

Enero/Abril/2023

994

Revista Notarial

COLEGIO DE ESCRIBANOS
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

Director

Eduardo Gabriel Clusellas

Comité de redacción y referato

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba Frontini

María Luján Lalanne

Nicolás Agustín Soligo Schuler

Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja

Año 129- Av. 13 N° 770 (B1900TLG)

La Plata - Provincia de Buenos Aires - República Argentina



CONSEJO DIRECTIVO **2022/2024**

Presidente Diego Leandro Molina

Vicepresidente 1º Alicia Noemí Broccardo

Vicepresidente 2º Nelly Olga López

Secretaria de Gobierno Karen Maína Weiss

Secretario de Administración Patricio Rodolfo Villamayor

Secretaria de Relaciones Institucionales Carina Pérez Lozano

Secretaria de Asuntos Previsionales María Paula Velilla

Secretario de Aportes Andrés Martínez (h)

Tesorero Juan Manuel Area

Protesorera María Beatriz Aguirre

Consejeros

Marina Gabriela Arana	Pablo Hugo Migueles
Guillermo Borges	Carlos María Morello
Zulma A. Dodda	Mirta Gladys Negrelli
Elba María de los Ángeles Frontini	Carlos Martín Pagni
Juan Manuel García	Leandro Nicolás Posteraro Sánchez
Leticia Emma Garello	Claudio Federico Rosselli
Teresa María de los Milagros Gasparin	Karina Vanesa Salierno
María Silvina González Taboada	Mariano Ignacio Socin
Mariano Martín Guerra	Juan Miguel Tamborenea
Fernando Esteban Lagae	Federico Travascio
María Luján Alejandra Lalanne	

Decano Honorario del Notariado Bonaerense: Natalio P. Etchegaray

Delegaciones del Colegio de Escribanos

AZUL	Marcela Marta Voiscovich Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
BAHÍA BLANCA	Santiago Francisco Oscar Scattolini Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
DOLORES	Francisco Eitel Barreto Peltzer Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
JUNÍN	Sebastián Justo Cosola General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
LA PLATA	Valeria Laura Pepe Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
LOMAS DE ZAMORA	Diego Ariel Hollmann Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
MAR DEL PLATA	Juan Pablo González Fortini Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tel. / Fax (0223) 493-6612 / 495-3649
MERCEDES	Luis Felipe Basanta Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738 - Fax 42-7480
MORÓN	María del Pilar Llorens Rocha San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	Rosario Zabala Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
NUEVE DE JULIO	Brígida Gloria Raffo Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
PERGAMINO	Alfredo Ceferino Troilo Marcos Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
SAN ISIDRO	Ana Antonieta Lavecchia Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629 - Fax 4732-0862
SAN MARTÍN	Viviana Beatriz Martínez Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132 / 4755-5630
SAN NICOLÁS	María Andrea Sánchez Negrete Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
TANDIL	Marcos María Badillo Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000AOI) - Tel. (0249) 442-5734 - Fax 444-3422
TRENQUE LAUQUEN	María Cristina García Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970

Sumario 994

ENERO/ABRIL/2023

Doctrina

Herramientas notariales para la protección de los colectivos vulnerables Nancy A. Borka, Eduardo Gabriel Clusellas, Karina V. Salierno, Marcela V. Spina y Otilia del Carmen Zito Fontán	11
--	----

Congresos y jornadas

Los derechos humanos como triunfos del consumidor inmobiliario Santiago Pinto	151
Actos de Autoprotección. Una preocupación persistente del notariado en beneficio de la comunidad Rodrigo Aguirre	167

Sociedades

La planificación sucesoria en la empresa familiar María Luján A. Lalanne	195
--	-----

Universidad Notarial Argentina

La registración de los boletos de compraventa Jorge Alberto Latino	211
--	-----

Los conceptos vertidos en los artículos firmados representan la opinión de sus autores, no comprometiendo la posición institucional del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

ISSN 0325-4607

Doctrina





Acceda al abstract
en video

Herramientas notariales para la protección de los colectivos vulnerables*

Nancy A. Borka, Eduardo Gabriel Clusellas,
Karina V. Salierno, Marcela V. Spina
y Otilia del Carmen Zito Fontán

* Trabajo presentado en 2022 con el seudónimo "Opus est vulnerable" al Premio de investigación jurídica de la Unión Internacional del Notariado (UINL) sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Introducción

Abordaremos en esta obra toda la variedad de temas sugeridos por las pautas, que estableció la Unión Internacional del Notariado Latino para este premio de investigación sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

a) Vivienda y colectivos vulnerables

El primer capítulo se encuentra destinado a efectuar un aporte que ofrezca soluciones notariales que permitan abordar las nuevas formas de acceso a la vivienda, prestando especial atención a las necesidades de los adultos mayores, con innovadoras herramientas sobre viviendas participativas, *cohousing o coliving*. Luego de analizar la envergadura de la problemática, y las normas internacionales y nacionales que garantizan sus derechos, analizaremos la evolución de los modelos de vivienda destinados a la atención y cuidado de los adultos mayores, prestando atención a los requerimientos especiales que permitan su independencia funcional, combinada con una adecuada protección de sus especiales necesidades. Abordaremos la dimensión social, la edilicia, los requerimientos de servicios especiales requeridos.

Para su adecuado desarrollo y fomento resulta necesario que se puedan presentar modelos inmobiliarios que resulten atractivos para los inversores, ya se trate de los mismos destinatarios finales, o bien para simples inversores que dinamicen y motoricen su crecimiento. También su inclusión complementaria en emprendimientos inmobiliarios clásicos, para permitir la inclusión, e independencia con cercanía a la familia núcleo.

Por otro lado, resulta importante encuadrarlos dentro de los derechos reales existentes, destacando en cada caso sus ventajas y desventajas, jurídicas y tributarias para su desarrollo.

b) La construcción de apoyos por vía notarial para que la persona con discapacidad preste consentimiento válido en derecho: el juicio de discernimiento notarial y los apoyos

En este capítulo analizaremos los supuestos de capacidad jurídica y mental y del juicio de discernimiento que lleva a cabo el notario, todo esto en concordancia con la normativa de los sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica y de salvaguardias.

Luego nos adentraremos en el análisis de las posibilidades de instrumentar la construcción de apoyos por vía notarial, con la posibilidad de fomentar la designación voluntaria del apoyo que la persona que lo requiere o requerirá en el futuro considera más acorde a sus intereses, necesidades y empatía afectiva. También abordaremos el análisis de las normas que admiten en el mundo las directivas anticipadas previendo la propia discapacidad.

Luego de analizar las alternativas que la ley plantea para la elección y el ejercicio de los apoyos en la legislación argentina, plantearemos las alternativas prácticas y concretas que nos permitan celebrar un acuerdo de apoyo en sede notarial, resaltando el rol del notario como apoyo institucional. Analizaremos la guía de buenas prácticas para el establecimiento de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, elaborado por el comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de la OEA, de la Oficina Nacional de Empleo Público de la República Argentina, haciendo especial énfasis en las aprobadas por la Unión Internacional del Notariado.

Abordaremos también, las múltiples causas de vulnerabilidad, con especial énfasis en la problemática de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, y con relación a los mayores adultos, la protección y salvaguarda de sus derechos personalísimos.

c) Menores: el auxilio de la función de guarda por los titulares de la patria potestad

Este capítulo del trabajo de investigación está destinado a explorar alternativas notariales innovativas, jurídicas y prácticas para proteger a los menores que en muchas ocasiones resultan víctimas o rehenes de los conflictos de sus padres ante las crisis familiares y repercuten en sus derechos y necesidades. Como sabemos, las composiciones familiares, parentales y vinculares, cada vez son más complejas, amplias y abiertas y generan una multiplicidad de contingencias que cubrir. Desde rupturas de esquemas familiares tradicionales donde una pareja de cónyuges con hijos en común se divorcia, hasta situaciones mucho más complejas donde la ruptura del vínculo concurre con la existencia de hijos de distintas uniones anteriores, hijos en común de una nueva unión, muchos de ellos conviviendo en forma permanente u ocasional en la vivienda familiar. Desarrollaremos, además, herramientas notariales de protección a las personas vulnerables en sus diversas alternativas y grados de capacidad y analizaremos la vulnerabilidad como condición que exorbita el concepto de capacidad jurídica.

En consecuencia, y atento a lo expuesto, analizaremos alternativas para garantizar la provisión de alimentos a los hijos por parte de los padres, con herramientas que permitan su acceso en forma autoliquidable y de satisfacción a primera demanda, sin necesidad de recurrir a complejos y lentos mecanismos de ejecución de las obligaciones asumidas, y desarrollaremos herramientas notariales para lograr que sean los mismos bienes de la comunidad o propios de cada uno de los padres sean los que generen las rentas que garanticen la provisión de fondos en situación de igualdad y sin necesidad de recurrir a procesos judiciales de ejecución.

Además, desarrollaremos herramientas notariales que permitan a un padre garantizar a los hijos menores de una nueva unión, el acceso al mismo nivel de vida que pudo darle a sus hijos mayores de edad (de la misma o de otra relación), aun con efectos para después de su muerte, pero sin desheredarlos o prever mejoras especiales que produzcan una tensa relación entre hermanos.

Como ya vimos, exploraremos alternativas notariales innovativas, jurídicas y prácticas para proteger a los menores, que en muchas ocasiones

resultan víctimas o rehenes de los conflictos de sus padres ante las crisis familiares y repercuten en sus derechos y necesidades.

Todas estas situaciones de conflictos nos presentan un importante desafío de buscar y encontrar un lugar donde la intervención notarial puede resultar de utilidad para colaborar en la armonía e igualdad del tratamiento económico de todos los hijos de todas las relaciones.

Para todos estos temas, además de su desarrollo doctrinario, aportaremos como anexo al presente trabajo, modelos sugeridos de aplicación práctica, que faciliten al lector la instrumentación de las soluciones propuestas.

También abordaremos un tema de mucha actualidad, haciendo un análisis muy puntual en las protecciones que los padres y el Estado pueden y deben brindar a los niños en el ecosistema digital. La problemática del *cyberbullying* o ciberacoso, *grooming*, *sexting*, *sharenting* y otras conductas riesgosas en línea como la utilización y perfilamiento del niño para definir tipologías de consumidores y usuarios.

Desarrollo

a) Vivienda y colectivos vulnerables: nuevas formas de acceso a la vivienda. *Cohousing* o *coliving*. Vivien- das sociales

1- Introducción

La supervivencia humana se ha logrado por la planificación de las sociedades. Pensar en el futuro y en las posibles vicisitudes que podríamos afrontar, hace que los imprevistos nos encuentren más preparados. Vivimos cada vez más años y con mejor calidad de vida. Evidenciamos un cambio social y cultural que ha modificado el concepto que tenemos sobre el cuidado del adulto mayor y sobre el ejercicio de nuestros derechos en la edad adulta.

El vertiginoso ritmo que llevamos nos obliga a estar imbuidos en una serie de actividades y obligaciones sin tener mucho tiempo para detenernos a avizorar nuestro futuro cuando ingresemos en la vejez. El paso del tiempo es implacable, con lo cual, ese futuro llega muy pronto.

Todos hemos pensado alguna vez qué podría sucedernos en la vejez. Es un denominador común que, teniendo capacidad, deseemos seguir tomando nuestras propias decisiones, aunque nuestra reacción sea más lenta o nuestra salud sea más vulnerable. No queremos que se tomen decisiones sobre nosotros que no respeten nuestra opinión. Tampoco queremos ser una carga para nadie y menos aún, verificar que ese cuidado no se reparte de forma equitativa entre aquellas personas que deben atendernos. También pensamos en que quienes deban cuidarnos, tal vez no posean los mismos recursos económicos con los que contamos nosotros para procurar la atención y el cuidado que deseamos. El estilo de vida independiente implica conservar autonomía sin tener que pedir permiso para todo lo que queramos hacer. Queremos seguir haciendo las cosas que nos gustan y que nos definen como personas y de esa forma seguir contribuyendo al crecimiento de la sociedad.

Cuando hablamos de la planificación de nuestra vejez, primero pensamos en temas económicos tales como los costos que debemos afrontar

ante nuestro retiro, por ejemplo, para atender las cuestiones de salud. También planificamos qué sucederá con nuestros bienes, quién continuará con nuestras empresas y qué tratamientos médicos deseamos que nos administren ante una posible enfermedad.

Estas circunstancias nos hacen repensar la forma en la cual se prestan los cuidados y en que es posible tejer un nuevo entramado de cuidado social respetando el plan de vida del adulto mayor.

La vida en sociedad ha cambiado. Se ha transformado la forma de composición de las familias y de los mandatos sociales de las personas. En siglos pasados, los hijos debían cuidar a sus padres como obligación moral. Esa obligación se tornó en legal, a través de la prestación de alimentos y en muchas legislaciones, con el instituto de la mejora hereditaria se ha podido beneficiar a quien asumía la obligación de cuidar a sus padres en la vejez. Los ancianos vivían en sus hogares rodeados de sus familias y el ritmo de vida hacía que todo fuera más o menos previsible. En la actualidad, las familias deben tomar decisiones inmediatas sobre qué hacer cuando los padres o abuelos tienen que ser atendidos de urgencia. Muchas veces no se logra un consenso sobre cómo debe llevarse a cabo esa atención. En otras oportunidades, los hijos no se encuentran residiendo en el mismo país que sus padres. La casuística que nos presenta la vida en estos días es infinita. Ante la imposibilidad de atención de los adultos mayores en su propio hogar, estos ingresan a una institución geriátrica. Una vez allí, son despojados de muchas de sus pertenencias y sus costumbres deben cambiar. En muchos casos existe hacinamiento, ya que comparten una habitación con varias personas que no conocen. Comienzan a perder el entorno social conformado por sus amigos y vecinos. En definitiva, abandonan su hogar, su rutina, sus bienes y pierden intimidad, libertad y, en gran medida, su dignidad.

Toda esta angustia puede evitarse proyectando nuestra vejez. No es necesario que lleguemos a tener una enfermedad que nos haga depender de los demás: cuanto antes planifiquemos nuestro futuro, mayor seguridad tendremos. Ello implica tener el control de las decisiones en la plenitud de nuestra capacidad, inclusive para cuando la misma se vea disminuida. Decidir de esta manera nos dará la seguridad y la confianza de que estaremos bien atendidos y contaremos con el respeto a nuestra dignidad.

La mayoría de las instituciones geriátricas no cumplen con las expectativas que tenemos para el alojamiento y la atención de los adultos mayores. Imaginando nuestro porvenir, no deseamos residir en esta clase de lugares, ya que todos aspiramos a vivir en ambientes agradables, con privacidad, y con el confort y seguridad que tenemos en nuestros hogares, pero con un servicio de hotelería y cuidados adecuados para la situación física y mental futura.

Las personas con capacidad económica media piensan en la recreación de sus vacaciones adquiriendo una propiedad en un lugar de descanso. En determinadas circunstancias de la vida, se piensa en adquirir una parcela en un cementerio privado. La tendencia mundial de la llamada "economía plateada"¹ se avizora como una oportunidad para nuevos negocios en diferentes espacios tan disímiles como la salud, la moda, el cuidado corporal, el turismo, la psicología, la recreación, la generación de vínculos y también la vivienda.

Esto nos lleva a pensar que, como operadores del derecho, debemos dar respuestas jurídicas para satisfacer la demanda de viviendas para adultos mayores utilizando los institutos jurídicos existentes. Para ello pueden proponerse soluciones inteligentes para generar espacios que acojan las necesidades antes descritas. Si bien los notarios no nos encontramos en la cadena productora de bienes de nuestro país, tenemos la responsabilidad social de proponer soluciones jurídicas que hagan de nuestra sociedad un mejor lugar para vivir.

2- Datos estadísticos sobre envejecimiento

El informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de Naciones Unidas, que se llevó a cabo en la ciudad de Madrid en el año 2002, estableció que el número de personas de más de 60 años aumentará de 600 millones a casi 2000 millones en el año 2050 y se prevé que el porcentaje de personas de 60 años o más se duplique pasando de un 10 % a un 21 %.

El aumento de la expectativa de vida demanda mejorar políticas sociales como prever viviendas acordes para enaltecer la calidad de vida de este

1 Del inglés *silver economy*, en obvia alusión al color plateado de las canas.

segmento de la población. Para las personas de edad, la vivienda y su entorno tienen una importancia fundamental debido a:

- 1) La carga financiera de mantenimiento. Es notorio que algunas personas de edad siguen viviendo en casas que ya no pueden mantener después de que sus hijos han dejado el domicilio para independizarse o después de la muerte del cónyuge.
- 2) La seguridad emocional y psicológica de encontrarse en su propia casa con sus cosas y recuerdos. Es importante que el adulto mayor pueda elegir dónde quiere vivir.
- 3) La seguridad y accesibilidad que brinda el hogar y el entorno de ubicación.

El informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento de Naciones Unidas describe que en los países en desarrollo y en algunos países con economías en transición se produce un envejecimiento demográfico rápido en un marco de urbanización constante. Esto se evidencia en el número cada vez mayor de personas que está envejeciendo en las zonas urbanas y que carece de vivienda. Al mismo tiempo, un gran número de personas envejece en soledad en las zonas rurales, pero fuera del ámbito de una familia, sin posibilidad de trasladarse a centros de salud por carecer de medios de transporte adecuados.

Observados estos hechos, la Asamblea ha propuesto como objetivo la promoción del envejecimiento en la comunidad en la que se ha vivido teniendo en cuenta las preferencias, promoviendo el desarrollo de comunidades donde se integren las distintas edades vinculando la vivienda asequible con los servicios de protección social, promoviendo el diseño de vivienda adaptada a la edad de sus habitantes y promover la creciente variedad de opciones existentes en materia de vivienda para las personas de edad.

Como segundo objetivo la Asamblea planteó el mejoramiento del diseño ambiental y de la vivienda para promover la independencia de personas de edad teniendo en cuenta sus necesidades y a tal efecto propugna garantizar que los espacios urbanos no tengan obstáculos a la movilidad, y se facilite el acceso de los adultos mayores.

