Para el desarrollo más amplio de esta figura y modelo de instrumentación en Clusellas, Eduardo Gabriel en Armella, Cristina Noemí y otros." *"El Notario: ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables"*, Primer premio de investigación jurídica UINL 2019 en RIN 126 número pag. 129.

contrato, pague al acreedor, perciba su remuneración y efectúe el reintegro de los gastos incurridos y entregue el remanente a los herederos de los beneficiarios de la renta.

Nótese que quien presta el dinero no deberá analizar la capacidad crediticia de quien solicita los fondos, puesto que, al no estar obligados a realizar desembolsos periódicos de dinero, no existe riesgo alguno en este sentido. El riesgo en tal caso se limita a las oscilaciones del valor de las propiedades, que en una economía estable debería crecer a través del tiempo, acompañando la inflación en moneda constante, y a las posibilidades de sobrevivida de los beneficiarios de la renta, circunstancia que, debido a las abundantes estadísticas y mediciones existentes, es posible de neutralizar con seguros que cubran longevidades superiores a las normales que impidan recuperar lo prestado con la venta del bien. También tiene un alea dado por la vida del beneficiario o cabeza de renta.

Este sistema no impide que siga habitando la propiedad que se otorga en garantía. Esta figura no está regulada, pero como propone Clusellas puede vehiculizarse perfectamente a través de un fideicomiso.

Otra forma posible de incrementar sus ingresos será la venta de la nuda propiedad conservando el usufructo o realizar un acto dispositivo temporal como el derecho real de superficie sobre el inmueble.

Las presentes alternativas enumeradas son actos de disposición o gravamen de carácter oneroso, por lo que no podrían ser atacados por herederos perjudicados, salvo que se pueda demostrar una simulación o vicios del acto jurídico.

3.- Relacionadas a la vivienda de la persona mayor.

La vivienda de la persona humana es un derecho fundamental, reconocido en nuestra Constitución Nacional, en los tratados de derechos humanos, reforzado en nuestro actual CCCN y fuertemente robustecido por la Convención específica para el caso de las personas mayores.

Es una de las preocupaciones fundamentales del ser humano y el notario es un asesor privilegiado en relación a la posibilidad de protección de este derecho. Como expresamos, la CIDHPM hace hincapié en reiterados artículos en el acceso y protección de la vivienda o centro de vida de las personas mayores y realza con énfasis que corresponde a las personas mayores la elección de la residencia o el lugar de vida, también en preferir el mantenimiento de la vida en lo que fue el lugar habitual

ante alternativas de institucionalización de las personas mayores. El ingreso o permanencia de las personas mayores en residencias requiere del expreso consentimiento de la misma.³³

El porqué de estas reafirmaciones se debe a una necesidad real de que la persona no pueda vivir sola, o que las condiciones de su vivienda ya no se adapten a sus necesidades, por exceder el tamaño de sus posibilidades de mantención, por no tener comodidades para sus nuevas circunstancias, por ser de alto y contar con escalera, o no tener espacios para una persona dependiente o con ciertas dificultades de movilidad, por ser aislada de personas que puedan prestarle de su colaboración, o ayuda ante la dependencia.

A eso se añaden nuevas necesidades que también son contempladas en la CIDHPM que son las de cuidado y que deben ser diseñados y elegidos por la propia persona.

El tema del cuidado, en especial de personas mayores, enfermas y discapacitadas, es una materia aún pendiente en las sociedades actuales, porque siempre fue considerada en manos de las mujeres y como una obligación impuesta en base a los estereotipos de género y sin remuneración a cambio. La inserción de las mujeres en el mercado laboral y la proliferación de hogares monoparentales, restan posibilidades de cuidado, y representan un verdadero problema social. Los cambios sociales a los que nos referimos en el presente impiden muchas veces que las mujeres, puedan/quieran seguir cumpliendo estos roles, por lo que se considera también dentro de este punto a planificar este otro aspecto las alternativas posibles de cuidado.

El primer derecho que debe ser reconocido es la libertad para tomar estas decisiones, el segundo derecho es el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

A eso apuntan los artículos de la Convención, a la elección de las alternativas a la institucionalización y a la verdadera organización para situaciones de cuidado. La Convención opta por preferir que la persona mayor continúe en la casa habitación, siempre teniendo en cuenta que lo más favorable es un envejecimiento saludable, comunitario y participativo. Por lo que vemos, es un tema bastante más complejo que elegir una vivienda donde vivir.

En este trabajo nos proponemos estudiar alternativas que existen en el derecho comparado y que pueden aplicarse en nuestro medio.

3.1. Cohousing o viviendas colaborativas.

³³ Existe un Proyecto de ley de María Isolina Dabove de contrato de residencias geriátricas, que lamentablemente ha perdido estado parlamentario.

Las viviendas colaborativas o cohousing nacieron en la década de 1970 en Dinamarca y Holanda, simultáneamente, y se fueron reproduciendo en otros países. Se tratan de comunidades autopromovidas y autogestionadas por sus propios residentes, que carecen de jerarquías, siendo la participación comunitaria de sus residentes una de sus características fundamentales. Están integradas por viviendas de uso privado que se complementan con espacios comunes como una extensión de las mismas y donde se realizan actividades comunitarias promoviendo la colaboración entre los residentes.³⁴ Por ello, además de los espacios y servicios comunes encontramos estructuras organizativas de colaboración mediante redes de apoyo mutuo en términos de solidaridad y reciprocidad de manera formal o informal.

Las comunidades de viviendas colaborativas pueden ser intergeneracionales donde conviven familias con hijos pequeños, adultos de mediana edad y personas mayores en proporciones diferentes, dependiendo de los grupos de interesados y también pueden estar integradas sólo por adultos mayores. Estas últimas son las denominadas comunidades de senior cohousing y en las cuales los espacios de uso común están pensados para satisfacer los requerimientos y las preferencias de los adultos mayores y son sobre las que nos referiremos en este trabajo.

Las viviendas colaborativas son un conjunto de viviendas privadas que pueden ser casas, departamentos o cuartos dentro de un complejo habitacional, que comparten espacios comunitarios que por lo general son un comedor con cocina, un salón de usos múltiples, lavandería, espacios verdes y de esparcimiento, así como también pueden incluir una sala de primeros auxilios, una biblioteca y cualquier ámbito que promueva la interrelación entre sus habitantes. Este tipo de viviendas tiene como finalidad fomentar la colaboración en los cuidados mutuos, desde la cotidianidad y el compartir lo doméstico, siendo un requisito indispensable para el funcionamiento del proyecto, según las condiciones de cuidados que las personas mayores vayan necesitando. Constituyen un perfecto equilibrio entre continuar viviendo en su propia casa con el compartir espacios y actividades cotidianas y de ocio con otras personas. Asimismo, este tipo de viviendas permite la optimización en el uso y la propiedad colectiva de los recursos materiales, ya que al ser las viviendas privadas compactas y funcionales y los equipamientos son compartidos por todos, hay un mejor aprovechamiento del terreno, los materiales, la energía y una menor generación de

³⁴ Del Monte, Diego Javier. "Cohousing. Modelo residencial colaborativo y capacitante para un envejecimiento feliz". Colección Estudios de la Fundación Pílares para la autonomía personal. Nº 4. España, 2017. Página 13.

residuos; todo lo cual conlleva a que los residentes puedan tener acceso a más recursos con menor inversión. Por lo tanto, estos desarrollos urbanos también se asocian con una conciencia ecológica, ya que en su construcción se pueden utilizar energías renovables, materiales sustentables en la edificación, la gestión de aguas y los residuos.³⁵

Las viviendas colaborativas constan de cuatro características propias:³⁶

1) El proceso participativo: Es esencial que los futuros residentes decidan en forma conjunta la planificación arquitectónica desde el inicio hasta la total finalización de la construcción o refacción del complejo de viviendas. En esta fase se definirán no sólo cómo serán las partes privadas, sean casas, departamentos o habitaciones, sino también los espacios que faciliten la vida en común, beneficien a la socialización y cooperación entre los residentes, así como los que impacten en el mejor aprovechamiento de los recursos materiales y de energía.

2) El diseño intencional: Es fundamental porque las características del proyecto promoverán el sentido de comunidad. Es por ello que desde el inicio se deben tener en cuenta todos los aspectos del futuro complejo habitacional que contribuyan con el intercambio social.