No menos importante es la promoción del uso de la tecnología y de los servicios de rehabilitación para propiciar una vida independiente y el

diseño de alojamientos y espacios públicos que satisfagan la necesidad de disponer de viviendas compartidas y multigeneracionales.

La situación en la Argentina ha sido reflejada por la Encuesta Nacional sobre calidad de Vida de Adultos Mayores producida por el INDEC en el año 2012. Para su confección, se ha partido de la base de considerar como adultos mayores o personas de la tercera edad, a quienes tienen 60 años y más, conforme fuera enunciado por el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento de 1982 y el Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de Madrid del año 2002.

En la actualidad, nuestro país se encuentra en una etapa de envejecimiento avanzada. Según el Censo Poblacional del año 2010, un 10,2 % de la población tiene 65 años y más. Una de las características de la población adulta mayor es la feminización de sus componentes, a causa de los mayores niveles de sobremortalidad masculina. Para el año 2010, de un total de 4,1 millones de personas de 65 años y más, 2,4 millones corresponden a mujeres y 1,7 millones a varones².

La Encuesta también ha verificado que los varones se encuentran unidos o casados en un 73 % mientras que, entre las mujeres, la situación conyugal que prevalece es el matrimonio en un 40,1 % y en la viudez un 38,6 %. Esta última condición, caracteriza a las mujeres de 75 años y más, y se explica por la mayor esperanza de vida femenina. En el grupo de 75 años y más, seis de cada diez mujeres se declaran viudas, mientras que los varones del mismo tramo etario, esta situación afecta a algo más de dos de cada diez varones.

El envejecimiento de la población tiene importantes implicancias en la conformación de los hogares, favoreciendo la cohabitación de dos o más generaciones para posibilitar la satisfacción de dichas necesidades del grupo familiar.

Los estratos de hogares con adultos mayores se distinguen en:

- a) Hogares unipersonales de adultos mayores.
- b) Hogares unigeneracionales de adultos mayores.

2 Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores, p. 10: <https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/encaviam.pdf>

c) Hogares multigeneracionales con al menos un adulto mayor.

La Encuesta Nacional sobre calidad de Vida de Adultos Mayores analizó la distribución de los hogares con adultos mayores por estrato de hogar, observándose que dos de cada diez son unipersonales; tres de cada diez, unigeneracionales y cinco de cada diez multigeneracionales.

Los hogares unipersonales están conformados por población más envejecida; mientras que 16 de cada 100 personas de 60 a 74 años reside en este tipo de hogar, la proporción se duplica al interior del grupo de 75 años y más.

Un 70 % de los hogares unipersonales pertenecen a mujeres, siendo en su mayoría viudas: "Los adultos mayores residentes en estos hogares se encuentran en una situación más desfavorable con relación al resto desde la perspectiva de las redes de apoyo intrahogar, dado que, en el caso de necesitar algún tipo de ayuda, deben recurrir a la red familiar extrahogar o a alguna fuente de recursos institucionales para satisfacerla. Los hogares unigeneracionales tienen principalmente jefatura masculina (87,8 %) y tienden a concentrarse en las edades más avanzadas. Integrados principalmente por parejas de adultos mayores -unidos o casados- ante una situación de necesidad, cuentan con la ayuda del cónyuge o conviviente, para la resolución de la misma"³.

La Encuesta ha tenido en cuenta el estudio de la tenencia de la vivienda con referencia a la población de 60 años y más de nuestro país, indicándose: "Una de las características de la población envejecida es la posibilidad de acumular recursos a lo largo de la vida, entre los cuales se encuentra la vivienda. Como se observa en los datos de la ENCaViAM, la propiedad de la vivienda y el terreno es la situación mayoritaria que se registra entre la población entrevistada: algo más de 8 de cada 10 personas de 60 años y más reviste esta categoría. Al analizar la relación de tenencia con respecto a la vivienda por estrato de hogar se verifican algunas diferencias. Entre los hogares integrados por una pareja de adultos mayores la situación de propiedad -tanto de la vivienda como del terreno- se intensifica: casi 9 de cada 10 adultos mayores son parte de esta categoría. En los hogares multigeneracionales, los adultos mayores propietarios mantienen una presencia relativa similar al conjunto, mien-

3 Ibídem 2, p. 17.

tras que en los unipersonales disminuye la presencia de propietarios y se incrementa la de inquilinos, ocupantes gratuitos o por pago de servicios y en viviendas que están en sucesión”⁴.

En nuestro país el proceso de envejecimiento de la población ha avanzado de manera sostenida durante el siglo XX, siendo uno de los países más envejecidos de la región.

Dicho proceso, continuará incrementándose. Cabe destacar que lejos de transitar el final de la vida, el adulto mayor puede brindar ayudas a su comunidad, disfrutar de su tiempo libre, trabajar y hasta enamorarse, lo que nos conduce a estudiar cómo ha mutado el envejecimiento del modelo de asistencia a un modelo de mayor autonomía e independencia.

3. Normativa internacional sobre derechos de adultos mayores

Nuestro país impulsó en 1948, la primera iniciativa para lograr una Declaración sobre los Derechos de las Personas Mayores ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. El documento propuesto “consideraba los derechos a la asistencia, la acomodación, los alimentos, el vestido, la salud física y mental, la salud moral, la recreación, el trabajo, la estabilidad y el respeto”⁵. Se comisionó al Consejo Económico y Social su examen y la preparación de un informe. En 1949, el Consejo Económico Social le sugirió al Secretario General de las Naciones Unidas que sometiera la propuesta a la Comisión de Asuntos Sociales y a la Comisión de los Derechos del Hombre, para su tratamiento en el próximo período de sesiones. La Comisión de los Derechos del Hombre, informó que debido al escaso tiempo transcurrido entre la sesión del Consejo Económico y Social y la de dicha Comisión no había sido posible preparar la información requerida, por lo que se propuso considerarlo nuevamente en su siguiente sesión. Recién en el año 1973, la Asamblea General llamó la atención sobre la necesidad de proteger los derechos y el bienestar de las personas de edad.

4 Ibídem 2, p. 19.

5 Huenchuan, Sandra. *Los Derechos de las Personas Mayores*. 2. Los derechos de las personas mayores en el ámbito internacional, p. 3. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); director: Dirk Jaspers.

La primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, llevada a cabo en el año 1982, reunió a los Estados Miembros de las Naciones Unidas que adoptaron el Plan de Acción Internacional de Viena. En ella se reafirmó que los derechos fundamentales e inalienables consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se aplican plenamente y sin menoscabo a las personas de edad y reconociendo que la calidad de vida no es menos importante que la longevidad y que, por consiguiente, las personas de edad deben, en la medida de lo posible, disfrutar en el seno de sus propias familias y comunidades de una vida plena, saludable y satisfactoria y ser estimados como parte integrante de la sociedad.

Posteriormente, en el año 1990, los Estados Miembros de las Naciones Unidas reconocieron la complejidad y rapidez del fenómeno del envejecimiento de la población mundial y la necesidad de que existiera una base y un marco de referencia comunes para la protección y promoción de los derechos de las personas de edad. Un año después, la Asamblea General adoptó la Resolución 46/91 sobre los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad. Un año después, a través de la iniciativa de la Federación Internacional de la Vejez y de la República Dominicana, se logró el dictado de una Declaración sobre los Derechos y Responsabilidades de las Personas de Edad. Esta constituyó la base de los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad, adoptados por resolución de la Asamblea General⁶.

En los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, las menciones a los adultos mayores son indirectas y se relacionan a la seguridad social⁷. Existen numerosas resoluciones de la Asamblea General sobre la situación de las personas de edad. Esas disposiciones, agrupadas a menudo bajo la denominación de "derecho blando", tienen un valor jurídico distinto al de los tratados, pero ello no significa que carezcan de relevancia. En la medida en que han sido aprobadas por la Asamblea General se logra expresar preocupaciones, compromisos y aspiraciones comunes de la

6 La diferencia fundamental entre ambas propuestas consistía en que los "Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad" son aspiraciones, en tanto que la primera declaración instaba a la defensa de los derechos humanos, con lo cual se reducía el alcance de la normativa.

7 La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a las prestaciones sociales en la vejez y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera el derecho de toda persona a la seguridad social.

comunidad internacional en relación con la atención de las personas de edad⁸.

En el año 2002, los Estados Miembros de las Naciones Unidas adoptaron el "Plan de Acción Internacional de Madrid" en la "Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento" dirigido especialmente a los países en desarrollo. La situación de las personas de edad también se ha desarrollado en otras resoluciones de la Asamblea General, destacándose entre la "Proclamación sobre el Envejecimiento", así como algunas específicas relativas a las mujeres adultas mayores.

Recién en el año 2012, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la Resolución 21/23 referente a los Derechos Humanos de las Personas de Edad, donde se impulsa a los Estados a promover el disfrute pleno y equitativo de los derechos de este grupo etario a través de la creación de medidas para luchar contra la discriminación por edad, el abuso y la violencia, bregando por la integración social y la asistencia sanitaria adecuada. En la misma resolución, el Consejo de Derechos Humanos pidió a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) que organizara una consulta pública sobre la promoción y la protección de los derechos de las personas de edad. Como conclusión de este trabajo, 37 países, entre ellos la Argentina, enviaron los informes requeridos. Las conclusiones del informe presentado por el ACNUDH exteriorizaron: "a pesar de que la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables a todos los grupos de edad, incluidas las personas mayores, ni en la redacción de los instrumentos de derechos humanos existentes ni en la práctica de los órganos y los mecanismos de derechos humanos se ha prestado la suficiente atención a una serie de cuestiones de derechos humanos que son particularmente importantes para las personas mayores. Estas incluyen, entre otras, la discriminación por motivo de edad, el acceso de las personas mayores al trabajo, los servicios de salud y la protección social

8 La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, se prohibió expresamente la edad como causa de en su acceso a la seguridad social en caso de vejez. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, amplían la prohibición de la discriminación por motivos de edad.

adecuados, la protección contra el maltrato, la violencia y el abandono y los cuidados asistenciales a largo plazo”⁹.

El seguimiento del Plan de Acción de Madrid ha tenido una implementación limitada. “El Segundo Ciclo de Examen y Evaluación del Plan de Madrid”, que concluyera en el mes de febrero de 2013, determinó que se logró un progreso en los distintos sectores en los últimos cinco años, en particular en los países desarrollados y algunos países en desarrollo. Sin embargo, el progreso general en la implementación del Plan de Acción de Madrid se ha retrasado en muchos países, con deficiencias significativas entre las políticas y la práctica, como consecuencia de la insuficiencia de fondos.

En el marco de las normas interamericanas de derechos humanos, la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” no hacen referencia específica a los derechos de los adultos mayores. En el año 1988 se logra la aprobación del “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, más conocido como Protocolo de San Salvador, donde se reconocen los derechos de las personas mayores en el marco de políticas asistenciales, estableciendo en su art. 17 que toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad.

También se ha logrado concientizar que los adultos mayores necesitan una protección especial en instrumentos de derechos humanos aprobados por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), tales como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la Declaración de San Pedro Sula: “Hacia una cultura de la no-violencia” y la Declaración Interamericana sobre la Familia y en la resolución de la Asamblea General de la OEA sobre la situación de los refugiados, repatriados y desplazados internos en las Américas y en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

9 Conclusiones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para el 24º Período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, celebrado del 9 al 27 de septiembre de 2013.

4. Normativa nacional sobre derechos de adultos mayores

En el ámbito nacional se ha adoptado la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de Personas Mayores a través de la ley 27.360 y las resoluciones del Ministerio de Salud y Desarrollo Social 753/2007 y 1714/2012 establecen el Programa Nacional de Envejecimiento Activo y Salud para los Adultos Mayores y la Comisión Nacional Asesora del Programa Nacional de Envejecimiento Activo y Salud para los Mayores (ProNEAS)¹⁰.

En el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial de la Nación de la Nación, los integrantes de la Comisión *ad honorem* designada por decreto 182/2018 para la modificación parcial de Código Civil y Comercial de la Nación, a fin de elevar el Anteproyecto oportunamente encomendado incorpora como segundo párrafo del art. 51 del Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente texto: "Personas en condición de vulnerabilidad. Las personas en condición de vulnerabilidad tienen derecho a una tutela efectiva diferenciada, que promueva, proteja y asegure el pleno y eficaz goce de sus derechos y el respeto de su dignidad. Se considera en condición de vulnerabilidad aquella persona que, en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentre especiales dificultades para el efectivo ejercicio y reconocimiento de los derechos de los que es titular".

La Comisión esgrime como fundamento: "La solución propuesta hunde sus raíces en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2008. De este modo se armoniza el derecho interno con las reglas y principios de las normas supranacionales que rigen esta cuestión. Se considera axiológicamente valioso y necesario que el código recepte una tutela más enérgica para quienes por su estado de salud, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales se encuentren en situación de vulnerabilidad. Se afianza por esta vía la garantía de igualdad ante la ley, que necesariamente requiere ponderar asimetrías de esta naturale-

10 Secretaría de Gobierno de Salud, Atlas Federal de Legislación Sanitaria de la República Argentina. Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación: http://www.legislaud.gov.ar/atlas/categorias/tercer_edad.html

za". Recordemos que el art. 51 del actual Código Civil y Comercial de la Nación establece que "La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad".

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta a la dignidad como fuente de todos los derechos, formando una amalgama inalienable con la persona humana a lo largo de su existencia. Esto es consecuencia de la constitucionalización del derecho privado y conforma una red de contención al adulto mayor.

5. Modelo de asistencia y modelo de autonomía

La Organización Mundial de la Salud considera que el envejecimiento de la población se origina en el éxito de las políticas de salud pública y el desarrollo de la economía. Este fenómeno hace que las sociedades deban adaptarse para dar cada vez mayor seguridad y participación a los adultos mayores. La vejez no puede tratarse como una unidad homogénea, ya que todos los adultos mayores no son iguales, pero existen rasgos comunes del envejecimiento de la población que se evidencian en:

1. Un aumento generalizado de la expectativa de vida en todo el mundo, el cual crece a un ritmo sostenido.
2. Una ampliación cronológica de la vejez, en un promedio de veinte años por persona.
3. Un mayor índice de mortalidad en los hombres de edad avanzada, existiendo por tanto una "feminización" de la vejez.
4. La convivencia simultánea de (al menos) dos generaciones envejecidas en una misma familia, donde puede (o no) existir parentesco: hijos que superan los 60 años y padres que superan los 80 años.
5. Coincidencia de (al menos) dos generaciones en una misma familia: abuelos y nietos.
6. Periodos de vida muy extensos y con generaciones muy diferentes entre sí.

La vejez comienza a los sesenta años. A su vez, la gerontología distingue la existencia de distintos tipos de vejez:

1. Una vejez normal.
2. Un envejecimiento frágil, donde puede existir algún tipo de discapacidad.

3. Un envejecimiento patológico, reflejado en la senilidad o en la existencia de una enfermedad.

Se ha concluido que:

- a. En el ámbito de la vejez normal, existe un marcado crecimiento en la autonomía de la voluntad del adulto mayor, quien toma sus propias decisiones, tanto presentes como hacía el futuro, de acuerdo a su voluntad, deseos y costumbres.
- b. En el alargamiento en el periodo de vida, los adultos mayores mantienen sus capacidades y competencias en estado pleno, pudiendo o no cesar su actividad profesional. En el plano económico, el cese de las actividades lucrativas del adulto mayor lo conducen a un proceso de dependencia con sus familiares.
- c. La capacidad funcional de una persona alcanza su punto cúspide al comienzo de la edad adulta y luego empieza a declinar. El descenso está determinado, por el comportamiento y las situaciones a las que el ser humano se expone a lo largo de su vida activa: factores genéticos, alimentación, actividad física, riesgos a la salud o la exposición a sustancias tóxicas.
- d. Esta autonomía de la voluntad del adulto mayor se verifica en el plano jurídico habilitando el paradigma de la autonomía personal, reconocido en el derecho de la vejez o derecho de la ancianidad. En este campo de estudio, se ha reconocido internacionalmente la autonomía personal como un atributo ineludible de la capacidad, como así también, la necesidad de un sistema de apoyos y salvaguardas para el adulto mayor en el caso de que fuera necesario.

La evolución hacia un modelo de mayor autonomía e independencia del adulto mayor ha tenido diferentes ejes y, por lo tanto, ha sido tratada por distintas ciencias. Primero debió estudiarse el proceso evolutivo, para luego poder comenzar a indagar cuál es la estructura jurídica más adecuada para brindar soluciones que mejoren las posibilidades de decisión y planificación de la vivienda en la etapa de la vejez.

6. Evolución de los modelos de vivienda y cuidado del adulto mayor

En el siglo XIX se instaura el modelo institucional, por el cual se cuidaba a quienes necesitaban atención. No existía distinción de edad, enfermedad o capacidad. Se mantenía en un esquema de tipo hospitalario, por lo que existía una asociación entre los conceptos de alojamiento y cuidado. El cuidado del adulto mayor debía resolverse en el ámbito familiar o en el ámbito de la caridad.

Luego de la Primera Guerra Mundial, surgen en Europa soluciones de vivienda colectiva para adultos mayores sin atención, estableciéndose que como único requisito de acceso a estas viviendas, que el adulto mayor debía ser jubilado o miembro de la asociación que promoviera el proyecto de vivienda. Estas viviendas colectivas coexisten con el esquema de atención hospitalaria para personas, que, por su patología, necesitaban cuidado y alojamiento.

A partir de 1930, comienzan a producirse una serie de cambios sociales impulsados por el estado de bienestar universal. Las personas tienen nuevos derechos adquiridos y pueden recibir por parte del Estado un alojamiento adecuado. Entre los beneficios provistos por el Estado, se destaca el acceso a la vivienda social, incluyéndose como beneficiarios a las personas jubiladas que no poseían una vivienda.