3) Los servicios comunes: Son los lugares destinados a la vida en comunidad y complementan a los espacios individuales; pueden ser el comedor, los lugares de esparcimiento, los espacios verdes, el lavadero, la enfermería y el estacionamiento, entre otros.³⁷

4) La autogestión: Es una consecuencia directa de las características descritas con anterioridad. El concepto de este tipo de viviendas es que los habitantes no tengan una simple relación de vecindad, sino que convivan en comunidad y cooperación. Por lo que es vital que sean ellos los que tomen las decisiones que hacen a la administración de la comunidad.

³⁵ Fernández Cubero, Ana. "Cuerpo, género y vejez en las Viviendas Colaborativas para personas mayores" Trabajo Final de Master. Universidad del País Vasco. Euskal Herriko Unibertsitatea. 2015. Página 30. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Faddi.ehu.es%2Fbitstream%2Fhandle%2F10810%2F16511%2FTFM_DEFINITIVO%2520Ana%2520Fern%25C3%25A1ndez.pdf%3Fsequence%3D1&clen=2174153.

³⁶ Borelli, Vittoria. "Análisis de la vivienda colaborativa: un estudio comparado del caso italiano, español y danés". Trabajo final de Máster en Sociología de las Políticas Públicas y Sociales. Facultad de Economía y Empresa 2015/2016, Universidad de Zaragoza, España. Página 26.

³⁷ BORELLI, Vittoria. Obra citada. Página 30.

Asimismo, podemos **añadir otros dos elementos característicos como son:** 5) La estructura organizativa horizontal y 6) La independencia económica de las personas residentes entre sí.³⁸

5) La estructura organizativa horizontal: Si bien por razones legales este tipo de viviendas son administradas por una junta directiva, son las asambleas que se celebran en la comunidad las que toman las decisiones de manera consensuada.³⁹ Es una estructura democrática de gobierno.

6) La autonomía económica de los residentes entre sí: Los habitantes deben poseer un ingreso económico para pagar el canon por el uso de su unidad y de los espacios comunes.

Es destacable que como uno de los elementos principales de este tipo de viviendas es la declaración de voluntad de la persona que desee vivir en ella, o sea hay una declaración de voluntad; esto optimiza la calidad de vida de las personas mayores ya que propicia su autonomía personal relacionada con la participación y la inclusión en la comunidad, lo cual conlleva que se genere un ambiente solidario entre sus habitantes como resultado de la vida colaborativa.⁴⁰

La organización de las viviendas colaborativas.

Las viviendas colaborativas de personas mayores fueron extendiéndose en Europa como resultado de los cambios en los sistemas de cuidado en la vejez. Por ejemplo, en Dinamarca casi ha desaparecido el modelo institucional de residencias geriátricas, ya que actualmente, sólo el 1% de la población danesa mayor vive en una residencia de ese tipo.

Por otro lado, en Suecia las políticas públicas orientadas a los adultos mayores promueven las residencias y viviendas asistidas que cuentan con departamentos privados a fin de privilegiar la autonomía y la intimidad de los que viven en ellas.

En Alemania si bien estas viviendas existen hace varias décadas, al principio estaban relacionadas con proyectos ecologistas (eco-aldeas) o de política de izquierda (comunidades económicas); por lo que las destinadas a personas mayores llegaron más tarde. La mayoría de las viviendas colaborativas alemanas fueron creadas por privados sin fines de lucro bajo la figura de promotoras cooperativas, diferenciándose

³⁸ FERNÁNDEZ CUBERO, Ana. Obra citada. Página 27.

³⁹ FERNÁNDEZ CUBERO, Ana. Obra citada. Página 30.

⁴⁰ Del Monte, Diego J. Obra citada. Página 60.

de las suecas que cuentan mayormente con un origen público o de las danesas donde son de capitales mixtos (público y privado).⁴¹

En la mayoría de los proyectos se adoptó el cooperativismo como el marco jurídico apropiado para su organización ya que es el que mejor recepta la gestión común, la reciprocidad y el apoyo mutuo de todos sus habitantes, o sea las particularidades propias de las viviendas colaborativas.⁴²

En contrapartida con el creciente incremento de este tipo de viviendas en Europa y en América del Norte, en Latinoamérica este desarrollo enfrenta varios obstáculos por diversas razones como son:

1) El tiempo y el compromiso de los futuros residentes: Debido a la realidad socio económica de estos países, no muchas personas pueden disponer del tiempo y los recursos económicos que conllevan este tipo de proyectos.

2) El riesgo financiero y el difícil acceso a la financiación: Como se trata de una novedad en el ámbito de desarrollo habitacional y los potenciales residentes son adultos mayores con distintas realidades económicas; las entidades financieras y mismo los potenciales residentes no consideran a este tipo de vivienda como un valor seguro.

3) Conocimientos técnicos y capacidad de gestión: Atento a que los futuros residentes participan en la búsqueda de la propiedad y el desarrollo del proyecto; es necesario que posean conocimientos determinados lo cual conlleva a que disminuya la cantidad de potenciales candidatos.

4) Dificultades para competir con otros aspirantes a adquirir el terreno para el futuro proyecto: Atento a los obstáculos que enfrentan las comunidades de viviendas colaborativa en cuanto a la financiación y la organización, tienen menos chances de adquirir un inmueble frente a otros candidatos. Por ello muchas veces cuentan con promotores que les facilitan el acceso a los terrenos disponibles, el avance en las gestiones y los planes de financiación, lo cual reduce el tiempo y el compromiso por parte de los residentes y les proporciona acceso a los recursos necesarios para el desarrollo del plan. Sin perjuicio de ello, es esencial que los futuros habitantes

⁴¹ Keller Garganté, C. y Ezquerro Samper, S. "Viviendas colaborativas de personas mayores: democratizar el cuidado en la vejez". *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 137, e71867. España, 2021. Página 8. Disponible en: <https://doi.org/10.5209/reve.71867>.

⁴² Keller Garganté, C. y Ezquerro Samper, S. Obra citada. Página 9.

participen activamente desde el inicio de la propuesta, que es como dijimos uno de los principios del desarrollo de este tipo de viviendas.⁴³

El desarrollo de las viviendas colaborativas en los distintos países.

España.

En España varias comunidades de viviendas colaborativas se constituyen mediante cooperativas de viviendas conforme lo normado por el artículo 89 de la Ley de Cooperativas 27/1999.⁴⁴

La mayoría de estas comunidades adoptan la forma jurídica de la propiedad horizontal. Por lo tanto, luego de que las viviendas privadas son adjudicadas a cada uno de los socios, la cooperativa se disuelve o sólo se ocupa de gestionar los espacios de uso común, lo que conlleva que desaparezca el espíritu de cooperativa.⁴⁵

En otros casos, la cooperativa mantiene la propiedad de las viviendas, las administra y cede el uso de las viviendas a los cooperativistas, por ejemplo otorgando el usufructo. Por lo tanto, los cooperativistas son usufructuarios de las viviendas, o sea que pueden usar y gozar de las mismas con la obligación de conservarlas y cuidarlas como si fuesen propias. Esta forma es la que mejor se adapta a los principios de la cooperativa ya que al ceder el uso de la vivienda mediante el usufructo se mantiene la estabilidad de la cooperativa, se evitan la especulación inmobiliaria, preservando la finalidad original del proyecto y se tienen en cuenta las condiciones personales y necesidades de los futuros habitantes.

La “Cooperativa Trabensol” (Trabajadores en Solidaridad), es uno de los senior cohousing emblemáticos españoles. Este conjunto habitacional proyectado por un grupo de amigos bajo la forma de una cooperativa de vivienda autogestionada por personas mayores, piensan que vivir una vejez digna, implica compartir con personas de su misma generación que compartan gustos, necesidades, con las que se crea una relación de empatía y comprensión.⁴⁶ Es un ejemplo de que en esta etapa de la vida

⁴³ García Pérez, Anaïs y Moya González, Luis. “El cohousing como una alternativa a las nuevas dinámicas de habitar en la ciudad de Madrid”. Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales. Vol. L, Nº 195, primavera. España, 2018. ISSN: 1133-4762. Página 81.

⁴⁴ Artículo 89: “*La propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en derecho.*” Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. Publicada en: «BOE» núm. 170, de 17/07/1999. Entrada en vigencia el 06/08/1999. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-15681>

⁴⁵ Keller Garganté, C. y Ezquerro Samper, S. Obra citada. Página 9.