Tras la Segunda Guerra Mundial, el cuidado y alojamiento del adulto mayor pasa de ser un asunto que se resolvía en el ámbito de la familia o en instituciones de caridad, a ser un deber a cargo del Estado. La idea central implicaba que el adulto mayor debía llevar una vida digna y el estado debía facilitar los recursos para el cumplimiento de tal fin.

Entre los años 1960 y 1970 se producen una serie de cambios en el modelo de Estado de bienestar y, por lo tanto, esto repercute en la atención de los adultos mayores. La crisis económica mundial forja el cuestionamiento de la eficacia del modelo de las instituciones de cuidado permanente de los adultos mayores. El motivo del cambio es el aumento de la esperanza de vida de la población, por lo que el adulto mayor ahora necesita una asistencia por un periodo de tiempo mucho más largo, haciendo mucho más onerosa su atención.

Esta atención es aún más costosa, si está ligada a enfermedades como la demencia. Tanto la vivienda, como los servicios de atención a la salud

de los adultos mayores comienzan a flexibilizarse, iniciándose políticas para mejorar la autodeterminación y la independencia. Comienza a tomar fuerza el concepto de que el adulto mayor puede decidir envejecer en su casa, contar con personal calificado para atenderlo y a su vez utilizar los servicios de salud, pudiendo solventar él mismo dichos costos con sus ingresos o con estos sumados a la ayuda de sus familiares.

En los años 80 se comienza a criticar abiertamente el modelo institucional de las residencias geriátricas y hacia los años 90 se empieza a fomentar la existencia de servicios sociales a domicilio para reducir el modelo de cuidado continuo del adulto mayor, promoviendo la autonomía personal.

El progreso socioeconómico y el aumento de la expectativa de vida de la población, abren el camino de considerar un nuevo modelo de viviendas especializadas para adultos mayores que pueden seguir viviendo independientemente, pero en interrelación con su entorno. La forma de vida independiente es posible hasta una edad cercana a los 80 años. A partir de allí, se verifica que el nivel de dependencia crece, por lo que existe una gran demanda de alojamiento de los adultos mayores en lugares especializados en su cuidado.

La arquitectura ha creado soluciones para que el adulto mayor siga viviendo en su casa, pero con cuidados de personal calificado. Se han creado modelos de alojamiento con cuidados incluidos, que consisten en pequeñas viviendas o departamentos con cocina y baño o sin cocina, con espacios recreativos comunes, donde el adulto mayor puede realizar tareas diarias y a la vez, estar asistido por personal capacitado cuando necesite cuidados o dependa de otras personas para realizar determinadas tareas. Estos inmuebles incluyen servicios tales como el de limpieza, alimentación, cuidado de la salud y atención sanitaria las 24 horas del día.

En la actualidad, se siguen desarrollando modelos de vivienda que fomentan la independencia y autonomía del adulto mayor, en lo que se ha dado en llamar "el envejecimiento activo" propiciando la participación social.

El envejecimiento activo de la población ha cambiado el paradigma de los modelos de atención de las personas mayores. En un estadio de vejez normal, está cambiando el estereotipo de la ancianidad asociada a una carga, pérdida de facultades, enfermedad y dependencia.

Las sociedades envejecidas exigen que exista un número cada vez mayor de personas capacitadas en el cuidado y asistencia de adultos mayores y la prestación eficiente de servicios adecuados para tal fin. Esto no se alcanza tan solo con el compromiso de la sociedad, sino también con el apoyo gubernamental para que el cuidado del adulto mayor trascienda a una generación y para que también se plasme en nuestra legislación.

Los modelos de atención del adulto mayor dependen de la situación cultural, social, económica y el estado de salud. Por lo cual existirá una primera división básica, según el servicio sea provisto por el sector público o el sector privado.

En atención a la forma de vida, podrán subdividirse en:

- a. Servicios domiciliarios de atención en el hogar.
- b. Servicios residenciales.
- c. Atención centrada en la persona.
- d. Servicios comunitarios de vida asistida.
- e. Ayuda para la vida cotidiana: en donde tiene especial relevancia la teleasistencia o telemedicina.

Hemos mencionado en la introducción del presente trabajo que evidenciábamos un cambio social y cultural que ha modificado los conceptos sobre el cuidado del adulto mayor y sobre el ejercicio de sus derechos en la edad adulta. Este cambio de paradigma se evidencia en la forma de vivir y entender la vejez. Los conceptos de dignidad, autonomía y control de las decisiones cobran relevancia y no solo tiene importancia el acceso a la vivienda, sino que la misma esté integrada a las relaciones sociales y los sistemas de cuidado del adulto mayor.

7. Nociones sobre vivienda para adultos mayores. *Housing. Cohousing senior*

Entendemos por vivienda al espacio privado en donde se realizan tareas que hacen posible el desarrollo de la vida individual y grupal de las personas y permite modificarse conforme las necesidades de quienes la habitan.

La arquitectura ha diseñado distintos esquemas de vivienda. Entre ellos se destaca la "vivienda colectiva", que es aquella que no tiene un usuario conocido y sirve de alojamiento a un grupo de personas, con o sin víncu-

los filiares y que hacen vida comunitaria por razones de salud, religión, trabajo u otra causa. Se caracteriza por ser un modelo repetido un número determinado de veces en un espacio limitado.

También existen viviendas privadas, con instalaciones comunes y actividades compartidas. La "vivienda de espacio libre" carece de partición espacial interior, exceptuando la ubicación fija de núcleos de servicios y se diferencia de las "viviendas de recintos neutros" por ser aquellas que se componen de espacios fijos y definidos, cuyas dimensiones permiten el intercambio de funciones, permitiendo variar la relación funcional de la vivienda.

Las "viviendas de espacio variable" tienen un mayor número de componentes fijos que las viviendas de espacio libre, y permiten la integración de varios de sus espacios.

¿Por qué mencionamos estas clases de viviendas? Porque existen distintas formas de vivienda pensadas para adultos mayores. Las mismas pueden manifestarse tanto en los servicios residenciales como en los servicios comunitarios de vida asistida, tales como:

- a) Casas individuales o conjuntas, departamentos, condominios y casas móviles.
- b) Las casas de retiro en comunidades de vida independiente, donde se permite alquilar o comprar viviendas. Estas incluyen servicios de limpieza, lavandería y transporte. Este tipo de viviendas están aconsejadas para el adulto mayor que no necesita ayuda con las tareas diarias, como bañarse, vestirse o tomar medicamentos.
- c) Las residencias de vida asistida o viviendas asistidas: son soluciones habitacionales parecidas a las comunidades de vida independiente, aunque ofrecen servicios de cuidado personal a los adultos mayores que los necesiten, como bañarse, vestirse o tomar medicación.
- d) Los hogares de ancianos o geriátricos: el adulto mayor puede acudir a ellos temporalmente para una rehabilitación, como también podría permanecer allí largo plazo de tiempo.

Dentro de este contexto surge el *cohousing*: "es un neologismo creado por Mc Camant y Durrett en el año 1988 para hacer referencia al modelo residencial de vivienda colaborativa (*CO-laborative-HOUSING*) que

destacan por ser autopromovidas y autogestionadas por sus propios residentes”¹¹.

El modelo de *cohousing* mixtura modelos de vivienda comunitaria basados en el concepto de consumo colaborativo. Existen distintos modelos de viviendas colaborativas, las cuales han sido creadas para diversos fines.

El modelo de *cohousing* para adultos mayores (*cohousing senior*) se centra en la generación de la sensación de estar “como en casa”, por esa razón el modelo de hogar es elegido por los propios usuarios frente a la situación de abandonar su hogar, para ingresar a una institución geriátrica. No se trata solamente de encontrar un espacio de viviendas, sino de conseguir un envejecimiento satisfactorio y continuar con su plan de vida. Las iniciativas han sido promovidas desde la arquitectura y no solo implican que se lleven a cabo en el ámbito de la vejez normal¹².

El término *housing* se distingue del término *cohousing*. Si bien ambos se basan en la creación de viviendas para personas que requieren algún nivel atención y tienen algún tipo de dependencia, el *cohousing* incluye una organización que se autogestiona y excluye todo tipo de graduaciones. En el modelo de *cohousing senior* se propone la prestación de actividades y la toma de decisiones, el apoyo por parte de la comunidad, y el respeto a la individualidad y la privacidad.

La diferencia fundamental del *cohousing* con otros modelos residenciales (como los apartamentos con servicios) es el diseño participativo en la toma de decisiones de la comunidad que lo compone y, por lo tanto, trasciende a lo arquitectónico y a los servicios de prestación de sanidad y hotelería.

8. Conceptualización de las viviendas colaborativas para adultos mayores

Existen varios modelos de viviendas colaborativas para adultos mayores. Estos varían conforme al país en el cual se desarrollen¹³, de acuerdo a la

11 Sáenz de la Plaza, Laura, *Cohousing. Alternativa residencial para un envejecimiento activo*. Escuela Superior de Arquitectura. Universidad Politécnica de Madrid.

12 Por ejemplo, las “dementia villages” son residencias donde se reproducen espacios urbanos o semiurbanos para personas con demencia, tratando de que su estadio en la enfermedad sea lo más normal posible.

13 Por ejemplo, existen países donde el modelo de *cohousing senior* se centra en las actividades sociales, los servicios de cuidado son prestados por la autoridad de control pública y no son gestionados ni provistos por la comunidad.

forma de prestación de la atención o cuidado del adulto mayor conforme a cada legislación y a los requerimientos de la comunidad que los gestiona y promueve.

Por esta razón podemos afirmar que el concepto de vivienda colaborativa será un marco dentro del cual pueden coexistir distintos modelos. El derecho podrá ofrecer distintos institutos jurídicos bajo los cuales podrían desarrollarse.

Las viviendas colaborativas reconocen elementos comunes que podemos destacar para identificarlos:

- a) Autogestión: se desarrollan para solucionar problemas de atención y cuidado y como alternativa para resolver la dependencia.
- b) Apoyo mutuo: para evitar la soledad y el aislamiento se prefiere compartir y vivir en comunidad. Se tejen redes de contención dentro del grupo que integran la vivienda y los cuidados.
- c) Autopromoción: por lo general están impulsadas e ideadas por quienes serán sus habitantes.

Para decidir cuál será el mejor instituto jurídico para desarrollar viviendas colaborativas para adultos mayores debemos pensar en tres dimensiones:

- a) Dimensión social: en este aspecto debemos centrarnos en los deseos y necesidades de las personas que gestionan el proyecto de viviendas colaborativas, cuáles serán los requisitos para pertenecer a esa comunidad, y si desean asociarse o no conforme una estructura específica. Conteste a la forma de asociación que requieran, podrán optar por las distintas formas previstas en la legislación de cada país y que se pueden adecuar a tal fin (asociación civil, asociación cooperativa, sociedad comercial, etc.). En el caso que deseen asociarse debemos conocer qué cantidad de socios serán los admitidos, cuáles serán sus clases y a partir de qué momento se permitirá su ingreso. Cobrará importancia delimitar los derechos de los residentes, de los usuarios de los servicios (por ejemplo, si estos pueden ser utilizados o no por familiares), de los prestadores de servicios y de los colaboradores.
- b) Dimensión edilicia: debemos conocer la situación edilicia del inmueble en el cual se desarrollarán las viviendas colaborativas. La solución jurídica variará conforme a si el proyecto edilicio se ejecutará en un inmue-

ble alquilado, o adquirido para construir viviendas colaborativas, o ya construido y refaccionado para tal fin; cedido en uso o donado para ese uso específico. Podremos verificar entonces que puede existir dominio pleno, fiduciario, condominio, propiedad horizontal, derecho de usufructo, uso, tiempo compartido, conjunto inmobiliario, y, en consecuencia, tendremos un marco legal específico para cada caso. También debemos indagar sobre la gestión del espacio común y del espacio privativo: la solución jurídica variará conforme a si dichos espacios se pueden enajenar o si solo se dan en uso. El impacto jurídico se definirá en la forma de transmisión del derecho (*mortis causa* o sus diferentes variantes entre vivos). Si el derecho se pudiera disponer entre vivos, será necesario pedir autorización para su transmisión y conforme al sistema de gestión que se haya elegido. También debemos conocer si el capital utilizado para la construcción será o no reembolsable al enajenante gestor del proyecto constructivo de viviendas colaborativas.

- c) Dimensión servicios: debemos saber qué necesidades deberán atenderse y cuáles son los servicios que deberán serles prestados a los usuarios y residentes en los espacios privativos y/o comunes (limpieza, lavandería, alimentación, estacionamiento propio o de sus familiares, entre otros). También debemos conocer si los servicios se autogestionarán o si serán provistos por terceros contratados para tal fin. Esto obligará a pensar el esquema legal protectorio del derecho al consumidor de los residentes y usuarios de las viviendas colaborativas.

8.1. Modalidades de comercialización de viviendas colaborativas

La forma de enajenación de las viviendas variará conforme a si se enajena la propiedad de las mismas o a si solo se otorgan en uso. Si se enajenara la vivienda en propiedad, los gestores del emprendimiento deberán realizar aportes para construir o refaccionar esas viviendas y una vez concluida la obra edilicia, se le adjudicará en propiedad, posesión y dominio la vivienda colaborativa bajo un derecho de dominio, condominio, propiedad horizontal conforme cuál sea la situación en la cual se encuentre el inmueble.

Si las viviendas colaborativas se otorgan en uso, el desarrollador como propietario del inmueble cederá en uso la vivienda a su adquirente. No habrá transmisión de dominio alguna.

Cuando nos referimos a que el modelo de viviendas colaborativas es un marco general que abarca distintas formas, también reconocemos la posibilidad que las mismas sean desarrolladas para su comercialización por desarrolladores inmobiliarios. Las características de autogestión, apoyo mutuo y autopromoción también se verificarán en el control de la administración y decisión bajo los cuales se instrumente el emprendimiento. El rol del notariado será crucial para lograr mantener estos principios en cada comunidad.

Ningún emprendimiento inmobiliario puede realizarse y perdurar en el tiempo, si las partes involucradas económicamente en el mismo no obtienen beneficios. Beneficio económico y ganancia son dos términos de distinta naturaleza, ya que el primero refiere al resultado positivo de la actividad económica de una empresa y el segundo refiere al resultado monetario.

El beneficio económico surge de deducir los costos de producción y distribución a los ingresos totales obtenidos. En microeconomía el beneficio se mide por análisis de costo-beneficio conformado por la diferencia entre el valor del producto, los costos de producción a precio de mercado y la deducción de los gastos en conformar la operación.

La empresa divide su vida productiva en ejercicios económicos, pudiendo arrojar un beneficio o una pérdida. El resultado de la empresa o del emprendimiento económico puede ser conocido con total precisión, al final de la vida de esa empresa o de ese emprendimiento, analizando el valor de inversión y el valor de liquidación. Si todas las empresas se manejaran con procesos de producción largos, el ahorro privado sufriría una retracción porque los socios no podrían esperar a percibir beneficios. Por ello, las empresas reparten beneficios en forma periódica, lo que significa un incentivo para la inversión privada.

El beneficio económico o utilidad refiere a las ganancias obtenidas en una actividad económica y que ganancia refería al resultado monetario de la empresa. Parecería que ambos conceptos se hallan directamente relacionados con el desarrollador inmobiliario y el prestatario del servicio de atención del adulto mayor y no con el futuro usuario del servicio.

El futuro usuario de la prestación de una residencia para adultos no espera, en principio, un rédito económico, pero si un mejor confort a un costo en dinero menor al estándar del que existe en plaza al momento

de decidir la inversión, por lo tanto, el criterio económico de la obtención de la utilidad está presente en todas las partes del negocio.

La mejor forma de diagramar un desarrollo inmobiliario de viviendas colaborativas es mediante un sistema prepago, por lo que deben analizarse dos pilares para conformar los costos:

- a. Inversión inicial y costo edilicio.
- b. Servicio de asistencia y costo de la estadía.

El costo inicial por parte del desarrollador se halla conformado por el costo de adquisición del terreno y la construcción, con la ganancia por el gerenciamiento de la obra civil de la construcción.

Para el inversionista, el costo inicial dependerá de la forma o modo de adquisición de la unidad de vivienda. La valoración técnica de la edificación, es una tarea bien explícita y conocida de los profesionales de la construcción ya sean ingenieros, arquitectos o constructores.

El costo de la construcción edilicia dependerá de la forma y dónde se construirán las viviendas, del costo del terreno y de si son agrupadas en propiedad horizontal, o pequeñas residencias dentro de un barrio cerrado de viviendas familiares ya existente, o en un barrio privado de viviendas exclusivas para adultos mayores¹⁴.

El desarrollo de las viviendas colaborativas también podrá pensarse. Será tarea de cada desarrollador proponer su oferta según las tendencias y posibilidades de mercado. El inversionista interesado en una vivienda colaborativa, no necesariamente hace la adquisición para utilizarla en un tiempo inmediato, por lo cual, el desarrollador inmobiliario podrá formular diferentes posibilidades de comercialización. Por ello, el análisis económico de la inver-

14 Si bien este trabajo no se propone estudiar las barreras arquitectónicas y de seguridad para los inmuebles de vivienda independiente pero con asistencia en la vejez, debe destacarse que la construcción de viviendas residenciales en conjuntos inmobiliarios, es más onerosa que la de un edificio en propiedad horizontal, dado que la construcción de conjuntos inmobiliarios del estilo "Club de campo" requieren la creación de caminos, pavimentación, instalación de redes de cloacas, agua, gas y tendido de la red eléctrica, que en una construcción estándar de propiedad horizontal ya se encuentran disponibles. Conforme al relevamiento de las necesidades arquitectónicas requeridas para las viviendas de los adultos mayores y las actividades recreativas de estos centros, que abarcan desde teatro, juegos de salón, caminatas, conciertos, rehabilitación, talleres, cine, celebración de eventos y cumpleaños, se aconseja utilizar espacios edilicios amplios, en lo posible una sola planta, que permitan la recreación.

sión inicial será diferente según las formas de comercializar cada emprendimiento o cada unidad dependiente del emprendimiento.