⁴⁶ Artiaga Leiras, Alba. Obra citada. Página 12.

no sólo es importante el bienestar físico sino también la calidad de las relaciones humanas.⁴⁷

La cooperativa es la propietaria del inmueble que le otorga el derecho de uso de las viviendas a las personas socias. Es por ello que las decisiones respecto a la propiedad son tomadas por la Cooperativa que cuenta con distintos órganos de funcionamiento como ser el Consejo Rector, la Junta Directiva y distintas comisiones como Comunicación, Socio-sanitaria, Economía, Comunicación, Jardinería, Patrimonio y Actividades y Espacios Interiores. Existe un reglamento de régimen interno que establece los requisitos que deben cumplir los socios cooperativistas que deseen acceder a una de las viviendas.⁴⁸

Es un edificio sustentable, donde existe armonía entre los espacios comunes y los privados, donde las decisiones se toman democráticamente, en un ámbito de cooperación. Se consideran a las relaciones humanas como una de las fuentes principales de bienestar, combinando la vida comunitaria con la independencia personal.⁴⁹

Italia.

Conforme estudios realizados en este país, en la última década se incrementó en más del 40% el número de personas que viven solas, de las cuales casi el 80% son propietarios de las viviendas. El 60% de esas viviendas constan de más de 4 habitaciones y son ocupadas por adultos mayores que en su mayoría percibe una jubilación mínima. Esta problemática se vio acrecentada con el sentimiento de soledad y el aislamiento social que enfrentan los adultos mayores que no cuentan con ninguna política de Estado que los acompañen estos cambios sociales.⁵⁰

En el año 2014 y con el fin de encontrar una alternativa a esta situación, el Departamento de Políticas Sociales del municipio de Roma desarrolló una comunidad de viviendas colaborativas destinadas a los adultos mayores con el fin de otorgarles una buena calidad de vida, para evitar la institucionalización o por lo menos retardarla

⁴⁷ <https://trabensol.org/>

⁴⁸ chromextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Ftrabensol.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2021%2F05%2FESTATUTOS-de-Trabensol-con-modificacion-por-A.G.-2018-12-15.pdf&clen=1112133&chunk=true

⁴⁹ Artiaga Leiras, Alba. "Cuidados comunitarios y gobierno común de la dependencia: las viviendas colaborativas de personas mayores". Monografía recibida el 16/01/2020 Aceptada el 10/11/2020 publicada en Revista Española de Sociología (RES) / Spanish Journal of Sociology / doi: 10. 22325 /fes/res.2021.29. España, 2021. Página 9.

⁵⁰ Borelli, Vittoria. Obra citada. Página 47.

lo máximo posible.⁵¹ El complejo está diseñado para promover la autonomía, la autogestión y favorecer acciones que promuevan el envejecimiento activo, para evitar la institucionalización o por lo menos retardarla lo máximo posible.⁵²

El lugar organiza distintas actividades que promueven las interrelaciones entre sus habitantes, les brindan todas las herramientas que los ayuden a desenvolverse independientemente en su vida diaria, les brindan apoyo en los quehaceres diarios a los que lo necesitan y cuentan con servicio de urgencia médica.

Luego de su construcción, este emprendimiento fue adjudicado a una cooperativa para que lo administre. Los futuros habitantes deben realizarse diferentes exámenes para ser admitidos, ya que se evalúan sus condiciones físicas, sociales y psicológicas y se les hace un seguimiento durante todo el tiempo que habitan el complejo. Como contraprestación, los residentes pagan un monto mínimo en concepto de alquiler de la vivienda y del mantenimiento de las áreas comunes.

Dinamarca.

En Dinamarca, a diferencia de otros países, las viviendas colaborativas son creadas por grupos de personas que comparten intereses comunes y desean vivir en una comunidad caracterizada por el uso de servicios comunes.⁵³

Un ejemplo de este tipo de viviendas es el complejo habitacional para adultos mayores “Mariendalsvej, 14-18” creado en 1988. El proyecto del mismo fue encargado a un grupo de arquitectos por los miembros del fondo de seguridad social de los abogados y economistas de Copenhague⁵⁴. A las viviendas de uso privado se les suman varios sectores destinados a las actividades y servicios comunes, como ser un comedor, una lavandería, un pequeño gimnasio con piscina y sauna, un invernadero y un jardín. El complejo además cuenta con sistemas de calefacción y provisión de agua diseñados para preservar la ecología y el cuidado de los recursos naturales, recursos característicos de los países escandinavos.

Para acceder a las viviendas, los futuros residentes deben tener un buen estado de salud y tener entre 50 y 70 años. Atento a que las residencias se transfieren en locación, el Estado financia su acceso otorgándole a los habitantes, una contribución económica.

⁵¹ Borelli, Vittoria. Obra citada. Página 47.

⁵² Borelli, Vittoria. Obra citada. Página 47.

⁵³ Borelli, Vittoria. Obra citada. Página 52.

⁵⁴ Borelli, Vittoria. Obra citada. Página 52.

Aunque pareciera que cumple con el ideal de vivienda colaborativa ya que contempla las principales características técnicas y arquitectónicas, esta urbanización fracasó ya que no contempló uno de los elementos principales del cohousing que es que los futuros residentes se involucren en el proceso de diseño, desarrollo y formación de la comunidad.

Argentina.

Las ciudades de Argentina como en casi toda Latinoamérica no son adecuadas para las vicisitudes que enfrentan los adultos mayores en esta etapa de sus vidas. Las malas condiciones de las aceras y la falta de políticas urbanas que contemplen las necesidades de las personas que padecen dificultades para movilizarse por la ciudad, se conjugan con las bajas jubilaciones y que la mayoría de las viviendas no están adaptadas para ellos; todo lo cual conlleva que se acreciente el aislamiento social y la soledad, tornándolos más vulnerables. Es por ello que al llegar a cierta edad, las personas se ven obligadas a vivir sus últimos años con su familia o en una institución geriátrica.

En nuestro país un pionero de las viviendas colaborativas es el proyecto “Asociación Mutual Israelita Vidalinda”. Esta Asociación fundada a fines de 1967 por un grupo de inmigrantes judíos alemanes se creó con el fin de brindar a las personas mayores una propuesta de vida diferente dentro de un ámbito comunitario judío.⁵⁵

Se trata de un edificio de quince pisos en el barrio porteño de Belgrano, que consta de departamentos de distintos tamaños, diseñados especialmente para adultos mayores y donde viven aproximadamente cien personas mayores de 70 años.

Al estar diseñado para las necesidades de sus residentes, el complejo dispone de amplios pasillos y grandes aberturas, ascensores preparados para camillas, grupo electrógeno, rampas de acceso y guardia las 24 horas. Las áreas de uso común están compuestas por un amplio espacio verde, una confitería, una biblioteca y un lugar destinado a distintas actividades recreativas como ser cine, talleres cognitivos, o gimnasia.

Los residentes que deseen acceder a las viviendas adquieren el derecho real de uso vitalicio de las mismas, por un precio menor al que sería adquirir un departamento similar en dicha zona.

⁵⁵ <https://www.vidalinda.org.ar/>

En los últimos tiempos se han construido en distintas partes de nuestro país desarrollos inmobiliarios bajo la denominación de Senior Cohousing, como ser “Antares Nordelta” en el partido de Tigre, provincia de Buenos Aires o “Ananda Green Village” en Luján de Cuyo, provincia de Mendoza, destinados a personas mayores de 65 años y desarrollados arquitectónicamente para satisfacer los requerimientos de las personas que llegan a esta etapa de su vida. Sin embargo, estos emprendimientos no cumplen con las particularidades propias de las viviendas colaborativas ya que más allá de que se crean con fines de lucro; los futuros residentes no intervienen en el proyecto, no son autogestionadas y los habitantes no son los que toman las decisiones que hacen al proyecto común. Por lo tanto, no cumplen con el espíritu con el que nacen las viviendas colaborativas o cohousing.

Propuesta del Gobierno nacional.