Como primera posibilidad, el adquirente puede adquirir el total de la unidad de vivienda colaborativa con la posibilidad de arrendamiento cuando este no la utilice. Podrá enajenarla a terceros posibles usuarios. Ante su deceso, el inmueble será heredado por sus sucesores. En esta forma de comercializar la unidad de vivienda colaborativa, el desarrollador tomará el costo neto de la unidad considerando el costo de la incidencia del terreno, el costo de construcción y la ganancia por gerenciar la obra y podrá ofrecer al comprador una renta fija, similar a un alquiler por la unidad.

Esta forma de enajenación de la vivienda colaborativa se traducirá, por ejemplo, en un derecho real de dominio o condominio, combinado con el derecho real de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario.

Otra forma de comercialización puede consistir en adquirir el uso de esa unidad de vivienda a futuro. Por ejemplo, si quien desea adquirir la unidad tiene 50 años de edad y piensa que podría llegar a utilizarla a partir de los 75 años de edad, existen 25 años de libre de explotación del desarrollador para brindar el servicio a personas que sí tengan la necesidad de habitar en estas viviendas de forma inmediata. En este esquema de comercialización, también se impondría la transmisión de la propiedad bajo el derecho real de tiempo compartido, como a través del derecho real de uso.

Esta última forma de comercialización permite que el desarrollador inmobiliario pueda vender el uso de una misma vivienda de retiro a diferentes personas espaciadas generacionalmente y que al término de ese lapso temporal, el uso vuelva al desarrollador. Todo esto hace que el costo inicial baje muy sensiblemente y que muchas personas tengan la posibilidad de comprar su vivienda de retiro.

Retomando los conceptos vertidos por la ENCaViAM, una de las características de la población envejecida era la posibilidad de acumular recursos a lo largo de la vida, entre los cuales se encuentra la vivienda. Tomando la vivienda como un activo, el adulto mayor podría celebrar un contrato de renta vitalicia con el desarrollador a los efectos que reciba atención geriátrica en su domicilio o en el domicilio del emprendimiento de viviendas para la atención de adultos mayores, u otorgar un contrato

de renta vitalicia de su propiedad con garantía hipotecaria a los efectos de cubrir su atención geriátrica de la misma manera.

Parecería difícil abordar la evaluación del costo económico del servicio de atención de la salud domiciliar que debería prestarse en la unidad de vivienda colaborativa y en una unidad de vivienda asistida, porque las fluctuaciones de la economía de nuestro país hacen que se desconozcan los costos de los salarios, de los insumos, de los alimentos y de los impuestos que deberían abonarse a futuro.

Una forma de evaluar esta variable, podría ser en adoptar la modalidad de la medicina prepaga. De esta manera no será muy difícil establecer una cuota variable en el tiempo con un ajuste sujeto a algún índice de la medicina actual, ya que para el servicio de atención geriátrica que se presta hoy en día, no existen indicadores. En cambio, la medicina prepaga tiene ya jerarquizado un nomenclador y sus incrementos por motivos inflacionarios están regulados por el Estado.

9. Emprendimientos inmobiliarios para viviendas colaborativas

Nuestro sistema legal está preparado para brindar soluciones habitacionales a largo plazo, destinadas a la atención del adulto mayor, conforme a las necesidades que requieran el inversor del proyecto y el adquirente del inmueble.

Los proyectos de viviendas colaborativas pueden adoptar distintas formas jurídicas que abarquen tanto derechos personales como reales, recurrir a modelos asociativos como la asociación civil o la sociedad cooperativa. De la misma forma, pueden basarse en distintos regímenes de propiedad privada (dominio, dominio fiduciario, condominio, propiedad horizontal, conjunto inmobiliario, tiempo compartido); en el ejercicio de derechos reales (tales como el usufructo, la habitación, el uso), o bajo el régimen de derechos personales como el de la locación y los contratos de fideicomiso inmobiliario de administración donde no se enajene la propiedad. Sin perjuicio de lo dicho, todos ellos tienen un denominador común: conjugar la organización del ámbito privado con el uso de los espacios comunitarios.

En nuestro país las cooperativas de viviendas asocian a las personas humanas que precisen alojamiento y su reglamentación se funda en la ley 20.337.

Las cooperativas son asociaciones voluntarias abiertas a todas las personas capaces de utilizar sus servicios y dispuestas a asociarse. Los asociados participan activamente en la fijación de políticas y en la toma de decisiones. En las cooperativas de primer grado los asociados tienen iguales derechos de voto (un asociado, un voto) y las cooperativas de otros niveles se organizan asimismo en forma democrática. Los asociados contribuyen equitativamente a la formación del capital de su cooperativa y lo gestionan democráticamente. Por lo general, al menos una parte de ese capital es propiedad común de la cooperativa. Los asociados suelen recibir una compensación limitada, si acaso alguna, sobre el capital suscripto. Los excedentes se destinan al desarrollo de la cooperativa a la distribución a los asociados en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y el apoyo a otras actividades aprobadas por los asociados.

En la mayoría de experiencias de viviendas bajo el régimen de *cohousing*, tanto intergeneracionales como para adultos mayores, la propiedad de las edificaciones pertenece a las asociaciones cooperativas. Los asociados solo tienen un derecho de uso de la vivienda. Este derecho de uso trae aparejado el derecho de usar y gozar de las instalaciones comunes y los servicios que preste la cooperativa.

El derecho real de tiempo compartido, podría ser una de las formas de organizar el contrato inicial de prestación asistencial y la vivienda del adulto mayor.

El derecho real de uso podría servir para comercializar tanto residencias de vida asistida como viviendas colaborativas, resultando propicias para la cesión de uso del titular del derecho como así también al cumplimiento del plazo pactado por el derecho real de uso o ante el fallecimiento del usuario.

También se ha verificado que, en la actualidad, la comercialización del servicio de atención del adulto mayor, se resuelve celebrando contratos por instrumento privado, para la prestación periódica de los servicios de asistencia y habitación. Estos contratos son suscriptos generalmente por el adulto mayor o sus familiares.

La enajenación de propiedades para ser utilizadas en la vejez implica un "sistema de venta prepago" que implica que estos contratos sean suscriptos por el interesado y que puedan ser utilizados aún ante la pérdida de su capacidad, confirmando la posibilidad de previsibilidad en la contratación para el cumplimiento del servicio en forma diferida y a largo plazo.

9.1. Derecho real de conjunto inmobiliario

Conforme a la enumeración del art. 1887 del Código Civil y Comercial de la Nación, los conjuntos inmobiliarios son derechos reales, encontrándose su definición en el art. 2073 del mismo ordenamiento: "Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales".

Conforme al art. 2074 del Código Civil y Comercial de la Nación, las características de estas urbanizaciones son: "[los] cerramientos, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible". La variación del destino del emprendimiento inmobiliario es lo que facilita la comercialización del inmueble y a su vez el ofrecimiento del servicio de atención del adulto mayor. Las viviendas colaborativas para adultos mayores pueden coexistir en un conjunto inmobiliario ya creado, o puede crearse un conjunto inmobiliario exclusivo de viviendas de tal especie.

El art. 64 del decreto/ley 8912/1977 de la provincia de Buenos Aires, referido al "Ordenamiento territorial y uso del suelo" establece que se entiende por club de campo o complejo recreativo residencial a un área territorial de extensión limitada que no conforme un núcleo urbano y reúna las siguientes características básicas:

- a) Esté localizada en área no urbana.
- b) Una parte de la misma se encuentre equipada para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales en pleno contacto con la naturaleza.
- c) La parte restante se encuentre acondicionada para la construcción de viviendas de uso transitorio.

- d) El área común de esparcimiento y el área de viviendas deben guardar una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica, que las convierte en un todo inescindible. El uso recreativo del área común de esparcimiento no podrá ser modificado, pero podrán reemplazarse unas actividades por otras; tampoco podrá subdividirse dicha área ni enajenarse en forma independiente de las unidades que constituyen el área de viviendas.

El marco legal de los conjuntos inmobiliarios está determinado por el art. 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación. El mismo establece que todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. En este sentido, serán cosas y partes de uso común las vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso social, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento, debiendo constar en este.

La unidad funcional que constituya parte privativa –construida o en proceso de construcción– debe tener independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta.

Cada propietario ejercerá su derecho en el marco del reglamento de propiedad horizontal del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos. En cuanto al cerramiento exterior, el mismo depende de lo que se establezca en las disposiciones aplicables para cada jurisdicción. El inc. e del art. 3° del decreto 27/1998 dictado por el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires, aplicable a los barrios cerrados: "El cerramiento del perímetro deberá ser transparente y tratado de manera que no conforme para el entorno un hecho inseguro, quedando expresamente prohibida su ejecución mediante muro aún en condiciones de retiro respecto de la línea municipal". Toda limitación o restricción edilicia, servidumbres y restricciones a los dominios particulares, como así también normas de convivencia, debe ser transcrita en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad

horizontal especial. Recordemos que las viviendas residenciales para el retiro de adultos mayores pueden ser integradas a conjuntos inmobiliarios ya existentes, como crearse en complejos nuevos, con lo cual el reglamento de propiedad horizontal especial o la modificación de dicho reglamento deben establecer las normas de conducta para todos los habitantes del conjunto inmobiliario para armonizar la vida dentro del mismo entorno.

No será ajeno al conjunto inmobiliario la obligación del pago de expensas, gastos y erogaciones comunes al mantenimiento y funcionamiento del complejo urbanístico en la proporción que tenga cada unidad funcional en relación al emprendimiento.

Debe preverse en el reglamento la fijación de un arancel para la admisión o permanencia por el uso de servicios comunes por parte de personas con vínculo de parentesco o amistad con los titulares de las unidades funcionales. En los conjuntos inmobiliarios de viviendas residenciales para el retiro de adultos mayores deben establecerse las pautas para el ejercicio del derecho de uso y goce de los espacios e instalaciones comunes por parte de terceros cuando se permite ceder temporalmente el derecho real o personal sobre el uso y goce de la unidad funcional.

En cuanto a las limitaciones sobre la libre transmisibilidad de unidades funcionales, estas deben estar previstas en el reglamento de propiedad horizontal. En un conjunto inmobiliario mixto, conformado por viviendas de uso residencial y viviendas de uso residencial para adultos mayores, no habría mayores inconvenientes respecto de la transmisibilidad. En los conjuntos inmobiliarios de viviendas de uso residencial para adultos mayores, la libre transmisión de las unidades funcionales debe establecerse en el reglamento, por ejemplo, mediante un derecho de preferencia en la adquisición a favor del consorcio de propietarios, del prestador del servicio de asistencia domiciliaria al adulto mayor o del resto de propietarios de las unidades privativas, conforme sea diagramado el emprendimiento comercial por sus desarrolladores.

9.2. Tiempo compartido

Si bien el tiempo compartido tenía un antecedente legislativo importante en el dictado de la ley 26.356, debe celebrarse que el Código Civil y Co-

mercial de la Nación lo haya receptado como derecho real excediendo el destino vacacional o turístico.

Conforme lo establece el art. 2087 del Código Civil y Comercial de la Nación, se considera que existe derecho real de tiempo compartido: "cuando uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino".

El propietario de un complejo de residencias para adultos mayores puede afectarlo al derecho real de tiempo compartido a fin de brindar la atención domiciliaria en la unidad funcional que se adquiera y así garantizar la atención por prestaciones periódicas o por turnos.

Es importante destacar que el derecho real de tiempo compartido para la vivienda colaborativa de adultos mayores establecerá la limitación al ejercicio de los derechos de su propietario, quien no podrá modificar el destino dado a su unidad durante el período de vigencia de la afectación, como así tampoco enajenar la unidad sin el conocimiento del nuevo adquirente o acreedor.

Su afectación debe otorgarse por escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble y en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectado a Sistemas de Tiempo Compartido, conforme al art. 2092 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En este andamiaje jurídico se encuentran:

- a) Los propietarios: titulares del objeto afectado a tiempo compartido.
- b) Los emprendedores: pueden coincidir con los propietarios o no, siendo personas humanas o jurídicas que desarrollen y financien el emprendimiento para comercializar desde cuándo, qué prestaciones y cuál será la categoría del servicio de atención domiciliaria al adulto mayor. En esta categoría de tiempo compartido, también pueden ser emprendedores quienes gerencien el sistema de atención asistencial de los adultos mayores dentro del complejo de viviendas conforme los programas que ofrezcan contratar.
- c) El administrador: puede coincidir o no con el titular o emprendedor y es quien coordina y gestiona el mantenimiento de los bienes que integran el tiempo compartido.

- d) Los comercializadores: son quienes en nombre y representación del titular y/o del emprendedor comercializan los períodos de uso del objeto afectado al nuevo derecho real de tiempo compartido.
- e) Los usuarios: son quienes adquieren el derecho de usar la unidad del tiempo compartido y se sirven de las prestaciones que contratan.
Con respecto a la unidad de tiempo, en la atención del adulto mayor deben destacarse los siguientes casos:
 - 1) Recuperación posthospitalaria
 - 2) Estancias diurnas o nocturnas
 - 3) Unidades abiertas de vida
 - 4) Estancias prolongadas

Para los tres primeros casos la "unidad de medida temporal" que se contrate no representa mayor problema, pues la extensión del tiempo puede ser contada en semanas o meses.

Ante la necesidad de atención prolongada o permanente se recomienda que el uso sea por un periodo temporal fijo. El desarrollador, el gerenciador y sistema asistencial a todos los niveles, que atienda las múltiples alteraciones y los problemas médico-sociales deberá prever con la disponibilidad de unidades de alojamiento conforme a cada tipo de contrato. Esta circunstancia no difiere demasiado de la disponibilidad de alojamiento en los hogares geriátricos que observamos actualmente.

Es importante destacar que el art. 2093 del Código Civil y Comercial de la Nación se establece que la inscripción del instrumento de afectación en el respectivo Registro de la Propiedad determina:

- a) la prohibición al propietario y al emprendedor de modificar el destino previsto en el instrumento; sin embargo, el emprendedor puede comercializar los periodos de disfrute no enajenados, con otras modalidades contractuales;
- b) la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra.

Resulta positivo que se admita la comercialización del emprendimiento sobre periodos que no hayan sido enajenados para flexibilizar la concreción de la finalidad de lucro.

El emprendedor deberá:

- a) establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del tiempo compartido y controlar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador;
- b) habilitar un Registro de Titulares, en el que deben asentarse los datos personales de los usuarios y su domicilio, períodos de uso, el o los establecimientos a los que corresponden, tipo, extensión y categoría de las unidades, y los cambios de titularidad;
- c) garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas;
- d) abonar las cuotas por gastos del sistema de las unidades no enajenadas.

A su vez, los usuarios del tiempo compartido deben:

- a) ejercer su derecho conforme a su naturaleza y destino, sin alterarlos ni sustituirlos y sin impedir a otros usuarios disfrutar de los turnos contratados.
- b) responder por los daños a la unidad, al establecimiento, o a sus áreas comunes, ocasionados por ellos, sus acompañantes o las personas que ellos autorizan, si tales daños no son ocasionados por su uso normal y regular o por el mero transcurso del tiempo.
- c) comunicar a la administración toda cesión temporal o definitiva de sus derechos, conforme a los procedimientos establecidos en el reglamento de uso: esto es en el caso que el tiempo compartido permita ceder el uso de la atención contratada por el usuario.
- d) abonar en tiempo y forma las cuotas por gastos del sistema y del fondo de reserva, así como todo gasto que pueda serle imputado particularmente.

La administración puede ejercerla el emprendedor o un tercero que se designe a tal fin, quienes serán responsables solidarios frente a los usuarios del tiempo compartido, por la debida gestión y coordinación en el mantenimiento y uso de los bienes. Será ineludible que preserve la igualdad de derechos de los adquirentes del tiempo compartido y respete las prioridades temporales que estos hayan contratado.

El art. 2098 del Código Civil y Comercial de la Nación determina que el certificado de deuda por expensas expedido por administrador será un título ejecutivo para accionar por cobro contra el usuario moroso. "En su desarrollo se tiene en cuenta la relación de consumo entre el propietario, emprendedor, comercializador y el administrador del tiempo comparti-

do con quien adquiere el derecho de uso periódico (conf. art. 2100 del CCyC), brindándole una protección más amplia bajo el instituto de los derechos del consumidor”¹⁵.

La extinción se produce:

- a) por vencimiento del plazo previsto en el instrumento de afectación;
- b) en cualquier momento, cuando no se han producido enajenaciones, o se han rescindido la totalidad de los contratos, circunstancia de la que se debe dejar constancia registral;
- c) por destrucción o vetustez.

La extinción debe otorgarse por escritura pública e inscribirse en los registros respectivos.

9.3. Derecho real de uso

El art. 2154 del Código Civil y Comercial de la Nación define al derecho real de uso conforme su aplicación práctica en los siguientes términos: “El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia. Si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo. El derecho real de uso solo puede constituirse a favor de persona humana”.

Este derecho real puede ser utilizado en el supuesto que no se desee someter el emprendimiento al derecho real de tiempo compartido, reafirmando que se ejercerá sobre cosa ajena y sobre una desmembración del dominio donde el usuario tendrá el derecho de, valga la redundancia, usar y gozar de la cosa y el nudo propietario se reservará la disposición jurídica y material de la misma.

El derecho de uso sin delimitar la extensión del uso y del goce de los beneficios del usuario se considerará un usufructo y estará regido por las normas que reglan ese derecho real.

15 Abreut de Begher, Liliana. “Los cambios del Código Civil y Comercial de la Nación sobre los derechos reales”, en *Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de la Nación*; compilado por Graciela Wüst. 1ª ed. adaptada, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 29.

El uso puede afectar toda la cosa o solo parte de ella, y la única prohibición será la de alterar su sustancia, la cual debe delimitarse en el acto constitutivo del derecho real. Debe entenderse que puede constituirse derecho de uso en favor de varias personas humanas, aunque esta circunstancia no esté expresamente contemplada en la ley de fondo, pues ninguna norma lo prohíbe.

El derecho de uso en el Código Civil y Comercial de la Nación muta notablemente al que existía en el Código Civil ya que se excluye la idea del art. 2953 de ese ordenamiento legal de someter la extensión de este derecho real a las necesidades de la familia, no tomando la condición social como medida alguna.

Con especial referencia a la temporalidad del derecho, es interesante que su extinción se produzca al cumplimiento del plazo fijado o con la muerte del usuario, volviendo la cosa al nudo propietario, quien puede volver a dar la cosa en uso, con lo que el derecho real será personal y vitalicio.

En cuanto a la posibilidad de cesión, el art. 1616 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que la posibilidad de cesión de cualquier derecho, a excepción de los que expresamente estuvieran prohibidos por la ley o la convención que los origina, o bien por la misma naturaleza del derecho, por lo que la transmisión del derecho de uso por parte del usuario estaría permitida tanto de manera onerosa, aunque no en forma gratuita ya que se le aplicarían en forma subsidiaria las normas sobre donación establecidas en el art. 1543 del Código Civil y Comercial de la Nación y no pueden ser objeto de donación las cosas que no se tengan en el dominio al momento de contratarlas.

En cuanto a la transmisión del derecho por causa de muerte, si aplicamos subsidiariamente las reglas del usufructo contenidas en el art. 2140 del Código Civil y Comercial de la Nación donde se consagra la intransmisibilidad hereditaria, prohibiendo transmitir el usufructo por causa de muerte, atento a la naturaleza propia del derecho, el derecho real de uso tampoco podrá ser transmitido por causa de muerte, a pesar de la regla general contenida en el art. 1906 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En estos términos, el derecho de uso permite la comercialización del emprendimiento de viviendas colaborativas para adultos mayores en el caso que el desarrollador quiera recuperar la unidad dada en uso.

Resulta pertinente aclarar que el derecho de habitación solo se limita a morar en inmueble ajeno, o bien sobre una parte material de aquel para la protección del habitador y su familia, lo cual no satisface las necesidades de la comercialización de esta clase de emprendimientos inmobiliarios.

10. Transferencia de la propiedad de vivienda para atención de adultos mayores por contratos celebrados en un país extranjero

El art. 2667 del Código Civil y Comercial de la Nación de la Nación establece: “Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados”.

Esto permite que puedan transferirse por contratos celebrados en el extranjero, derechos reales sobre inmuebles situados en la República Argentina. Se impone como forma la escritura pública, legalizada, debiendo cumplimentar los requisitos establecidos por los arts. 1890 y 1892 del Código Civil y Comercial de la Nación referentes a la inscripción registral y a la tradición posesoria, debiéndose aplicar el derecho del Estado de Registro de esos bienes conforme al art. 2668 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En este sentido, la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor podría favorecer el fomento de emprendimientos constructivos de viviendas para adultos mayores, agregando valor, capacidad productiva e innovación.

11. Conclusión

La “economía plateada” llama la atención de las autoridades gubernamentales y de los operadores económicos, ya que el envejecimiento de la población promete la generación de empleos y el crecimiento de la economía¹⁶.

16 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/silver-economy-study-how-stimulate-economy-hundreds-millions-euros-year>

A su vez, la búsqueda legal de soluciones habitacionales para adultos mayores constituye una forma de protección de los derechos humanos, piedra fundamental de legitimidad y seguridad jurídica para cualquier Estado democrático.

Son necesarias viviendas acogedoras, donde se garantice la independencia, pero a su vez, exista una tutela conforme a las necesidades de cada individuo. En este sentido el *cohousing* constituye una solución óptima a fin de resguardar la dignidad del adulto mayor.

La función notarial tiene por finalidad garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales. Dentro de este marco, el notario está capacitado para brindar soluciones que aseguren la garantía de estándares habitacionales para los adultos mayores.

Los proyectos de viviendas colaborativas pueden adoptar distintas formas jurídicas, tales como la asociación civil, la sociedad cooperativa. De la misma forma, pueden basarse en distintos regímenes de propiedad privada (dominio, condominio, propiedad horizontal, conjunto inmobiliario, tiempo compartido); en el ejercicio de derechos reales (tales como el usufructo, la habitación, el uso, el condominio), o bajo el régimen de derechos personales como el de la locación y los contratos de fideicomiso para la construcción. Por esta razón, podemos afirmar que el concepto de vivienda colaborativa será un marco dentro del cual pueden coexistir distintos modelos. El derecho podrá ofrecer distintos institutos jurídicos bajo los cuales podrían desarrollarse. En este esquema también reconocemos la posibilidad de que las mismas sean desarrolladas para su comercialización por desarrolladores inmobiliarios. Las características de autogestión, apoyo mutuo y autopromoción también se verificarán en el control de la administración y decisión bajo los cuales se instrumente el emprendimiento. El rol del notariado en su función de asesoramiento y estructuración jurídica del emprendimiento será crucial para lograr mantener estos principios en cada comunidad.

b) La construcción de apoyos por vía notarial para que la persona con discapacidad preste consentimiento válido en derecho

El juicio de discernimiento notarial y los apoyos

*Los derechos humanos son un campo de acción de libertad
donde puede ejercerse la dignidad y su plan de vida
sin interferencia de los demás ni del Estado.*

Jhenny Judith Bernal Arellano
(Consultora en DH, docente e investigadora mexicana).

1. Introducción

Las iniciativas jurídicas en el marco de la discapacidad deben analizarse y desarrollarse desde una perspectiva sociológica, filosófica y jurídica basada en los valores y principios de los derechos humanos. Este es el pensamiento que nos guía para proponer herramientas jurídicas que garanticen el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y de todas aquellas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

El concepto de capacidad jurídica en el contexto actual de la historia de los derechos, excede los principios clásicos del derecho civil, que se ha mantenido al margen del discurso -ético y jurídico- de los derechos humanos, y pese al gran avance del derecho internacional, parte de los operadores jurídicos interpretan y aplican conforme los cánones tradicionales que reflejan las legislaciones internas, que demuestran ser *insuficientes*.

Uno de los principales logros del derecho internacional contemporáneo ha sido la codificación y reconocimiento de derechos humanos universales, que ha evolucionado en las últimas décadas hacia un proceso de humanización del derecho que coloca a la *persona humana y sus valores intrínsecos*, como último y primordial objetivo. La revalorización de la dignidad como cualidad propia de la condición humana, la autonomía, igualdad y no discriminación, han pasado a formar parte del *corpus iuris*

internacional, mediante declaraciones, tratados y convenciones, que en forma paulatina se incorporan a las legislaciones internas, en algunos casos con carácter operativo.

Estas normas universales trascienden las instituciones nacionales y establecen una garantía mínima de protección. Más allá de su reconocimiento normativo en las legislaciones locales, los derechos fundamentales que hacen a la dignidad de cada persona son preexistentes a ese reconocimiento.

El derecho, en este siglo XXI, se centra en principios y valores más que en las propias leyes. La demostración de ello, es el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) vigente desde el 1º de agosto de 2015, que, en el título preliminar, dedica el capítulo 1º, al "Derecho": Fuentes y aplicación, Interpretación y deber de resolver –arts. 1º, 2º y 3º–, para luego referirse en el capítulo siguiente a "La Ley", arts. 4º a 8º. Con ello, afirma María Silvia Villaverde: "está queriendo significar el legislador el profundo cambio que ha experimentado el derecho desde mediados del siglo XX y el actual, ya que no se enfatiza la primacía de la ley como fuente, sino, que, por el contrario, se hace referencia a la Constitución Nacional, tratados de derechos humanos, finalidad de la norma, principios y valores..."¹⁷.

Han pasado 15 años de la entrada en vigencia de la CDPD, y el grado de avance en el reconocimiento, la protección y el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad sigue siendo un desafío para la comunidad internacional y los operadores jurídicos. Se deben tomar medidas efectivas y pertinentes para sensibilizar a la sociedad, y difundir los principios de la convención, incluso a nivel familiar. En este proceso, la educación basada en los principios y valores de los derechos humanos, juega un papel fundamental.

No hay espacio en el ámbito universal para sostener un sistema rígido de capacidad jurídica, basado en la sustitución de la voluntad de la persona humana. Debe darse paso a un sistema superador, que, basado en estos principios y valores, garantice el ejercicio de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad, con un sistema de APOYO a las personas que lo necesiten para

17 Villaverde, María Silvia, en comentario al libro *Discapacidad y modelo social. Enfoques desde la doctrina y la jurisprudencia*, directores: Leonardo B. Pérez Gallardo y Luz María Pagano, Buenos Aires, Erreius, 2020. Publicado en RDF 102, 08/11/2021, 270. Cita: TR LALEY AR/DOC/2790/2021.

tomar sus propias decisiones, que respete sus derechos, su voluntad y preferencias.

Este es el núcleo central que plantea la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD): el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas y el modelo de asistencia en la toma de decisiones.

El reconocimiento por parte de los estados de la plena capacidad jurídica y la disponibilidad del *apoyo* en la toma de decisiones, son pasos necesarios para hacer efectivos el goce de derechos y el desarrollo de una vida digna.

2. Capacidad jurídica

El principio de capacidad jurídica universal garantiza que todas las personas, con o sin discapacidad, sean iguales ante la ley, tengan igual protección legal, y disfruten de los mismos derechos. El reconocimiento de la personalidad jurídica, de ser persona ante la ley, titular de derechos, es un requisito previo e indispensable para acceder a la adquisición de derechos y deberes jurídicos, y la capacidad jurídica es la puerta de acceso al efectivo goce y ejercicio de los derechos.

Ambos derechos tienen carácter universal y deben ser reconocidos a toda persona por su condición humana. No admiten grados ni restricciones y no pueden ser afectados por circunstancias personales.

El “modelo social” de la discapacidad establecido en la CDPD supera la antigua premisa que considera que la discapacidad deriva de las *deficiencias personales*, por una concepción que entiende que la discapacidad es consecuencia de las estructuras y barreras sociales discapacitantes. La discapacidad es una construcción social que modifica o condiciona la vida de las personas e impide su inclusión en condiciones de igualdad.

Es necesario identificar y reducir las barreras que en el contexto social obstaculizan el desarrollo personal y colectivo de quienes pasan por situaciones de vulnerabilidad. La discriminación y el trato desigual con relación a las demás personas, al que suelen estar expuestas las personas con discapacidad (PCD), *crean la necesidad de apoyo y refuerzan la dinámica de su función*.

Este modelo de apoyos a diferencia del modelo sustitutivo, no tiene como principal objetivo la “protección” de la persona, sino “reconocer y garanti-

zar" sus derechos. Subraya Francisco Bariffi, que esto conlleva profundas consecuencias para el Derecho, pues implica que el objetivo central no es procurar tomar la mejor decisión para proteger a la persona con criterio objetivo, *sino en dotarle de las herramientas y los apoyos necesarios para que ella misma pueda tomar decisiones y ejercer sus derechos desde parámetros propios*. Es decir, que el bien jurídico protegido es el ejercicio de derechos y no la protección patrimonial ni la seguridad jurídica¹⁸.

La CDPD, que entró en vigencia el 3 de mayo de 2008, es el primer tratado de derechos humanos de este siglo, es un poderoso impulsor del cambio, no solo para los Estados partes, para los que es un mandato de acción, sino para toda la comunidad jurídica en el modo de abordar los derechos humanos de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Representa un cambio de paradigma en la visión, el tratamiento y la concepción de las personas con discapacidad, que irrumpe de manera decisiva en un mundo jurídico que tradicionalmente tiene su mirada puesta en el modelo de sustitución de la voluntad, que las personas con discapacidad no piensan, no opinan ni toman decisiones.

Dice Gerard Quinn: "debemos construir un puente por el que todos podamos pasar; necesitamos un nuevo vocabulario; el proceso radical de reenmarcar el debate ha comenzado, pero nos queda un largo camino por recorrer"¹⁹.

2.1 Capacidad jurídica y capacidad mental

La capacidad jurídica como derecho humano, es un concepto único, que comprende no solo la titularidad, sino también el ejercicio por sí mismo, de derechos y deberes jurídicos que reconoce el ordenamiento jurídico. Incluye el derecho a tomar decisiones y hacerse responsable de las consecuencias.

La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas,

18 Bariffi, Francisco. "El Modelo de toma de decisiones con apoyo en la legislación civil argentina y su incidencia en la validez del acto jurídico". En: *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derecho Civil en América Latina. Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú*, Joyceana Bezerra de Menezes, Renato Antonio Constantino Cayo y Francisco José Bariffi, coordinadores, Editora Foco, Brasil, 2021. Otilia del C. Zito Fontán, Marcela V. Spina y otros.

19 Quinn, Gerard. "Personalidad y capacidad jurídica: perspectivas sobre el cambio de paradigma del art. 12 de la CDPD", en *Capacidad jurídica, Discapacidad y derechos Humanos*. Coordinación Agustina Palacios, Francisco Bariffi, Buenos Aires, Ediar, 2012.

modificarlas o ponerles fin. El derecho al reconocimiento como *actor jurídico* está establecido en el art. 12 párrafo 5 de la CDPD, en el que se expone la obligación de los estados partes de tomar: "todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria"²⁰.

Este concepto de capacidad jurídica debe diferenciarse de la capacidad mental. Así lo expone el Comité en la Observación 1, del año 2014, en la que establece reglas de interpretación del art. 12 de la CDPD, subrayando claramente que la capacidad mental, está referida al grado de aptitud o habilidad para tomar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra, por distintos factores, sociales, culturales, ambientales, o concomitantes.

Si hay alguna dificultad o déficit en la aptitud para adoptar decisiones cualquiera sea su envergadura, debe evaluarse la capacidad mental; la herramienta es proporcionar a la persona con discapacidad el APOYO adecuado para que pueda tomar decisiones sobre su vida cotidiana y sobre el propio proyecto de vida –en nuestro análisis con efectos jurídicos–, y de esta forma respetar el ejercicio de sus derechos, su voluntad y sus preferencias. Debe graduarse la intensidad del apoyo, no negarle el derecho a la capacidad jurídica.

La capacidad mental no es un concepto objetivo, puede variar según los criterios de quien o quienes la valoren. Todas las personas humanas tienen derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica, aunque tengan capacidades mentales diferentes.

20 Observación General 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en adelante "el Comité", creado en dicha Convención, art. 34.

3. El juicio de discernimiento notarial

El discernimiento está relacionado con la capacidad mental de la persona humana. Es la aptitud de entendimiento o comprensión del acto que se pretende concretar, sus efectos y consecuencias jurídicas, personales, y la convicción de su otorgamiento.

El juicio de discernimiento lo lleva a cabo el notario, al evaluar si el requirente tiene la *aptitud mental* suficiente para entender y comprender el acto en toda su dimensión. Esta evaluación se hace en cada caso concreto y con criterio de razonabilidad.

Es una de las funciones de ejercicio de mayor trascendencia de la actuación notarial, es esencial, como siempre ha sido, pero en el nuevo contexto de principios y valores universales basados en derechos humanos, adquiere mayor relevancia. Exige una evaluación de la aptitud del requirente más exhaustiva, más dedicada, más cercana, haciendo los ajustes razonables que sean necesarios para facilitar la expresión de voluntad, a efectos de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y no constituirse en un obstáculo negando el acceso al servicio público notarial, que es "un derecho humano".

Conforme las circunstancias personales y las referidas al negocio jurídico, el notario debe profundizar y adecuar su labor de asesoramiento, consejo y asistencia que puede implicar un despliegue y dedicación mayor que el habitual, cuando se trate de personas en situación de vulnerabilidad o con dificultades en el proceso de toma de decisiones. Para llegar al convencimiento pleno de la aptitud o habilidad del requirente el notario puede valerse de distintos medios, pero, en definitiva, decidirá en un juicio de convicción personal, de componentes esencialmente subjetivos.

El notario debe evaluar que la expresión de voluntad de los otorgantes sea libre, consciente y debidamente informada.

El notario no es un especialista o perito al que se le exige una preparación o conocimiento especial, es un operador jurídico que evalúa el discernimiento de la persona en cada caso, en virtud de un conjunto de circunstancias que rodean el caso concreto. Así lo ha considerado la doctrina y la jurisprudencia en Argentina, que ha reiterado "que los nota-

rios no tienen por misión comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan"²¹.

El notario debe verificar el discernimiento, intención y libertad del otorgante que caracterizan el acto voluntario, y garantizan la validez y eficacia del acto jurídico²².

4. Sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica

Es necesario precisar qué es el *apoyo* en el marco de la CDPD, teniendo en cuenta en este análisis, que *apoyo* es la asistencia o ayuda que la persona recibe, no la persona o el medio utilizado para prestarlo.

Apoyo es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para el desarrollo de actividades de la vida cotidiana o para interactuar en sociedad, como las demás personas. *Ser receptores de apoyo y prestar apoyo a otras personas son dos funciones que todos compartimos como parte de nuestra experiencia humana, independientemente de la deficiencia, la edad o la condición social...*, sin embargo, las necesidades de apoyo de la mayoría de las personas con discapacidad en el mundo están desatendidas. Así lo señaló la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del Consejo de Derechos Humanos²³. Asimismo, la Relatora ha mencionado en este informe, que deben eliminarse todos los regímenes de toma de decisiones sustitutivas y asegurar que las alternativas de *toma de decisiones con apoyo* estén disponibles para todas las PCD, independientemente del nivel de apoyo que necesiten para tomar decisiones informadas.

21 CNCiv, sala J, 23/02/2010, "S. I., E. M. c. P. G., E. M. M. y otro s/ impugnación/nulidad de testamento". En el caso, el causante, sin herederos forzosos, otorgó testamento a favor de su compañera de vida. La hermana del causante interpuso demanda de nulidad de testamento, puso en crisis la "perfecta razón" del testador a la fecha de otorgar el testamento, captación de la voluntad del causante, falta de cumplimiento por parte de la escribana ante quien se otorgó el testamento sobre la lectura a viva voz y la intervención de un testigo, dependiente de la escribana. En primera instancia se hizo lugar a lo peticionado. La alzada, con extensos argumentos, revocó la sentencia. "En materia interpretativa de testamentos, lo único que interesa es la voluntad del causante, lo decisivo es lo querido por el testador, aun cuando no haya acertado en su declaración testamentaria; nadie puede pedir al testador que dé cuenta del uso que hace de su libertad, la que puede ejercer sin ninguna restricción y sin necesidad de explicar el motivo o causa final de su decisión".