Por medio de la Resolución 152/2021, el Ministerio de Desarrollo Territorial y Habitat de la Nación junto con el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, (conocido como “PAMI”), desarrolló el Subprograma “Casa Propia - Casa Activa” dentro del “Programa Casa Propia - Construir Futuro”.⁵⁶

Este proyecto proclamado como pionero en la región en cuanto a política pública habitacional dirigido a adultos mayores, se propone construir 100 complejos habitacionales en todo el país. Los ejecutores de estos proyectos serán los municipios y/o provincias que garantizarán su correcto uso y mantenimiento. Además de contar con viviendas privadas para el uso de sus habitantes, estos complejos estarán provistos de áreas de uso común destinadas a actividades educativas, deportivas y recreativas que impulsen el espíritu de comunidad y el sentido de pertenencia; así como también contarán con centros de atención de salud primaria y terapéutica.

Las 3.200 viviendas que se proyectan construir, serán adjudicadas en comodato a las personas mayores de 60 años que reúnan los requisitos mínimos para su admisión establecidos por el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.⁵⁷ Este programa tiene como finalidad ofrecer una solución habitacional definitiva a aquellas personas que se ven imposibilitadas de acceder a un crédito hipotecario en razón de la edad, promueve el envejecimiento activo y fortalece el

⁵⁶ Resolución del Ministerio de Desarrollo Territorial y Habitat de la Nación número 152/2021 por la cual se crea dentro del “Programa Casa Propia - Construir Futuro”, el Subprograma que se denomina “Casa Propia - Casa Activa”. Publicada en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/244577/20210519>

⁵⁷ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/244577/20210519>

derecho a envejecer en comunidad de manera saludable, acompañada y segura, incentivando a que sus miembros sean partícipes de la sociedad.

Conclusiones.

A nuestro entender, la vivienda colaborativa es una excelente opción para que los adultos mayores accedan a una vivienda digna, a un precio justo, donde continúen siendo sujetos activos y que, además, se contemplen las necesidades propias de esta etapa de la vida. Este modelo de vivienda considera todos los aspectos que se deben cumplir para respetar los derechos de los adultos mayores: Su derecho a ser oído, su participación activa en la sociedad y el respeto a su autonomía e independencia. Además, la vida en comunidad que propone, soluciona los problemas de aislamiento, soledad y falta de estímulos que afectan principalmente a este grupo etario y que se han incrementado en los últimos años.

Tomando en consideración los proyectos de viviendas colaborativas desarrollados en otros países, consideramos que la cooperativa es la forma jurídica que mejor se adapta a este tipo de viviendas, ya que evita cualquier especulación económica que se aleje de la finalidad común de las personas que participan en el proyecto. La misma puede ser impulsada por un grupo de amigos o una asociación de profesionales que desean compartir su adultez con personas que compartan sus preferencias, pero dentro de un equilibrio entre la vida privada y el ámbito comunitario.

La cooperativa sería la propietaria de las viviendas otorgándoles el derecho de uso a los futuros habitantes junto con los derechos y obligaciones que establezcan sus estatutos. Si bien hay un Consejo de Administración, son los asociados que participan en las Asambleas los que toman las decisiones que tendrán injerencia en la comunidad, fortaleciendo los vínculos y el mutuo entendimiento.⁵⁸

A nuestro entender, el derecho real de habitación normado en el artículo 2158 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación,⁵⁹ es la forma jurídica más adecuada para que los futuros residentes accedan a las viviendas colaborativas; ya que frente a otras formas jurídicas que se pueden utilizar como son el usufructo, el uso, la locación o el comodato, este derecho real cuenta con ciertas propiedades que lo destacan de los demás. Es intrasmisible, ya sea por acto entre vivos o mortis causa;

⁵⁸ Ley 20.337 de Cooperativas. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18462/texact.htm>

⁵⁹ Artículo 2158 del Código Civil y Comercial de la Nación: “*La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia. El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana.*”

no se pueden constituir sobre la cosa derechos personales ni reales, no es ejecutable por acreedores, no se puede alterar el destino de vivienda y se extingue por el fallecimiento del habitador. Todos estos atributos garantizan que la vivienda será ocupada por la persona elegida, la cual no podrá darle un uso distinto al determinado.⁶⁰

Los Notarios tenemos una gran oportunidad de proponer la planificación mediante el uso de este modelo de vivienda una alternativa que contemple el derecho del adulto mayor a acceder a una vivienda digna respetando su autonomía e independencia. El cual se puede prever mediante el otorgamiento de un acto de autoprotección en donde la persona pueda expresar cuál es su voluntad respecto a su futura residencia.

3.2. Contrato de alimentos, de mantenimiento o vitalicio.⁶¹

Este contrato, que existe en el derecho comparado, no tiene regulación legal en nuestro país por lo que trataremos de demostrar que se podría aplicar en base a los principios de autonomía de la voluntad y de libertad contractual.

Puede ser una excelente alternativa para las personas que si bien tienen vivienda, ya no pueden vivir solas y cuenten con otras personas que se comprometan con ellos a cuidarlos, a cambio de quedarse con su casa o alguno de sus bienes.

Esta situación bastante común planteada en nuestras Notarias, se solía encuadrar a través de una donación con usufructo vitalicio o con un cargo de cuidado o a través de un testamento para dejar el bien al cuidador, en un caso, protege más al donatario y en otro al testador, pero no parece reunir las obligaciones de ambas partes, y todas las alternativas de conflicto frecuentes para ambas partes involucradas.

Esta alternativa permite que no se trate de una situación de hecho, sino de una obligación sujeta a cláusulas contractuales previstas que les den garantías a ambas partes, se contemplen las posibilidades de conflicto y cómo solucionarlas o resolver el contrato.

Otra inquietud es si este tipo de contratos sólo pueden realizarlo las personas que no tienen herederos o como se trata de un acto oneroso, pueden realizarlo las personas que teniendo herederos, no tengan relación entre ellos o estén en estado de

⁶⁰ Urbaneja, Marcelo Eduardo. "Usufructo, uso y habitación: Aspectos, civiles, notariales y registrales de su nueva función económica". LXXVI Seminario Teórico- Práctico Laureano Arturo Moreira. Buenos Aires, 8 y 9 de noviembre de 2018.

⁶¹ En este punto seguimos a Frustagli Sandra y Trivisonno, Julieta B. en Capítulo VII Los Alimentos en el Marco Internacional. Primera Parte El contrato de alimentos en el derecho español en Krasnow, Adriana. Tratado de Derecho de familia. La Ley 2015. Primera Edición Volumen I Buenos Aires 2015.

negligencia o de abandono por parte de las personas obligadas legalmente, o si pueden realizarse con alguno de los herederos que se comprometen a las tareas de cuidado, favoreciéndolo con uno de sus bienes en detrimento de otros herederos de igual grado que se desentienden de la atención de la persona mayor.

Trataremos de ir dando lineamientos que nos permitan responder a estos interrogantes.

La presente propuesta es la posibilidad de que en ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad pueda pactarse un contrato de alimentos qué para nosotros, sería un contrato atípico, tanto social como jurídico, que sólo se regiría por las normas contractuales que las partes pacten y en forma supletoria, las normas referidas a los contratos en general.

Este contrato tendría utilidad para aquellas personas que desean transmitir su propiedad inmueble u otros bienes a cambio de recibir una prestación alimentaria y asistencia física y espiritual para las personas que se encuentren en una situación de dependencia. Estos alimentos a otorgar deberían incluir lo necesario para cubrir las necesidades básicas como alimentación, vivienda, gastos médicos, recreación y bienestar en general, exactamente como las necesidades que deben cubrirse con los alimentos regulados entre parientes por el derecho de familia.

Es por lo que consideramos que puede ser de gran utilidad para las personas mayores y personas con discapacidad, que no tengan familiares o que los tengan, pero que no se encarguen de sus necesidades.

Este contrato puede servir para quienes poseen un inmueble pero sus ingresos no le alcanzan para cubrir sus necesidades mensuales. Por lo tanto, desean entregar sus bienes a cambio de recibir una prestación de alimentos, pero no saben cómo asegurarse del cumplimiento de las prestaciones o cómo puede revocarse el acto si no se cumple la contraprestación tenida en cuenta.

En consecuencia, esta figura presenta varias ventajas frente a la donación con cargo de cuidado o de asistencia, un testamento más un acto de autoprotección o un contrato de renta vitalicia; que son las figuras que los Notarios aconsejamos habitualmente a los requirentes.

Para realizar este contrato, proponemos seguir la legislación, la doctrina y la jurisprudencia más adelantada en derecho comparado en la materia que es la española; la cual regula a esta figura en los artículos 1791 a 1796 del Código Civil y en la ley de Enjuiciamiento por la ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad Ley 41/2003.

La figura también tiene tipicidad social aunque no regulación jurídica en Italia, Francia y Suiza.

Definición.

“Habrá contrato de alimentos cuando una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona mientras dure su vida, a cambio de la transmisión de bienes o derechos.”

Se trata de un contrato bilateral, consensual, oneroso, aleatorio, vitalicio e intuitu personae. En principio, su carácter oneroso no permite que sea discutido por afectación de la legítima, salvo que se pueda probar una simulación. Más adelante analizaremos como jugaría el artículo 2461 del CCCN.

Su carácter aleatorio es un elemento característico de esta figura. Algunos doctrinarios italianos hablan de un doble alea; uno dado por la duración que no se conoce al inicio, ya que durará por la vida del alimentista y el segundo de a cuánto ascenderán las necesidades alimentarias de la persona, las que pueden variar a lo largo del contrato y no quedan previstas ni especificadas como en el caso de la renta vitalicia.

El carácter “intuitu persona” es muy característico de esta figura ya que el contrato se realiza teniendo en miras las calidades personales del alimentante (por lo general una persona de confianza).

Es posible establecer contractualmente la imposibilidad de ceder la posición contractual. La legislación española prevé que en caso del fallecimiento del alimentante, puede resolverse por voluntad de ambos, si continúa con los herederos del alimentante o en cambio, si se convierte en la obligación de pagar una renta calculada para responder a tales alimentos. Estas previsiones deben ser objeto del contrato, para prevenir la frustración del fin del contrato y esta obligación contractual pueden asumirla aún personas obligadas legalmente a prestar los alimentos.

Sujetos del contrato.

Se establece entre dos personas que deben tener alguna relación de confianza (téngase en cuenta lo esbozado sobre la socioafectividad), por las especiales características del contrato, debe ser un familiar, un familiar afín en las familias ensambladas, un amigo, un conocido, un cuidador, un ahijado, un vecino.

Ambas posiciones contractuales, podrán ser ocupadas por más de una persona. Por ejemplo, un matrimonio celebra este contrato determinando que ambos sean

alimentistas y se extingue el contrato a la muerte del último. Si uno sólo es titular del bien o los bienes, el otro puede ser beneficiado por una estipulación a favor de tercero. La estipulación a favor de tercero es muy importante y está prevista en la legislación española, porque sobre todo permite la realización del contrato de los padres a favor de un hijo con discapacidad. En estos casos se da una triangulación de los sujetos contractuales.

En principio el beneficiario de una estipulación a terceros, solamente puede exigir el cumplimiento de la prestación, y no la revocación del contrato; salvo que exista estipulación en contrario del contrato.

Se puede transmitir un bien inmueble ya sea por la transmisión del dominio pleno o también la nuda propiedad reservándose el usufructo o por lo menos el derecho real de habitación, teniendo en cuenta, que debe asegurarse la posibilidad de vivienda del que constituye el contrato.

El contrato puede tener distintas modalidades porque como exige dentro de los rubros de los alimentos también la vivienda, puede tratarse de una convivencia entre alimentante y alimentista en la vivienda de cualquiera de las partes o la misma puede otorgarse en otro lugar, como por ejemplo en una residencia geriátrica. Será muy importante hacer un pacto expreso si el cumplimiento de otorgamiento de la vivienda se cumple como exigencia, únicamente, con la convivencia entre los otorgantes.

Régimen de cumplimiento.

En caso de incumplimiento del alimentante, las opciones son exigir el cumplimiento o resolver el contrato.

En caso de incumplimiento hay que prever dos circunstancias: El posible fallecimiento y/o la imposibilidad de cumplimiento por causas graves (Por ejemplo, por enfermedad o incapacitación del alimentante o también por problemas de relación) que impidan la convivencia (posible en la vida actual), casos en los que pueda resolverse la continuación del contrato estableciendo una prestación pecuniaria. En la legislación española esta recomposición del contrato queda a criterio judicial.

Actos onerosos para excluir determinado bien de la herencia y la aplicación del art. 2461 del CCCN.

Se plantea la duda de si este contrato se puede celebrar entre legitimarios. Por ejemplo, en España es posible y en Cuba no es posible.

En el caso de una transmisión onerosa a favor de un heredero legítimo entendemos que se aplicaría el artículo 2461⁶² del CCCN. El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación, siendo necesario el consentimiento de los otros legítimos o acreditar muy bien las erogaciones para la demostración de la verdadera onerosidad del contrato. Es por ello que el asesoramiento jurídico- notarial es muy importante.

Medidas de aseguramiento o cláusulas de garantía.

En el régimen español la cláusula de incumplimiento puede inscribirse en el Registro de la Propiedad inmueble como una condición resolutoria del dominio. Otra forma de asegurar el cumplimiento es una hipoteca que garantice el cumplimiento de las obligaciones asumidas o también podría asegurarse con un fideicomiso de garantía y determinar cómo se acreditará el incumplimiento.

Las diferencias con las otras figuras.

Se diferencia de la donación con cargo de alimentos, ya que en principio en la donación existe una liberalidad, además la obligación alimentaria no va a exceder del valor del bien donado.

Aunque tiene más similitudes con el contrato ONEROSO de RENTA VITALICIA, se diferencia en que la renta vitalicia el monto de la renta es fijo o determinado a priori y en cambio en los ALIMENTOS varía con las necesidades del alimentista.

La obligación en si resulta más compleja, ya que incluye prestaciones de carácter personal, la asistencia física o espiritual por parte del alimentante, además de las de contenido económico como la vivienda.

En el caso de los alimentos de origen legal, la obligación es asumida en forma convencional y de acuerdo a lo pactado y en consecuencia, así será su exigibilidad.

La diferencia con los alimentos entre determinados parientes en miras a las obligaciones de solidaridad familiar, para que nazcan debe haber una necesidad y una imposibilidad de procurárselos. En los alimentos de origen legal también se tiene en cuenta la situación económica del deudor y su posibilidad de enfrentarlos.

⁶² Art. 2461 CCCN "Transmisión de bienes a legítimos. Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legítimos la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado".

Esta obligación contractual puede asumirse aún con personas obligadas legalmente a prestar los alimentos.

Con frecuencia el contrato de alimentos se celebra entre padres (alimentistas) e hijos (alimentantes), siendo ambos también sujetos obligados a prestar alimentos entre sí en el marco del derecho español. Asimismo, con anterioridad a la tipificación del contrato de alimentos, la solución a algunas cuestiones se remitía por analogía al régimen de los alimentos legales, por ejemplo, en lo relativo a la determinación del contenido de la prestación alimentaria o a su actualización. En virtud de ello, resulta necesario distinguir, al menos someramente, ambas figuras.

En primer lugar, cabe destacar que la obligación legal de prestar alimentos surge entre quienes poseen entre sí una determinada relación de parentesco, mientras que el contrato de alimentos no se sujeta en orden a las partes a limitación alguna.

“Otra diferencia a destacar reside en la consideración de la disponibilidad económica del deudor como circunstancia determinante de la obligación. En el marco de los alimentos de origen legal, el deudor no puede ser obligado a prestarlos en caso de carecer de recursos a tales efectos. En el caso del contrato de alimentos la extensión de la prestación del deudor de los alimentos no depende de las vicisitudes de su caudal económico ni de sus necesidades (art. 1793 del Cód. Civil español). Las diferencias reseñadas se comprenden si se piensa en el diverso fundamento que inspira a ambos institutos. La obligación alimentaria surgida de la ley se basa en la solidaridad familiar, mientras que en el caso contrato de alimentos nos hallamos frente a un vínculo emanado de la autonomía privada que sustenta la exigibilidad de las obligaciones de las partes.”⁶³

Conclusiones.