22 Arts. 259, 260 y 261 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

23 Informe del 24/03/2017. Asamblea General ONU, 2017. A/HRC/34/58.

El o los apoyos pueden adoptar distintas formas y variada intensidad; ser requerido para actividades cotidianas o para tomar decisiones más complejas que tengan efectos jurídicos; debe estar basado en la confianza, respetar el derecho, la voluntad y preferencias de la PCD; nunca debe consistir en decidir por ellas. *La decisión siempre es adoptada por la PCD*; como así también su decisión en la elección del apoyo o sistema de apoyo. Este es el rasgo principal en las decisiones con apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

La función de quien presta el apoyo es fomentar la confianza y las aptitudes de las personas con discapacidad de modo que puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro si así lo desean. (Observación General 1, párrafo 24).

La figura del apoyo, prevista en el art. 12, apartado 3 de la CDPD, marca sin duda un cambio radical en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La CDPD no señala cuáles son los tipos de apoyo o sistemas de apoyo para facilitar la toma de decisiones, en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad. Tampoco lo hace el ordenamiento jurídico argentino.

Puede consistir en asistencia o ayuda para la movilidad, en dispositivos técnicos, apoyo a la comunicación, como intérpretes de lengua de señas y medios alternativos, la asistencia personal. También las personas con discapacidad pueden precisar apoyo para acceder a servicios generales como los de salud, educación y justicia, y utilizar esos servicios.

Para las personas con discapacidad, que necesiten ayuda en distintos ámbitos de su vida, el acceso a un apoyo adecuado es una condición fundamental para vivir y participar plenamente en la comunidad, como las demás personas²⁴.

Los estados partes de la CDPD deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole para hacer efectivo el reconocimiento universal de la capacidad jurídica y la prestación del apoyo necesario para ejercerla (conf. art. 12.3 del CDPD). Este es un mandato de acción.

24 Ver sobre el tema, el informe de la Relatora Especial, C. Devandas Aguilar, Consejo de Derechos Humanos 34º período de sesiones. Naciones Unidas A/HRC/34/58.

5. Salvaguardias

El diccionario de la Real Academia Española define a la salvaguardia en su cuarta acepción como: *f. Custodia, amparo, garantía.*

Las salvaguardias constituyen para la CDPD las medidas o mecanismos judiciales o extrajudiciales que garantizan que el apoyo o sistemas de apoyo cumplan con el objetivo primordial de permitir el ejercicio de la capacidad jurídica de acuerdo a los deseos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Este concepto de salvaguardias, está establecido en el art. 12.4 de la CDPD, "Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

Para Olmo y Parach, las salvaguardias con las medidas que debe asegurar el Estado a fin de controlar, vigilar y garantizar el correcto desenvolvimiento del apoyo²⁵. Estos autores citan la opinión de Pablo Rosales, que considera que el art. 12 del CDPD exige salvaguardias o garantías para que el apoyo no se convierta en representación o subrogación de la persona, siendo este el objetivo primordial de la Convención. Coincidimos en que la función de la salvaguardia es custodiar el correcto funcionamiento de la medida de apoyo, cuidando, fundamentalmente, que la persona con discapacidad no vea suplida su voluntad por quien tiene a su cargo el desempeño de la función de apoyo²⁶.

25 Olmo, Juan Pablo y Parach, Florencia, "Distinción entre medidas de apoyo y de salvaguardia. Comentario al fallo 'C., H. M. s/Declaración de Insania'". Autores: Olmo, Juan P.; Prach, Eliana M. Revista de Derecho de Familia y Sucesiones, N° 6, diciembre 2015, fecha: 30/12/2015, cita: IJ- XCIV- 828.

26 Olmo, Juan Pablo, ob. cit.

Las salvaguardias deben ser adecuadas, efectivas y proporcionales, para impedir posibles conflictos de intereses, influencia indebida o abuso en la prestación del apoyo, respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona que lo recibe. Deben establecerse por el menor tiempo posible, estar sujetas a revisión por autoridad independiente e imparcial. La proporcionalidad de las salvaguardias impide el avasallamiento de la autonomía de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En la Observación General 1, el Comité expresa: "que en aquellos casos en que no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del 'interés superior' debe ser sustituido por la 'mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias', porque ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el art. 12, párrafo 4." Y agrega: "El principio del 'interés superior' no es una salvaguardia que cumpla con el art. 12 en relación con los adultos. El paradigma de 'la voluntad y las preferencias' debe reemplazar al del 'interés superior' para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás". En cuanto a la ya mencionada "influencia indebida", entendida como miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación advertida en la interacción entre quien presta el apoyo y quien lo recibe, el Comité señala que todos podemos ser objeto de ella, pero que en el caso de personas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones, esto puede verse agravado. Es por esto que: "Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores". La protección contra el mal ejercicio de la función de apoyo, debe entenderse en el contexto de ese derecho que tienen todas las personas a elegir correr riesgos en el devenir de su vida.

Las personas con discapacidad son acreedoras de este derecho, como las demás. Es respetar el ejercicio de su autonomía, que queda plasmado en la "dignidad del riesgo" y *el derecho a equivocarse*, en el proceso de toma de decisiones.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante CCyC) no se refiere al tema de las salvaguardias, ni las nombra con tal denominación convencional, solamente podemos considerarlas incorporadas en el último párrafo del art. 43 referido a apoyos judiciales o extrajudicial... cuando dice: "El juez debe evaluar los alcances de la designación

y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas".

Coincidimos con la guía del CEDDIS en que esas medidas y mecanismos de protección contra el abuso –salvaguardias– deben ser requeridas por la persona titular de derechos y pueden ser aceptadas o rechazadas por ella.

Las salvaguardias se diseñan en conjunto con la persona con discapacidad en igual forma que se hace con los acuerdos de apoyos o con la planificación preventiva de apoyo, ya que significan el debido contralor del sistema de apoyos.

"Estas medidas pueden ser las siguientes: a) rendición de cuentas del sistema de apoyos, a través de procesos dinámicos y operativos que no impliquen control indebido, y que incluyan ajustes procesales para hacerlos accesibles a las personas con discapacidad; b) realización de auditorías; c) supervisión periódica; d) realización de visitas domiciliarias inopinadas; e) realización de entrevistas con la persona designada como apoyo, con la propia persona con discapacidad y personas cercanas a la persona con discapacidad; f) requerir información a las instituciones públicas o privadas, cuando el caso lo amerite o cualquier otra diligencia"²⁷.

6. El rol del Notario en la construcción de apoyos por vía notarial

El Sistema de Apoyo para la Toma de Decisiones (SATD) debe estar adecuado a las necesidades personales y sociales de cada persona, debe ser efectivo y cumplir su cometido. Su función es acompañar a la persona asistida en el proceso de toma de decisiones, no reemplazarla.

El notariado, que está en permanente contacto con la realidad, como asesor personal y familiar, se perfila frente a requirentes en situación de vulnerabilidad –por edad, discapacidad, nivel cultural, enfermedad,

²⁷ Guía práctica para el establecimiento de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, elaborada por el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CEDDIS) OEA, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos 2021. ISBN 978-0-8270-7422-4.

situación personal, u otras circunstancias- como un apoyo eficiente para brindar una protección jurídica especial, para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos.

Expresa Almudena Castro Girona: "Como autoridad, el notario es un instrumento *de seguridad en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos o, si se prefiere utilizar la terminología hoy predominante, entre los consumidores. Ejerce esa doble función de autoridad y apoyo, y ello con independencia de la condición social, cultura, sexual, de edad, étnica y demás circunstancias personales o sociales que tenga la persona que requiere sus servicios.* Esa doble función del notario, como autoridad y apoyo, fue reconocida por la relatora de Naciones Unidas en su Informe presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2017"²⁸.

El "*iter notarial*", en breve síntesis, se inicia con el conocimiento personal del requirente y de su voluntad personal, resultado del diálogo, la dedicación y atención personalizada, que es fundamental, en especial en situaciones de vulnerabilidad. En este proceso, y más allá del otorgamiento del acto, el notario debe efectuar los ajustes razonables, y velar por la implementación de salvaguardias que impidan abuso, el conflicto de intereses o influencia indebida y se respete la voluntad, los derechos y las preferencias de las personas.

La labor de asesoramiento e información acerca de los derechos y obligaciones relacionados con el acto jurídico que la persona titular de derechos pretende otorgar, los requisitos de validez de este y la finalidad perseguida, son esenciales en la función notarial. Ese es el rol que debe cumplir el notario, como profesional de derecho a cargo de una función pública, que se perfila por las características de su función, como *apoyo institucional* de las personas en situación de vulnerabilidad.

6. 1. Designación voluntaria de apoyo

El derecho a la elección voluntaria de apoyo, como el diseño de un sistema de apoyo para la toma de decisiones, constituye un derecho humano reconocido por la CDPD.

28 Castro Girona, Almudena. "Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica" en Revista El Notario del Siglo XXI del Colegio de Notarios de Madrid. Número ENSXXI N° 98, julio-agosto 2021. <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10763-proyecto-de-ley-por-el-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>

Las legislaciones de las repúblicas de Perú, Colombia y el Reino de España, han modificado su legislación interna a efectos de adecuarla a los principios establecidos por la CDPD. En breve síntesis, eliminan la incapacitación, sustituyen este instituto por la provisión de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, y en reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad y autodeterminación, otorgan el derecho a su libre elección por vía notarial o jurisdiccional para casos específicos o como alternativa voluntaria.

En la *República de Perú*, el Código Civil, con las reformas introducidas por el decreto legislativo 1384 del 3 de setiembre de 2018, se establece que la capacidad jurídica solo puede ser restringida por ley. La designación de apoyos y salvaguardias se implementa a requerimiento de la persona mayor de edad, que puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio. La designación es competencia del notario o del juez competente, a elección del otorgante, cuando pueda manifestar su voluntad.

Asimismo, toda persona mayor de 18 años de edad puede designar ante notario el o los apoyos necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica, como también disponer en qué personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir; y constar en el documento, el momento o las circunstancias en que su designación de apoyos a futuro tendrá eficacia.

En la *República de Colombia*, la ley 1996 del 29 de agosto de 2019, establece el "Régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad". La ley tiene por objeto establecer medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad, y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma. La normativa parte de la presunción de capacidad legal de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, sin distinción alguna, e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos.

Se establecen dos mecanismos para la implementación de *apoyos* para la realización de actos jurídicos: *mediante la celebración de un acuerdo de apoyos entre la persona titular del acto jurídico y la/s personas naturales mayores de edad o personas jurídicas que prestarán apoyo en la celebración del acto jurídico, que puede formalizarse ante notario, mediante escritura pública, o*

ante conciliadores extrajudiciales en derecho, y b) mediante *un proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario*, según sea el caso, para la designación de apoyos, denominado proceso de *adjudicación judicial de apoyos para la celebración de actos jurídicos*.

Puntualiza la ley que los apoyos "formales" son los reconocidos por la presente ley, que han sido formalizados por alguno de los procedimientos contemplados en la legislación nacional, por medio de los cuales se facilita y garantiza el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de una *voluntad expresada de manera anticipada*, por parte del titular del acto jurídico determinado.

En el *Reino de España*, la ley 8/2021 publicada en el BO del Estado el 20 de mayo de 2021, con vigencia a partir del 3 de setiembre del mismo año, en su artículo segundo, introdujo profundas reformas en la legislación civil y procesal, estableciendo nuevas bases para el ejercicio de la capacidad jurídica de las PCD, mediante un sistema de apoyo que asista a quienes lo necesiten para la toma de decisiones.

Las medidas de *naturaleza voluntaria* son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia en la nueva ley, los poderes y mandatos preventivos, y la autocuratela.

6.2. Directivas anticipadas

En la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, el 13 de enero de 2000, se suscribió el Convenio sobre Protección Internacional del Adulto (Convenio HCCH) que califica en esta categoría a toda persona mayor de 18 años, cuyo objetivo es la protección en situaciones internacionales de los adultos que, debido a una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses. En sus disposiciones prevé la posibilidad que el individuo, cuando aún está en pleno uso de sus atribuciones mentales, organice su propia protección para una futura y eventual incapacidad a través de los poderes de representación (poderes preventivos) reconocidos en la legislación de cada Estado y que deben ser respetados en los demás.

La planificación anticipada de las medidas de apoyo también surge de la CDPD, y lo menciona la Observación 1 del Comité en su párrafo 17: "(...) Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden ex-

presar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. Todas las personas con discapacidad tienen el derecho de planificar anticipadamente, y se les debe dar la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad con las demás. Los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada para tener en cuenta las distintas preferencias, pero todas las opciones deben estar exentas de discriminación. Debe prestarse apoyo a la persona que así lo desee para llevar a cabo un proceso de planificación anticipada. El momento en que una directiva dada por anticipado entra en vigor (y deja de tener efecto) debe ser decidido por la persona e indicado en el texto de la directiva; ***no debe basarse en una evaluación de que la persona carece de capacidad mental***".

Lo señala también la guía del CEDDIS²⁹: "(...) Considerar la decisión anticipada, o facultad de definir, por instrumento público o privado según las previsiones normativas existentes en las legislaciones nacionales, como las manifestaciones de voluntad, respecto del o los apoyos que la persona quiera recibir, determinar si requiere salvaguardias a futuro y de qué tipo, en previsión de una situación de crisis, o estar en algún momento absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad o preferencia por cualquier modo, medio o formato adecuado, a efectos de facilitar la realización de actos que produzcan efectos jurídicos. Señala el Comité de la OEA que esta manifestación de voluntad anticipada debe ser prioritaria en caso de que la persona no pueda expresarse; si puede hacerlo tendrá el derecho de modificarla las veces que sea necesario. Esto lo reafirma esta guía, como corolario de *la obligación de respetar la decisión y la autonomía en todo tiempo*.

Hay tres tipos de situaciones en las que los instrumentos a futuro son pertinentes:

- 1) la anticipación a una situación en que la persona podría estar imposibilitada de manifestar su voluntad, por encontrarse en estado de coma o similar;

29 Guía práctica para el establecimiento de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, elaborado por Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CEDDIS) OEA, Secretaria General de la Organización de Estados Americanos 2021. ISBN 978-0-8270-7422-4.

- 2) la anticipación de una crisis psicosocial; y
- 3) cualquier otra situación en que resulte importante planificar de antemano para guiar las propias acciones y las acciones de personas de apoyo.

Solamente en la primera situación enumerada es necesario actuar en base a lo expresado en el instrumento directamente, aplicando el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, de la que dicho instrumento constituye la evidencia probatoria. En una situación de crisis, o cualquier otra situación que no implica la imposibilidad absoluta de manifestar la voluntad actual de una persona, se debe utilizar el instrumento como una referencia, un punto de partida, para aceptación o rechazo por parte de la propia persona en el momento actual"³⁰.

"Si en algún momento o situación concreta no se puede determinar la voluntad de la persona, después de haber realizado un esfuerzo significativo, incluyendo apoyos y ajustes razonables, se debe considerar el estándar de 'mejor interpretación de la voluntad', en los términos planteados por la Observación General 1 del Comité. Si no es posible obtener una expresión de voluntad, es un recurso útil, entre otros, la decisión anticipada, que también puede plantearse en asuntos patrimoniales y administrativos. Implementar legal y normativamente la figura de la disposición anticipada con respecto a los derechos patrimoniales, siempre supeditada a la voluntad actual de la persona al momento del acto jurídico, y garantizar un sistema de ajustes razonables y apoyos en la toma de decisiones que no impliquen restricción a la autonomía de las personas con discapacidad ni control ni escrutinio adicional en las prácticas financieras (administración de cuentas y depósitos, etc.)"³¹.

En la *República Argentina* existen avances doctrinarios para el reconocimiento de dichas directivas en especial en el ámbito notarial desde hace treinta años³². Aun cuando no exista una ley específica e integral que los regule, el juego armónico de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y los principios generales del derecho permitió jurídicamente la

30 Guía práctica, ob. cit.

31 Guía práctica, ob. cit.

32 Llorens, Luis Rogelio y Taiana de Brandi, Alicia. *Estipulaciones y disposiciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

posibilidad de otorgar los llamados "actos de autoprotección", nombre con el que se los conoce dentro del ámbito notarial reconociendo un amplio contenido de materias autorreferentes³³.

A esta figura también se la llama "directivas anticipadas" "testamento para la vida", "testamento vital", "living will" en inglés, "disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", "mandatos para la propia incapacidad", "directivas anticipadas en materia de salud", "voluntades anticipadas" y también podría llamarse "autocuratela". Más allá de la discusión terminológica, en el ámbito notarial argentino el término más difundido es "acto de autoprotección".

Si bien el CCyC no establece expresamente los actos de autoprotección³⁴, ni con dicho nombre, ni con el amplio contenido que venía consagrando la doctrina notarial, lo cierto es que el nuevo ordenamiento recepta especialmente los derechos personalísimos del ser humano por primera vez con una amplia regulación en la legislación civil. La expresión de la voluntad cobra un valor fundamental, ya que recién en su defecto, en forma supletoria, corresponderá la decisión por otros familiares, las directivas anticipadas son una ultraactividad del ejercicio de la autonomía y del poder tomar sus propias decisiones.

Se consagran en el texto legal: los derechos del paciente, el consentimiento informado, las directivas anticipadas de salud, los poderes preventivos arts. 59 y 60, las exequias art. 61, y el nombramiento de curador (arts. 60 y 139 del CCyC).

Dentro de los amplios contenidos que puede tener un acto de autoprotección, el que más desarrollo doctrinal, legal y jurisprudencial tiene son las directivas relacionadas con el derecho a la salud.