Al no ser conocida en nuestro derecho, esta figura atípica debería ser absolutamente dependiente de la voluntad de las partes que gozan de la libertad de determinar el contenido de los contratos que celebran, dentro de los límites establecidos por la ley, el orden público, y las buenas costumbres. Se podrá realizar en ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 958 CCCN) un contrato innominado del artículo 970 del CCCN que necesitará de la mejor redacción posible en el marco de la autonomía de la voluntad para poder aplicarlo. No podemos como profesional de derecho a cargo de una función pública dejar de atender que una de las partes del contrato es una

⁶³ Krasnow, Adriana. Tratado de Derecho de Familia Obra citada.

persona vulnerable, frente a quién deberemos ajustar nuestra intervención profesional, para equilibrar a las partes.

La correcta redacción del contrato será de vital importancia, en el cual se deberá determinar específicamente en qué consiste la obligación del alimentante, las formas de asegurar el cumplimiento, la forma de poder recomponer las obligaciones si se presentan grandes dificultades e incluso la posibilidad de resolución.

Creemos que la necesidad de las personas dependientes existe y ésta puede ser una herramienta jurídica útil y totalmente aplicable, que necesita de la suficiente difusión, estudio y aplicación por parte de los operadores jurídicos. Por los intereses jurídicos involucrados sería conveniente en una futura reforma legislativa, la regulación legal de este contrato, junto a la renta vitalicia.

Uno de los puntos más álgidos para analizar, es si este tipo de contrato se puede realizar con los herederos legitimarios. Existen muchos casos en que injustamente uno solo de los futuros herederos se ocupa en exclusividad de la persona mayor con dependencia y los demás se desentienden, sin perjuicio de que después todos reciban la misma cuota en la herencia. Aun cuando nuestro rígido sistema sucesorio eliminó la posibilidad de desheredación por parte del causante, continúa vigente la indignidad sucesoria.

El notario debe asesorar muy bien al otorgante, ya que la elección de la persona que será el obligado tiene un rol muy importante y será muy difícil de sustituir atento a que sus obligaciones son muy cercanas a ser "intuitu personae" personas de confianza concedora de los deseos y preferencias de la persona mayor. Además, al redactar el instrumento es fundamental prever todas las alternativas que puedan darse para evitar conflictos. Las obligaciones pueden ser materiales o morales y pueden ser para el cabeza de renta o para otra persona, por ejemplo, para ambos miembros del matrimonio que pueden convivir o no.

Derecho comparado.⁶⁴

La figura también tiene tipicidad social y no jurídica en Italia, Francia y Suiza. Existen distintos tipos de contrato de alimentos tales como el "bail a nourriture" (arrendamiento de manutención), figura utilizada en Francia pero carente de regulación en el derecho positivo, el "contrat d'entretien viager" del Código Suizo de las Obligaciones, el

⁶⁴ Ceron Peña, Pedro "Concepto y aproximación a los antecedentes históricos del contrato vitalicio de alimentos". Revista contribuciones a las ciencias sociales (abril- junio 2017) En línea: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/02/contrato-vitalicio-alimentos-espana.html> <http://hdl.handle.net/20.500.11763/cccss1702contrato-vitalicio-alimentos-espana>

"altenteil" del derecho alemán y el contrato "di mantenimento o vitalizio alimentare" en el derecho italiano, también figura atípica.

En **España** puede llamarse "vitalicio", alimentos vitalicios o alimentos convencionales. Tiene un origen histórico, ya que antiguamente lo recogía el Código gallego y en otros derechos forales y era reconocido por la costumbre. Luego fue regulado por los derechos autonómicos hasta su inclusión en el Código Civil en el año 2003, cuyo artículo 1791 dispone que es *"un contrato por el cual una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos."*

En **Francia**, si bien no tiene regulación legal, tiene antecedentes históricos y es utilizado por los abogados que lo llaman arrendamiento. Es una figura convencional cercana a la renta vitalicia, pero en lugar de una obligación en dinero, el deudor se hace cargo de las necesidades de mantenimiento de la vida diaria, pudiendo o no incluir la cohabitación.

En **Italia** tampoco existe regulación legal pero la figura se conoce como "contratto di mantenimento" y fue elaborado fundamentalmente por la jurisprudencia, adaptando las disposiciones de la renta vitalicia.

En **Alemania** se lo conoce como contrato de viejo. Este tipo de contrato lo realizaban viejos labradores que entregaban su hacienda que ya no podían trabajar a cambio de su manutención, alojamiento, mantenimiento y dinero para los gastos comunes.

En la antigua **Yugoslavia** se realizaba con las personas sin hijos, que eran acogidos por alguien de la comunidad a cambio de sus bienes legados a la muerte.

En **Suiza** lo recoge el Código Civil de las obligaciones en su título XXI, distinguiéndolo de la renta vitalicia.

El reciente **Código de las Familias de Cuba**⁶⁵ trae una figura que indudablemente tiene una acogida muy positiva por la población cubana, ya que logra el equilibrio protector tanto para los derechos de los cuidadores y cuidadoras como de las personas cuidadas. Los alimentos voluntarios, regulados en el Título VIII de la nueva disposición normativa, forman parte de las instituciones de guarda y protección; lo cual busca precisamente el desarrollo de figuras de protección y apoyos en coherencia con instrumentos internacionales.

⁶⁵ Código de las Familias de Cuba. Vigente desde el 25 de septiembre de 2022 consultado en gaceta oficial 187 del 17 de agosto de 2022 Ley 156/2022 entre otras figuras modernas y alternativas interesantes incluye el contrato de alimentos voluntarios.

Este nuevo Código contempla en el orden sucesorio ab intestato un llamamiento en diferente proporción a los cuidadores del causante, lo cual representa toda una novedad.⁶⁶

“Es así que los alimentos voluntarios (regulados en los artículos 371 y siguientes) son un mecanismo de autoprotección jurídica de carácter asistencial; un contrato donde una persona transmite un bien o bienes a cambio de que otra le proporcione cuidados hasta su fallecimiento. Esta asistencia implica la satisfacción de las necesidades vitales y de bienestar en correspondencia con las preferencias e intereses de la persona cuidada y comprende de forma básica todos los gastos relativos a medicinas y gastos hospitalarios, los alimentos cotidianos, así como el apoyo familiar, las ayudas económicas, las actividades de esparcimiento y recreación, la vestimenta, la compañía y la afectividad. Los sujetos son quienes disponen si va a existir o no convivencia, cómo quieren ser atendidos y otras particularidades que deseen y se correspondan con las circunstancias de vida. Este pacto deviene en un mecanismo protector tanto para la persona que precisa asistencia como para el cuidador o cuidadora, ya que de producirse el incumplimiento de alguno de los requerimientos de cuidado, ello conllevaría a la recuperación del bien para la persona dependiente y la restitución de lo devengado al cuidador.”⁶⁷

“Es de interés el análisis del número de cuidadores y cuidadoras informales, familiares consanguíneos y afines que asisten sin retribución económica durante años, donde los bienes de la persona que cuida una vez que fallece, pasa a manos de herederos que nunca aportaron de forma intencionada a los cuidados. Optar por esta alternativa privada no desmerita la familiaridad, afectividad y voluntariedad del acto de cuidar, pues constituye un contrato basado en la confianza y relación íntima preexistente entre los sujetos, que de alguna manera se retribuye con prestaciones económicas y/o garantías de propiedades futuras. De esta forma, pueden realizar el pacto todas las personas, estén o no unidas por vínculos de parentesco, excepto que se trate del pariente primeramente obligados por la ley a brindar alimentos, en todo caso, los

⁶⁶ “ARTÍCULO 511.1. El pariente más próximo en grado, dentro del mismo orden, es llamado con preferencia al más remoto, salvo el derecho de representación y lo previsto sobre el derecho del cónyuge, así como de los ascendientes no aptos para trabajar y que dependían económicamente del causante. 2. Si alguno de los herederos se ha desempeñado como persona cuidadora familiar del causante y ha asumido en el orden económico todos los gastos necesarios para ello, su cuota en la herencia es el doble que la del resto de los herederos concurrentes. 3. Si quien ha asumido el cuidado familiar pertenece a un llamado posterior tiene el derecho de acudir a la sucesión con los herederos más próximos y a recibir también el doble de la cuota que la del resto de los herederos concurrentes”

⁶⁷ Puentes Gomez, Anabel. Los alimentos voluntarios, de las nuevas alternativas privadas para la protección a cuidadores, adultos mayores y personas en situación de discapacidad - <http://www.cubadebate.cu>.

comprendidos en el primer grado de la línea recta o entre cónyuges o entre los miembros de la pareja de hecho afectiva.”⁶⁸

4.- Decisiones para después de su muerte y en protección de herederos vulnerables.