"El acto de autoprotección, es el acto en que una persona con discernimiento dispone, válida y eficazmente, en cuestiones personales y/o patrimoniales, para el supuesto futuro y eventual que, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioético) que lo prive total o parcialmente del discernimiento o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o tempora-

33 Llorens, Luis Rogelio, Rajmil, Alicia. *Derecho de Autoprotección...* ob. cit.

34 Existen proyectos legislativos de reforma del CCyC en tal sentido o específicos de reconocimiento de tales actos con amplio contenido.

ria. Estas manifestaciones de voluntad pueden alcanzar a todas las cuestiones que resulten de interés para el disponente, de carácter personal y/o patrimonial, tendientes a permitir el desarrollo y consecución de su proyecto de vida y a asegurar su discurrir con calidad mientras subsista su calidad de persona, o sea, hasta su muerte (art. 93 del CCyC)³⁵. Entre los intereses resultan primordiales, pero no excluyentes las disposiciones referidas a la salud.

Los actos de autoprotección podrán versar sobre uno o todos estos aspectos, según las necesidades de cada caso, de cada persona y sus circunstancias, el tantas veces enunciado como “un traje a medida de la persona”.

Y pueden ser otorgados por personas jóvenes o ancianas, sanas o enfermas, en tanto se comprenda que la vulnerabilidad y la discapacidad, es una posibilidad latente en la vida de todo ser humano.

Todo ello en el marco del respeto de su identidad dinámica, que va a incluir sus ideas, sus creencias, sus sentimientos (que llevan a respetar desde las elecciones alimentarias, sexuales, opciones de familia) su religión, su bagaje cultural y su proyecto de vida hasta el destino del cadáver.

A su vez la misión del notario es invitar, y aun incentivar, al disponente para que exprese las motivaciones del otorgamiento, sus vivencias, los valores y directrices que han guiado su historia de vida y sus convicciones, bagaje que, en su momento, servirán de orientación al juez, médicos, familiares o apoyos que deban intervenir, para alumbrar un acto único, a la medida de la persona y sus circunstancias (situación de vulnerabilidad), como única es la persona que lo requiere.

La intervención notarial es una salvaguardia contra influencias indebidas, temor reverencial, influencia psicológica o discurso captado. También la registración es una salvaguarda para poder obtener el conocimiento efectivo de los deseos de la persona y la vigencia de los mismos.

Tengamos en cuenta que toda esta suma de información, que suele llamarse en derecho comparado: hoja de ruta o plan o proyecto de vida, será fundamental para recrear e interpretar la voluntad de la persona,

35 Taiana de Brandi, Nelly Alicia. “El derecho de Autoprotección y la eutanasia”. El mensaje del Papa Francisco del 17 de noviembre de 2017. Doctrina 25/1/2018.

que ya no puede expresarla para respetar la voluntad, los deseos y preferencia, erradicando los principios de "interés superior" decidido paternalmente por otros.

Como ya dijéramos, uno de los contenidos de un acto de autoprotección, pueden ser directivas relacionadas con la salud. Son las más reconocidas en nuestro país por la doctrina, legislación y jurisprudencia. Aunque no son todavía masivamente otorgadas, son bien conocidas por los operadores jurídicos y están a disposición de los otorgantes en gran parte merced a la labor doctrinaria del notariado. El consentimiento informado y las directivas de salud son como derechos personalísimos esencialmente revocables en todo momento y en cualquier forma, incluso verbalmente.

6.3. Directivas relacionadas con la propia discapacidad

Otro de los contenidos posibles de un acto de autoprotección puede ser el nombramiento de apoyo o curador.

El informe de la Relatora de CDPD³⁶, expresa, que los estados deben diseñar arreglos y servicios de apoyo que den a las personas con discapacidad la posibilidad de elegir y ejercer el control de forma directa. A menudo, los servicios existentes incumplen esta norma. En muchos casos, las decisiones de los interesados pueden ser ignoradas por los profesionales y los familiares. Los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad tengan la posibilidad de planificar y dirigir su propio apoyo: quién lo presta y cómo lo hace, y si el apoyo se proporciona a través de servicios específicos para personas con discapacidad o de los servicios dirigidos al público en general. La denegación o la restricción de la capacidad jurídica, violación generalizada de los derechos humanos en el mundo, afecta directamente a la posibilidad de que las personas con discapacidad elijan y controlen el apoyo que reciben y contribuye a imponer servicios que atentan contra su dignidad y sus derechos.

La relatora concluye que las personas deben tener "elección" y "control directo" de cómo y quiénes serán sus "apoyos" y cómo controlar los "apoyos" y también poder cambiarlos. Los Estados deben garantizar esta posibilidad de elección.

36 Informe de la Relatora Especial de los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas Aguilar a la Asamblea de la ONU, 2017.

Uno de los contenidos posibles de un acto de autoprotección es la elección de una o más personas de "su confianza" y de su "preferencia", para ejercer en caso de ser necesarias tales tareas de apoyo. O la exclusión de determinada persona para ejercer ese cargo y la expresión de sus motivos. Ya sea que este apoyo sea de una persona física de su confianza, de asistencia domiciliaria, de alguna institución pública o de servicios que preste el estado, de una persona jurídica asociación civil, o también redes de apoyos o de pares.

Cabe mencionar un nuevo concepto que está revolucionando desde hace un tiempo, las relaciones de familia: la "socioafectividad", que es un componente afectivo con fuerte impacto en la realidad. Son vínculos significativos que no siempre se relacionan con el parentesco, y que el derecho debe darles relevancia.

La guía práctica elaborada por el CEDDIS, al referirse a la provisión de apoyo, menciona que debería independizarse del concepto de familia, ya que muchas veces no puede encontrarse la persona adecuada dentro del entorno familiar, y si dentro de las redes sociales y comunitarias de la persona. Así es importante el reconocimiento de la persona más allegada, la de más confianza, la que la conoce, la entiende, pero también cercana a sus deseos y preferencias con la que se lleva bien, puede ser de su familia, pero puede ser que en su marco o entorno familiar no encuentre la persona indicada, porque no se lleva bien, porque no tiene relación frecuente, o ha tenido que emigrar, porque ha hecho un virtual abandono.

También, debe considerarse a los efectos de la elección de la persona indicada, el posible maltrato hacia el otorgante de la directiva, que suele ocurrir, y que caracteriza el art. 2º de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: acción u omisión, única o repetida que produce un daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente que ocurra en una relación de confianza u otro tipo violencia o abuso financiero o todo tipo de abandono. También para establecer dichas circunstancias y preconstituir la prueba pueda ser útil una directiva anticipada.

Esta *socioafectividad* puede tener lugar con un ahijado, con un sobrino, con un vecino, por un familiar afín o de familias ensambladas, o simple-

mente un allegado de su red comunitaria o de pares. Estas relaciones tienen importancia cuando la persona le da la relevancia estableciendo una directiva anticipada.

Estas personas son reconocidas especialmente en el art. 59 del CCyC al referirse a los allegados y en el art. 7º de la Ley de Salud Mental, cuando menciona a un familiar, a sus afectos o la persona que designe.

El CCyC en su art. 60 define la **directiva anticipada**: "La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento".

La ley de derechos de los pacientes³⁷, ley especial que se encuentra vigente, también se refiere a ellas en su art. 11.

Del texto del art. 60 del CCyC sobre las directivas anticipadas parecerían surgir en forma incipiente los poderes preventivos, los mismos no han sido reglamentados en forma precisa, ya que por los arts. 380 y 1329 del CCyC los poderes y mandatos cesan por la incapacidad sobreviniente del mandante o mandatario.

Estos mandatos específicos en previsión de la futura incapacidad deberían ser una excepción a la extinción por causa de incapacidad sobreviniente, tal como se encuentran regulados en derecho comparado; así lo considera la mayor parte de la doctrina, y surge de conclusiones de jornadas y congresos nacionales.

Lo cierto es que no están muy desarrollados en nuestro medio porque no están claramente regulados. Existen proyectos de ley y un anteproyecto

37 Ley 26.529 de 2010 reformada por la ley 26.742 conocida como ley de muerte digna de 2012. Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

de reformas del CCyC elaborado en 2018, que recogen expresamente estas circunstancias.

Del juego de los arts. 60 y 139 del CCyC –directivas anticipadas para la propia discapacidad y el nombramiento de propio apoyo o curador– surge indubitable esta posibilidad como contenido de una directiva anticipada, en la que la persona decida el nombramiento de apoyo y/o posibles curadores, con instrucciones concretas sobre cómo transitar períodos de capacidad restringida o incapacidad o falta de discernimiento transitorio o permanente y los procedimientos de control o salvaguardias, en su caso, conforme lo establece el art. 12 de la CDPD.

Estas escrituras públicas que establecen directivas anticipadas y nombramientos preventivos de apoyos, deberán contener una breve referencia a su situación personal y de familia, la designación de una persona física o jurídica, o la exclusión de determinada persona, la aceptación de la misma, la salvaguardia que crea conveniente, la autorización de personas que puedan recibir copias o pedir informes de las mismas. Tales escrituras se inscriben en los registros de actos de autoprotección³⁸ que llevan los colegios notariales del país.

En la provincia de Buenos Aires, la ley 14.154/2010, otorga reconocimiento legal al Registro de Actos de Autoprotección, y la ley 14.334/2011 modifica el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia que incorpora el art. 619 *bis*, y modifica el art. 814³⁹. Se establece que en caso de inicio de un proceso de determinación de la capacidad el Juez oficiará al Registro de Actos de Autoprotección establecido en los arts. 184 *bis* y subsiguientes del decreto/ley 9020/78 y sus modificatorias, el que deberá informar acerca de las disposiciones efectuadas por la persona sujeta a curatela, en relación a la designación de su propio curador. De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas por el Registro al Juzgado actuante, y serán consideradas especialmente al momento de dictar resolución. Por ley 14.464/2013,

38 La provincia de Buenos Aires fue la pionera en la creación del Registro de Actos de Autoprotección vigente desde 2005, luego seguido por otras jurisdicciones del país.

39 El Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, art. 814: el nombramiento de tutor o curador y la confirmación del que hubieren efectuado los padres se hará a solicitud del interesado o del Ministerio Público, sin forma de juicio, a menos que alguien pretendiere tener derecho a ser nombrado. Si se promoviere cuestión, se sustanciará en juicio sumarísimo. La resolución será apelable en los términos del art. 813.

la provincia adhiere a la Ley Nacional 26.529, que regula los derechos de los pacientes en su relación con los profesionales de la salud y establece la gratuidad del procedimiento judicial en las actuaciones derivadas de la mencionada ley; la ley provincial reconoce la competencia de los jueces de paz letrados para el otorgamiento de directivas anticipadas de salud, que en aquellas localidades donde no existan juzgados de primera instancia, y establece un procedimiento judicial gratuito ante el Juzgado de Paz para otorgar directivas anticipadas de salud. En caso de inicio de un proceso de determinación de la capacidad el Juez oficiará al Registro de Actos de Autoprotección establecido en los arts. 184 *bis* y subsiguientes del decreto/ley 9020/78 y sus modificatorias, el que deberá informar acerca de disposiciones efectuadas por la persona sujeta a curaduría, en relación con la designación de su propio curador. De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas por el Registro al Juzgado actuante, y serán consideradas especialmente al momento de dictar resolución.

En definitiva, los actos de autoprotección son la forma de anticipar los deseos, la voluntad y las preferencias, es la forma de plasmar el proyecto de vida⁴⁰ y darle ultraactividad del derecho de ser oídos cuando ya no pueda expresarse **es la posibilidad de que la opinión** pueda ser tenida en cuenta.

6.4. Derecho comparado

En los países que han receptado los principios y valores establecidos en la CDPD, y han eliminado el instituto de la incapacitación incorporando un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, han establecido la designación de apoyos voluntarios por vía notarial a través de una escritura pública⁴¹. Se reconocen específicamente las directivas anticipadas y poderes preventivos para prevenir situaciones eventuales de pérdida de discernimiento o de conciencia por cualquier circunstancia ocasional o permanente, las que conviven con los acuerdos de apoyo que reconocen otra

40 Proyecto de vida como "el instrumento que refleja todas las circunstancias y hechos trascendentes de la vida de una persona". Dicho instrumento debe reflejar la identidad, sus relaciones sociales y afectivas, sus creencias, sus ideas, sus deseos y preferencias que tienen que servir de guía, cuando haya que reproducirlos para tomar decisiones por otro. Proyecto legislativo de Italia, 2017 elaborado por el Dr. Paolo Cendón para complementar con el *administratore di sostegno*.

41 España ley 8/2021, Colombia ley 1996 de 2019 o Perú decreto 1384 del 2018.

situación de la persona, un reconocimiento de una necesidad real y actual de un apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

España⁴², por ejemplo con una clara y pormenorizada regulación, reconoce el derecho al nombramiento del propio apoyo o curador art. 253, los poderes y mandatos preventivos, arts. 256, 257 y 258 y siguientes y la autocuratela, art. 271 del Código Civil español⁴³.

En Colombia, el art. 21 de la ley 1996 de 2019 indica que las directivas an-

42 En cuanto al método de recepción legislativa de la Convención, en España la ley 8/2021 modifica principalmente el Código Civil y la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, además del Código Penal, el Código de Comercio (arts. 4º, 5º y 234), la ley Hipotecaria, la de Jurisdicción voluntaria, la de Notariado, la del Registro Civil y la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

43 Artículo 253 Código civil. Nombramiento de apoyos. "Cualquier persona mayor de dieciséis años, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador. Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. Los documentos públicos referidos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil por el Notario autorizante, para su constancia en el registro individual del otorgante". De los poderes y mandatos preventivos. Artículo 256. El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad. Artículo 258. Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado. El poderdante podrá establecer las medidas de control que considere oportunas, así como determinar formas específicas de extinción del poder. Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador. Artículo 259. Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa. *Subsección 1.ª De la autocuratela.* Artículo 271. Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo. Una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador realizada con posterioridad, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona que precise apoyo.

ticipadas son una herramienta por medio de la cual una persona mayor de edad puede establecer la expresión fidedigna de su voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos con antelación a los mismos, puntualizando que estas decisiones pueden versar sobre asuntos de salud, financieros o personales, entre otros actos encaminados a tener efectos jurídicos la figura de las directivas anticipadas, como herramienta para planificación del plan de vida y como expresión de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos. Cabe destacar que la figura no se circunscribe a las directivas médicas anticipadas, sino que se enmarca en el criterio amplio de autorregulación del proyecto de vida, donde estas decisiones pueden versar sobre una amplia variedad de asuntos patrimoniales o extrapatrimoniales. Igualmente, el art. 22 indica que las directivas anticipadas podrán formalizarse ante notarios o conciliadores extrajudiciales en derecho inscritos en los centros de conciliación.

En Perú, el decreto legislativo 1384/2018 modificó el CC, el Procesal, y la Ley del Notariado. Es la primera modificación que otorga competencia a los notarios para la designación voluntaria de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. En la normativa se establece la presunción de capacidad de ejercicio de todas las personas, y se incluye expresamente a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida en los casos que establezca la ley. Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección, reconociendo también la posibilidad de nombramientos anticipados de apoyos y poderes de carácter preventivo.

Las tres legislaciones reseñadas establecen preferentemente, la designación voluntaria de apoyo en el ámbito notarial, dejando la vía judicial para los casos más extremos o en los que no hubo designación voluntaria.

Según Laferriere⁴⁴ en Argentina también se contempla la posibilidad de apoyos extrajudiciales (art. 43 del CCyC), aunque sin una adecuada y detallada reglamentación. Comparando las figuras, las medidas voluntarias en el

44 Laferriere, Nicolás Jorge. "La reforma de la ley española en materia de capacidad jurídica: una comparación con Argentina", en Revista Jurisprudencia Argentina, 2021, III, fasc. 11, director Luis Crovi, Buenos Aires, 8/9/2021, p. 3.

Código Civil español aparecen reguladas en detalle entre los arts. 254 y el 262. En Argentina, no hay tal regulación exhaustiva de las medidas voluntarias de apoyo. En cuanto a los principios, ambos ordenamientos confieren centralidad a la autonomía, tanto en lo que concierne a la propuesta de medidas de apoyo como al criterio de actuación de las personas que las llevan adelante⁴⁵.

La legislación argentina reconoce especialmente el derecho a la elección de un sistema de apoyo en forma preventiva, mediante el otorgamiento de directivas anticipadas, en cambio, la necesidad actual de provisión de apoyos extrajudiciales (art. 43 del CCyC) no ha sido desarrollada.

El Estado argentino incumple las pautas internacionales que emanan de la CDPD ya que no da una alternativa a todas aquellas personas en situación de vulnerabilidad, que necesiten de un apoyo, a su elección y planificación sin necesidad de un proceso judicial de restricción de la capacidad. Ello se encuentra en franca violación de los derechos reconocidos por los tratados de derechos humanos, la Observación General 1 del Comité, de la opinión de la relatora especial, de la guía práctica para la determinación de los apoyos para la capacidad jurídica del CEDDIS y reconocido también por la jurisprudencia en Argentina.

Demostración de ello es el fallo del 6/7/2021 en la ciudad de Viedma, provincia de Río Negro, que decidió que los apoyos extrajudiciales según lo dispuesto en el art. 43 del CCyC pueden ser implementados sin necesidad de un proceso judicial de determinación de la capacidad, entendiendo que corresponde otro procedimiento⁴⁶.

La designación, implementación y formalización de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, de manera voluntaria e independiente del proceso judicial, es un tema pendiente de solución legal, que los operadores del derecho debemos encarar, proponiendo herramientas para las personas que lo necesiten en el plano jurídico, y facilitar así el ejercicio de su capacidad jurídica, en igualdad de oportunidades que las demás personas, que constituye el pilar básico de la CDPD.