En este punto nos interesa no la planificación sucesoria en general, lo que excedería el marco del presente, sino la preocupación adicional de las personas mayores cuando tienen herederos que son personas vulnerables (menores, enfermos o personas con discapacidad) que dependen absolutamente de ellos; o sea saber cuáles serían las alternativas que motivarían la planificación para estos casos y que pueden ser actuales o futuras.

Los instrumentos jurídicos previstos son el nombramiento por escritura pública de un tutor para hijos menores de edad (Art. 106 CCCN), el nombramiento por escritura pública de apoyo o curadores para sus hijos con discapacidad (Art. 139 CCCN), pueden complementarse con la planificación patrimonial ya propuesta y con la siguiente específica para estos herederos vulnerables.

El patrimonio protegido.

En el año 2003 se introdujo en la legislación española la ley 41/2003 de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria; cuya finalidad principal ha sido tutelar la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad. Además, entre otros institutos, prevé también la posibilidad de constituir un patrimonio especialmente protegido a favor de las personas con discapacidad (artículos 1 al 8).

De esta forma, el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial. Se trata de un patrimonio de destino, que especialmente protege a las personas con discapacidad y queda inmediata y directamente vinculado a satisfacer sus necesidades vitales; favoreciendo la constitución y la aportación a título gratuito de bienes y derechos al mismo.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico.

⁶⁸ Puente Gomez, Obra citada.

Los beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas.⁶⁹

Si bien no contamos con una figura similar puede obtenerse el mismo resultado a través de un fideicomiso a tal fin a través de la mejora prevista por el art. 2448 CCCN

La mejora a favor del heredero con discapacidad.

En nuestro país, si bien la protección patrimonial de las personas con discapacidad no está regulada especialmente, existe la mejora a favor del hijo con discapacidad, prevista por el artículo 2448 del CCCN⁷⁰; la cual se puede instrumentarse mediante un testamento que contenga una simple mejora de cuantía o mediante un fideicomiso testamentario, o la constitución de un derecho de usufructo, uso o habitación. También por medio de un testamento, se puede configurar el legado de una cosa determinada o de prestaciones periódicas, incluso a título de legado de alimentos, a favor del beneficiario con discapacidad. Se puede instrumentar por medio de un contrato de donación entre el causante y el beneficiario, donde el donante impute la cosa donada como “mejora estricta”, lo cual está expresamente previsto en el artículo 2391 del CCCN.

Asimismo, el testador puede imponer la indivisión comunitaria por un plazo no mayor a diez años sobre toda la herencia o sobre algunos bienes determinados (artículo 2330 del CCCN). Puede otorgar donaciones o fideicomisos por actos entre vivos o testamentarios (artículo 2493 del CCCN) a favor de determinados herederos, teniendo en miras la administración de los bienes y la obtención de la renta, en especial para la protección de herederos menores o incapaces, siempre que los mismos no afecten la legítima. En el único supuesto que se puede afectar la legítima, es cuando se aplica

⁶⁹ España. Ley de protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Revista Notarial 954-2006. Página 713.

⁷⁰ Art. 2448 del CCCN “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.”

una cláusula de “mejora estricta” a favor de un heredero con discapacidad (sea descendiente o ascendiente) por el medio que el causante estime conveniente.⁷¹

Sin embargo, de acuerdo con lo normado por nuestro Código Civil y Comercial, la mejora no procede de pleno derecho, ni tampoco puede ser solicitada por el heredero; o sea que depende de la voluntad del causante, ya que es éste quien puede optar por hacer uso de la mejora sea por actos entre vivos o mortis causa. Es decir que la discapacidad no otorga un mejor derecho a uno o varios de los herederos por sobre el resto, pero sí es condición necesaria para ser mejorado por el causante en los términos del artículo 2448 del CCCN. Esto se observa claramente, cuando habiendo más de un heredero con discapacidad, el causante sólo mejora el derecho de uno de ellos o incluso, no mejora a ninguno. La mejora al heredero con discapacidad, como los alimentos post mortem, parecen ser instrumentos efectivos para restaurar la situación patrimonial de la persona que dependía del causante. Legislativamente, esta tutela especial -en el aspecto patrimonial- puede lograrse incrementando el patrimonio (mejora), o previendo un sostén periódico para el discapacitado (a través de los alimentos), amparando su vivienda (estableciendo un derecho habitacional) o bien resguardando la función del cuidador/a, lo que implica, lógicamente, destinar a dicha persona recursos económicos.

Para estos supuestos es útil el instituto del fideicomiso testamentario ya que sirve como herramienta eficaz para la tuición de los más débiles.

Jurisprudencia.

Existe profusión de casos judiciales de discusión de actos de personas mayores solicitando su incapacitación o discutiendo actos jurídicos concretos que consideramos constituyen un maltrato en los términos de la CIDHPM, ya que involucra a la persona en un arduo proceso con necesidad de múltiples exámenes interdisciplinarios, diligencias y medidas cautelares de inmovilización de bienes, que evidencian más interés en los bienes del anciano que una preocupación cierta por el bienestar de los mismos.

⁷¹ Spina Marcela – Giler, Silvia. “Autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio y la protección de personas vulnerables”. Trabajo presentado en la 41 Jornada Notarial Bonaerense Tandil, 2-5 de Octubre de 2019.

Sólo nombraremos algunos recientes que afirman con independencia de la edad, la diferencia entre senectud y senilidad,⁷² donde la mayor edad no significa falta de salud mental y no corresponde una medida tan grave como la restricción de la capacidad.

En un caso de una persona de 90 años resuelto por la Cámara de apelaciones de Azul se determinó *“La restricción de la capacidad es improcedente respecto de una persona de edad avanzada que presenta las declinaciones físicas y psíquicas propias de una “vejez no patológica”. En consecuencia, ha de ponerse de resalto que no es éste el marco para determinar la validez de los actos jurídicos oportunamente celebrados por la persona sometida a proceso -sin perjuicio de que los mismos pueden constituirse en un indicio a partir del cual se justifique la promoción de un proceso como el de marras-, de modo tal que a dichos fines deberá la recurrente, en el supuesto de considerarse legitimada al efecto, ocurrir por la vía procesal correspondiente.”* En el mismo también se definió que este proceso no es lugar para discutir un acto concreto realizado por la anciana.⁷³

En otro fallo, se llegó a la misma conclusión para una persona de 94 años⁷⁴ y en un caso de similares características se desestima la limitación de la capacidad de una persona de 88 años, solicitada por dos de sus hijas. El Juez concluye con una exhortación dirigida las hijas a cuidar de las necesidades de la persona mayor.⁷⁵

Por último un fallo reciente decidió que la edad (92 años) y la enfermedad de Parkinson no impedían a una persona otorgar su testamento por acto público.⁷⁶

Conclusiones.

A lo largo del presente nos hemos referido a importantes cambios sociales, el aumento de la expectativa de vida y sus múltiples implicancias, las necesidades y las tareas de cuidado y las cuestiones de género que acarrea, la socioafectividad, como un nuevo

⁷² Autos S. I. R. s/ inhabilitación Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul. Sala/Juzgado: I Fecha: 21-abr-2020 Cita: MJ-JU-M-125203-AR | MJJ125203 | MJJ125203⁷² Fallo citado.

⁷² Autos “S., L. y otro s/determinación de la capacidad”, el Juzgado Nacional Civil N° 92.

⁷³ Fallo S.I.R s/ inhabilitación ya citado.

⁷⁴ Autos “S., L. y otro s/determinación de la capacidad”, el Juzgado Nacional Civil N° 92 desestimó la apertura a prueba de un proceso de determinación de la capacidad de una persona adulta mayor. Publicado en diario judicial en la web bajo la voz ser anciano no es ser incapaz.

⁷⁵ Juzg Nac. Civil 84 27/5/22 completo en victoriafamafamilias.blogspot.com

⁷⁶ M. C. C. c/ N. C. A. s/ impugnación/nulidad de testamento Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala/Juzgado: K Fecha: 11-ago-2020 Cita: MJ-JU-M-127425-AR | MJJ127425 | MJJ127425. “ El hecho de que el causante fuera una persona de muy avanzada edad no es razón suficiente como para declarar la nulidad del documento atacado toda vez que la vejez no priva -por sí misma- de la aptitud mental para testar, si no se acredita un estado de debilidad psíquica que la afecte; máxime siendo que no precisó internación psiquiátrica, ni le era administrada ninguna medicación de este tipo.”

vínculo de relevancia, todo ello golpea al derecho y reclama del ordenamiento jurídico y de los operadores jurídicos nuevas respuestas acordes a los tiempos.

Hace tiempo que venimos pregonando que negar la actuación notarial por cuestiones de edad es un acto arbitrario y discriminatorio, y hoy inconstitucional-convencional.

El acceso al notariado es un derecho humano fundamental, sobre todo si tenemos en cuenta que el notario es el encargado de velar por los derechos en un ejercicio de justicia preventiva, porque para las personas mayores el acceso a la justicia puede resultar tardío.

El notario se constituye en un apoyo institucional que colabora con la persona mayor en cuanto vulnerable a los efectos de acompañar a la misma, neutralizar sus deficiencias a través de buenas prácticas y poder prevenir situaciones de desequilibrio, abuso o influencias indebidas.

Por ello el notariado debe avanzar un paso más y ofrecer ante toda esta problemática, soluciones novedosas, recurriendo al derecho comparado, como las herramientas propuestas en el presente.

Planificar, acompañado por su notario de confianza, es una actividad de previsión del futuro una forma de autoprotección, que entendemos como la opción más válida a favor de la AUTONOMIA Y EL RESPETO DE LOS DESEOS, VOLUNTAD Y PREFERENCIA de la persona mayor.

Bibliografía.

Armella, Cristina y otros. El Notario: Ciencia, Técnica y arte al servicio de las personas vulnerables. Primer Premio de Investigación Jurídica de la UINL Yakarta 2019 en Revista Internacional del Notariado RIN 126 2020/2021.

Artiaga Leiras, Alba. "Cuidados comunitarios y gobierno común de la dependencia: las viviendas colaborativas de personas mayores". Monografía recibida el 16/01/2020 Aceptada el 10/11/2020 publicada en Revista Española de Sociología (RES) / Spanish Journal of Sociology / doi: 10. 22325 /fes/res.2021.29. España, 2021.

Borelli, Vittoria. "Análisis de la vivienda colaborativa: un estudio comparado del caso italiano, español y danés". Trabajo final de Máster en Sociología de las Políticas Públicas y Sociales. Facultad de Economía y Empresa 2015/2016, Universidad de Zaragoza, España.

Ceron Peña, Pedro "Concepto y aproximación a los antecedentes históricos del contrato vitalicio de alimentos". Revista contribuciones a las ciencias sociales (abril-junio 2017) En línea: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/02/contrato-vitalicio-alimentos-espana.html>.<http://hdl.handle.net/20.500.11763/cccss1702contrato-vitalicio-alimentos-espana>.

Clusellas, Eduardo Gabriel en Armella, Cristina Noemí y otros. "*El Notario: ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables*", Primer premio de investigación jurídica UINL 2019 en RIN 126.

Código Civil Español. 2003. Ley de enjuiciamiento Civil. Ley 41/2003 de protección integral de las personas con discapacidd.

Código de las familias de la república de Cuba.

Dabove, María Isolina. Derechos humanos de las personas mayores. Editorial Astrea. Buenos Aires 2015.

Davobe, María Isolina. Derecho de la vejez. Editorial Astrea. Primera edición. Buenos Aires 2018.

D'Alessio, Carlos, El rol del notario ante el fenómeno mundial del envejecimiento de la población. Seminario Teórico Practico Laureano Arturo Moreira de la Academia Notarial Argentina 16y 17 de noviembre de 2017.

De Beauvoir, Simone. La vejez. Random House Mondadori. Tercera Edición. Buenos Aires. 2012.

Del Monte, Diego Javier. Cohousing. Modelo residencial colaborativo y capacitante para un envejecimiento feliz. Colección Estudios de la Fundación Pilares para la autonomía personal. Nº 4. España, 2017.

Esper, Mariano. Derecho Notarial Práctico. La Ley 1ra. Edición Buenos Aires 2018. Modelo de escritura pública de constitución de renta vitalicia.

Fernández Cubero, Ana. "Cuerpo, género y vejez en las Viviendas Colaborativas para personas mayores" Trabajo Final de Master. Universidad del País Vasco. Euskal Herriko Unibertsitatea. 2015. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Faddi.ehu.es%2Fbitstream>.

García Pérez, Anaïs y Moya González, Luis. "El cohousing como una alternativa a las nuevas dinámicas de habitar en la ciudad de Madrid". Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales. Vol. L, Nº 195, primavera. España, 2018. ISSN: 1133-4762.

Giler, Silvia. El derecho humano a la vivienda de los adultos mayores: Las viviendas colaborativas. 42 Jornada Notarial Bonaerense. San Pedro, 16 al 19 de marzo de 2022. Mención Especial (Accésit).

Grosman, Cecilia P. Directora. Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el derecho de familia. Editorial Rubinzal Culzoni, Primera. Edición Santa Fe, 2015.

Grosman, Cecilia. Kemelmajer de Carlucci, Aida. Herrera, Marisa. Directoras. Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2020.

Herrera, Marisa: La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo Publicado en: RDF: 66, 02/09/2014, 75 Cita Online: AR/DOC/5420/2014.

Keller Garganté, C. y Ezquerro Samper, S. "Viviendas colaborativas de personas mayores: democratizar el cuidado en la vejez". *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 137, e71867. España, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.5209/reve.71867>.

Krasnow, Adriana Noemí. Tratado de derecho de Familia. Primera edición. La Ley, 2015.

Ley de protección Patrimonial de las personas con discapacidad. Revista Notarial 954-2006. Página 713.

Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. Publicada en: «BOE» núm. 170, de 17/07/1999. Entrada en vigencia el 06/08/1999. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-15681>

Ley 20.337 de Cooperativas publicada en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/18462/texact.htm>.

Ley 27.360. Aprobación de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Publicada en:

<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27360-275347>

Morello, María Silvia. Los Alimentos del adulto mayor en Grosman, Cecilia Directora en Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el derecho de familia. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2015.

Mourelle de Tamborenea María Cristina. Planificación sucesoria patrimonial y extrapatrimonial. Las directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial y en los proyectos de modificación. Publicado en: RCCyC 2022 (agosto), 11/08/2022, 25 Cita: TR LALEY AR/DOC/2019/2022.

Puentes Gomez, Anabel. Los alimentos voluntarios, de las nuevas alternativas privadas para la protección a cuidadores, adultos mayores y personas en situación de discapacidad - <http://www.cubadebate.cu>.

Rolon, Avelino. La legítima hereditaria en el nuevo Código. Fundamento, inviolabilidad, excepciones y la "Cautela Socini" Publicado en: LA LEY 12/12/2017, 12/12/2017, 1 Cita Online: AR/DOC/2637/2017.

Spina, Marcela Viviana "Derecho de Familia Modelo Siglo XXI. Especial Consideración al Derecho de los Ancianos" - Jornada Notarial Bonaerense. Junín, 2011. Mención Especial (Accésit).

Spina, Marcela V. - Zito Fontán, Otilia del Carmen. Capacidad jurídica de las personas mayores: La persona mayor ante el notario. RDF N° 95, 06/07/2020. Cita: TR LALEY AR/DOC/1833/2020.

Spina, Marcela V. Giler, Silvia. Autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio y la protección de personas vulnerables. Trabajo presentado en la 41 Jornada Notarial Bonaerense. Tandil, octubre de 2019.

Urbaneja, Marcelo Eduardo. "Usufructo, uso y habitación: Aspectos, civiles, notariales y registrales de su nueva función económica". LXXVI Seminario Teórico– Práctico Laureano Arturo Moreira. Buenos Aires, 8 y 9 de noviembre de 2018.

Zito Fontan, Otilia en Armella, Cristina y otros. El Notario: Ciencia, Técnica y arte al servicio de las personas vulnerables. Primer Premio de Investigación Jurídica de la UINL Yakarta 2019 en Revista Internacional del Notariado RIN 126 2020/2021.

Consultas en la Web:

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/244577/20210519>

<https://www.cepal.org/es>

<https://trabensol.org/>

<https://www.vidalinda.org.ar/>

<https://www.oas.org/es/>

<https://news.un.org/es/>