45 Laferriere, Nicolás Jorge, ob. cit.

46 Tribunal: Unidad Procesal N° 5 de Viedma (Unidad Procesal Viedma) (N5), fecha: 06/07/2021, partes: H. A. S. s/ Proceso sobre capacidad. Cita: TR LALEY AR/JUR/210101/2021.

7. Apoyos judiciales y extrajudiciales en la legislación argentina

En el régimen de capacidad jurídica establecido en el CCyC, la capacidad de la persona humana se presume, con las limitaciones establecidas expresamente en este código y en una sentencia judicial.

El ejercicio de la capacidad jurídica puede ser restringido por decisión judicial para determinados actos. Con relación a los actos restringidos, el juez *debe designar* el o los apoyos necesarios, especificar sus funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. Asimismo, la persona interesada puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. En estos casos, el juez debe evaluar los alcances que puede tener esta designación y procurar la protección de la persona estableciendo salvaguardias o medidas de control frente a posibles conflictos de intereses o influencia indebida o abuso en la dinámica de la función del apoyo, que no respete sus derechos, su voluntad y sus preferencias (conf. arts. 32.1.2.3)⁴⁷. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador⁴⁸. La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. En el ejercicio de su función el curador deberá respetar la autonomía personal y cuando no sea posible determinar su voluntad, y preferencias, no deberá considerarse su “interés superior”, sino la mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias⁴⁹.

Por otra parte, el sistema de apoyo es definido como “cualquier medida de *carácter judicial o extrajudicial*” que facilite a la persona que lo necesite la

47 Art. 32. Persona con capacidad restringida y con discapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el art. 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

48 Art. 32.4.

49 Observación General 1, párrafo 18.

toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. En la norma –art. 43– se incluyen los apoyos para una amplia gama de actuaciones, tal cual lo caracteriza el modelo convencional y se establecen las funciones que deben cumplir quienes prestan apoyo. Estos sistemas de apoyo son regulados como una institución autónoma que debe estar disponible para todas las personas que por su situación de vulnerabilidad puedan estar comprometidas en el ejercicio pleno de su capacidad jurídica.

Los *apoyos extrajudiciales*, mencionados en el art. 43, no han sido incorporados ni reglamentados en el ordenamiento jurídico argentino, dejando desamparadas a todas las personas que, por su situación de discapacidad, o de vulnerabilidad permanente o transitoria, que no tienen restringida judicialmente su capacidad, necesitan de una medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Solo se hace referencia a los apoyos designados en el ámbito del proceso judicial de restricción de la capacidad jurídica.

En esta situación están, entre otras, personas con discapacidad intelectual o psicosocial que consideran que necesitan apoyo para tomar ciertas decisiones en su vida para dirigir su persona, administrar sus bienes, cobrar una pensión, o para otorgar actos jurídicos determinados, y gozar de una vida digna e independiente. No debe perderse de vista, que la igualdad y no discriminación son principios centrales y derechos reconocidos en la CDPD –arts. 3º y 5º– que se expresan en forma reiterada en su texto, con la expresión “en igualdad de condiciones con las demás,” que vincula todos los derechos sustantivos reconocidos en la misma con el principio de no discriminación. (Observación Gral. 6/2018, párr. 7º y 12)⁵⁰.

La CDPD sienta el principio de capacidad jurídica y refiere a los apoyos como una herramienta adecuada y eficaz, para quien lo necesite, para posibilitar dicho ejercicio. En consecuencia, los apoyos *deben independizarse*

50 La Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de estados democráticos” definió que solo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable” [Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), judgment of 23rd July 1968, p. 34]. Citada en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la CIDH N° 14, sobre Igualdad y no Discriminación, p. 19.

de la designación que se efectúe en el marco de un proceso judicial⁵¹. Esto implica que las medidas de apoyo deben proporcionarse a todas las personas que las necesiten para el ejercicio efectivo de sus derechos, tengan o no restringida su capacidad. Este es el mandato convencional.

La Observación General 1 del Comité pone de relieve que el apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos, *cualquiera sea la limitación en la aptitud para tomar decisiones*. Los estados parte de la CDPD tienen la obligación de adoptar medidas para proporcionar el acceso y la creación del apoyo que puedan necesitar las personas que lo necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica (conf. párr. 22).

7.1. Acuerdo de apoyo en sede notarial

Asumiendo el compromiso que nuestra función social requiere, proponemos una herramienta jurídica que supere la omisión del ordenamiento jurídico argentino, para las personas que necesiten apoyo en el plano jurídico y facilitar así el ejercicio pleno de sus derechos, sin discriminación.

En esta línea de acción, proponemos que las *medidas voluntarias de apoyo*, se implementen en el marco de los *sistemas de apoyos extrajudiciales* previstos en el art. 43 del CCyC, mediante *acuerdos de apoyo*, celebrados entre la persona asistida y quien o quienes ejercerán esa función –persona física o jurídica– conforme las directivas y los alcances de la actuación que el asistido establezca, para facilitar el ejercicio de su capacidad jurídica.

Esta herramienta ha sido mencionada expresamente por la Relatora Especial en el informe al que hemos hecho referencia de 2017, elevado al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al referirse a la necesidad de eliminar los regímenes de sustitución de la voluntad, por regímenes de apoyo en la toma de decisiones, menciona entre distintos tipos de *apoyo*, que necesitan algunas personas para el ejercicio de su capacidad jurídica, *para celebrar determinados actos jurídicos*, menciona los *convenios de apoyo*, los *grupos de apoyo entre iguales*, el *apoyo para la autogestión*, y las *instrucciones previas*, entre otros. (Ap. 55 y 76 del Informe).

51 Otilia del C. Zito Fontán y Marcela V. Spina, coautoras, en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y derecho Civil en América Latina. Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú*, Joyceana Bezerra de Menezes, Renato Antonio Constantino Cayo y Francisco José Bariffi, coordinadores, Editora Foco, Brasil, 2021.

Todas las personas mayores de edad o con la edad y madurez suficiente, cuyo ejercicio de la capacidad jurídica requiera un sistema de apoyo para la toma de decisiones, pueden formalizar la designación de apoyo mediante un acuerdo con la o las personas que crea conveniente.

Con relación al contenido del Acuerdo de Apoyo, cabe reiterar que el sistema de apoyos debe estar diseñado a partir de las reales necesidades de la persona y las circunstancias personales, debe contener una **exposición o relato del otorgante sobre su forma de vida**, sus costumbres, entorno familiar y social, sus relaciones laborales, que deberán ser tenidas en cuenta por los apoyos designados en el ejercicio de sus funciones para interpretar su voluntad, sus preferencias, sus intereses personales, económicos, familiares, sus expectativas de vida, y que prevalezcan en los procesos de toma de decisiones. Manifestar sus dificultades en la toma de decisiones respecto de determinados actos, en especial aquellos que tengan efectos jurídicos y sobre los que necesita mayor asistencia.

La manifestación del otorgante, además de ser relevante para quien o quienes asumirán la calidad de apoyo, es importante para el notario o el juez en su caso, para interpretar la situación personal, las razones por la que realiza esta designación, y aconsejarlo adecuadamente.

Con este asesoramiento, decidirá qué tipo de apoyo necesita, cuáles serán los actos para los que requerirá ser asistido en la toma de decisiones, que podrán estar relacionados con su salud, con la prestación de consentimiento informado; con la administración de sus bienes, con el cobro de servicios sociales, entre otros, suscribir contratos determinados.

El plazo del acuerdo, que deberá ser determinado de acuerdo a las funciones que tenga la persona o personas designadas, y el tipo de actos en los que asistirá en el proceso de toma de decisiones, debe ser limitado en resguardo de la seguridad y protección de la persona asistida. Ello sin perjuicio de preverse una renovación. Asimismo, y con el mismo objeto, es importante establecer *plazos para la revisión* de la actividad que desarrolla la persona designada. Todas estas son salvaguardias mínimas que deben establecerse en el acuerdo.

Es trascendente determinar concretamente *la forma y alcance de la actuación* de quien o quienes ejercerán esa función, y especificar claramente si en algunos casos para actos determinados, se otorgan facultades de representación; establecer las salvaguardias adecuadas, más allá

de las mencionadas, que garanticen el efectivo ejercicio del interesado de su capacidad jurídica conforme los actos para los cuales necesitará asistencia. Todas estas pautas de actuación, como la historia vital del interesado, contribuirán para el actuar adecuado de la persona que ejerza el apoyo, y serán la base de los fundamentos para el consejo del notario o funcionario judicial que intervenga en el proceso de designación de apoyo.

Podrán ser designadas como apoyo, las personas mayores de 18 años con capacidad de ejercicio plena, un familiar, un allegado, un profesional o asesor habitual, un trabajador social, una red de apoyos, o una persona jurídica sin fines de lucro que entre sus fines tenga la promoción de la autonomía de personas con discapacidad y fomentar el ejercicio de sus derechos y la inclusión social; o una ONG que agrupe a personas con discapacidad, que a través de la confianza y comprensión, colabore en el proceso de toma de decisiones en el marco establecido por la persona que necesita el apoyo. Es fundamental la relación de confianza entre la persona asistida y quien ejerza la función de apoyo. Las personas físicas o personas jurídicas que ejercerán la función, deben aceptar y prestar conformidad con los deberes asumidos en el acuerdo. Conforme las circunstancias y características del acuerdo, pueden nombrarse personas sustitutas que ejercerán esta función.

Otra cláusula que debería contener el acuerdo es la *facultad de rescisión unilateral* en beneficio de ambas partes, ya que la persona asistida tiene derecho a poner fin al acuerdo y el obligado, en caso de optar por la rescisión deberá notificar con antelación su decisión a la persona asistida. La *participación de la persona designada para ejercer la función de apoyo en el otorgamiento de actos que produzcan efectos jurídicos*, **es obligatoria** solo en los casos en que se haya establecido en el documento de designación de apoyos, como modo de actuación. El notario evaluará en cada caso si deja constancia de su participación.

Con relación a las *salvaguardias*, deben ser, como en todos los casos, proporcionales al contenido del acuerdo, y conforme las circunstancias de la persona asistida. Pueden consistir en: rendición de cuentas periódica, realización de entrevistas con la persona designada como apoyo, para la supervisión de su actuación, todo ello a cargo de las personas que designe la persona asistida, pueden ser profesionales o personas de

confianza que deberán actuar con la suficiente imparcialidad para asegurar que no hay intereses contrapuestos, ni influencia indebida. Pueden ser una ONG o incluso una institución pública.

Registro del acuerdo. En protección de los derechos de terceros de buena fe que celebren actos jurídicos con la persona que recibe las medidas de apoyo, estos acuerdos requieren un sistema de publicidad adecuado. La designación de los apoyos, las salvaguardias, la revocación, renuncia, modificación o sustitución deben inscribirse.

En el derecho comparado estos acuerdos o la designación de apoyo, se inscriben en los registros civiles o registros personales. En Argentina, los registros de estado civil y capacidad de las personas son organizados por los gobiernos provinciales, la Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –ley 26.413– es decir son competencias no delegadas al Estado Nacional. Esto puede dificultar el acceso a la información, porque son 24 jurisdicciones. El art. 43 del CCyC faculta al juez a inscribir la designación de apoyos judiciales, designados en el marco del proceso de restricción de capacidad, en estos registros, si lo cree necesario o conveniente.

Una opción que puede resultar más eficiente, es la inscripción en los registros de actos de autoprotección creados por los respectivos colegios notariales de las provincias argentinas, que centralizan y mantienen actualizada la información de todos los registros provinciales en el “Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección”, tal cual sucede con los testamentos, con sede en el Consejo Federal del Notariado Argentino.

En el “*iter* notarial” y luego del otorgamiento del acuerdo, son de aplicación lo que hemos mencionado en párrafos anteriores de este aporte de investigación.

La formalización del acuerdo puede hacerse mediante dos procedimientos, a elección de la persona interesada:

- I. **Por escritura pública.** La intervención notarial en la celebración de este acuerdo, garantiza la valoración adecuada del discernimiento de la persona, su aptitud para comprender el acto, la inexistencia de vicios en la formación de la voluntad; brinda celeridad, inmediatez, asesoramiento personalizado, efectividad, garantía de legalidad, y seguridad jurídica preventiva. El notario deberá efectuar los ajustes razonables adecuados

a las necesidades de la persona, para facilitar la comunicación y la comprensión, como así también asesorar sobre las medidas de protección y las salvaguardias que debe contener el acuerdo como uno de sus requisitos mínimos, para evitar los abusos y la influencia indebida en la ejecución del acuerdo. La escritura pública asegura autenticidad, hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta y matricidad, protegiéndolo de pérdidas y posibles alteraciones.

II. Con intervención judicial. La persona interesada puede mediante un proceso judicial, solicitar la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo para determinados actos jurídicos en los que considere que necesitará asistencia en el proceso de toma de decisiones. Debe preverse una vía rápida mediante un procedimiento simple y ajustado para garantizar el derecho de acceso a la justicia, que tenga en cuenta las particulares circunstancias de la persona, que permita la designación de un apoyo a quien lo necesite, *como podría ser una medida autosatisfactiva o juicio sumarísimo*. El juez deberá evaluar la aptitud de la persona para efectuar la designación, la aptitud para la comprensión del acto y sus consecuencias, con los mismos alcances que debe hacerlo el notario; las medidas de protección o salvaguardias para evitar conflicto de intereses y abusos en el ejercicio de la función del apoyo. En sede judicial se deberán hacer también los ajustes razonables conforme lo necesite la persona beneficiaria del apoyo, de la misma manera que debe hacerse en sede notarial. Si la persona que solicita la designación de apoyo no tuviere personas de su confianza para proponer, el juez deberá evaluar las necesidades de la persona y designar, con la anuencia del interesado, la o las personas que pueden ejercer esa función y/o implementar las medidas adecuadas para que la persona pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas, pudiendo designar si el caso concreto así lo amerita a un representante del Ministerio Público.

Esta herramienta jurídica fue recomendada en forma unánime en el despacho del tema 2 “La función notarial y las herramientas de protección de las personas vulnerables. El análisis de los conceptos de capacidad jurídica y de vulnerabilidad” en la 42 Jornada Notarial Bonaerense, San Pedro, 16 al 19 de marzo de 2022.

8. El notario como apoyo institucional

El notario de tipo latino se constituye como apoyo institucional, con independencia de las condiciones personales de quienes requieren el servicio notarial, de su condición social, cultural, sexo, edad, o situación de vulnerabilidad. Es en los casos de situaciones de vulnerabilidad, que debe potenciarse al notario como apoyo institucional, para garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los requirentes o futuros otorgantes, conocer e interpretar su voluntad, brindar **información a las partes** sobre las consecuencias jurídicas y personales del acto que pretenden otorgar; aconsejar y brindar asesoramiento jurídico, todo ello para que el acto jurídico sea la culminación de la expresión de voluntad libre, consciente y debidamente informada.

La función del notario es la de un *apoyo técnico*, ya que con su asesoramiento y consejo presta asistencia especial al otorgante que más lo necesite, desarrollando así una función equilibradora entre las partes. El notario realiza en cada actuación micro empoderamientos en los momentos más sensibles e importantes que permiten a la persona, ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, pero con de la debida seguridad jurídica.

En el informe⁵² la relatora experta independiente Catalina Devandas Aguilar, dice: "77. Los Estados deben promover la capacitación adecuada de quienes ejercen de notarios, ya que desempeñan una función importante en la conclusión y formalización de transacciones jurídicas (como contratos, testamentos y poderes), especialmente en los países de tradición jurídica romanista. En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Por ello, es importante que los notarios entiendan el reconocimiento de la capacidad jurídica universal y el paradigma de apoyo introducido por la Convención, para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica. Asimismo, deben recibir una formación apropiada en la facilitación de medidas de accesibilidad y ajustes razonables"⁵³.

52 Informe de la Relatora Especial para los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas Aguilar, a la 34 Asamblea General 2017. En A/HRC/34/58.

53 Informe de la Relatora Especial, ob. cit.

El fedatario habrá de prestar un “plus” de asistencia personal, una información más completa y exhaustiva al contratante necesitado de esa asistencia o apoyo especial, sea por carecer de asesoramiento adecuado, o por sus condiciones culturales, sociales o por su situación de vulnerabilidad, como puede ser la edad, el género, la discapacidad, o varias de estas circunstancias concomitantes (interseccionalidad).

Este apoyo institucional del notario, con su escucha activa, con su asesoramiento y consejo, en definitiva, debe redundar siempre en favorecer el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad por sí, de acuerdo con su voluntad, deseos y preferencias, a su autonomía y participación personal, tenga o no un sistema de protección judicial, y aunque dicho sistema incluya formas de representación.

El notario es una autoridad que en el ejercicio de su función está íntimamente relacionado con la persona: con el ejercicio de sus derechos, sus actividades económicas y sus derechos personalísimos, su identidad y su proyecto vital; con su actuación puede detectar desigualdades estructurales y realizar microempoderamientos en favor de las personas más necesitadas de ese apoyo.

El notariado debe estar a la altura de las nuevas circunstancias, para atender las demandas sociales de estos colectivos, personas con discapacidad, adultos mayores y otras personas en situación de vulnerabilidad; si no lo hace, estará impidiendo el desarrollo de su personalidad. Un avasallamiento a sus derechos y a la autonomía de la voluntad de estas personas. Los más de 160 países signatarios de la CDPD se han obligado a adecuar o modificar el ordenamiento interno de la legislación civil, respetando el principio de “neutralidad sistémica” es decir, el respeto a la configuración jurídica de cada país con las necesarias adaptaciones a la nueva realidad social. El notariado que es pieza fundamental para garantizar el ejercicio de derechos e instrumento de seguridad jurídica preventiva, debe dar respuesta a esta nueva demanda social.

“El notario puede y debe ofrecer lo que en la terminología de la Convención se denomina ‘apoyo’ para el ejercicio de la capacidad, como hace con cualquier ciudadano, asesorando, advirtiendo y aconsejando sobre el alcance y consecuencias del negocio, así como dando su propia opinión sobre la oportunidad de este como hacemos con cualquier ciudadano que reclama nuestra intervención. En este punto resalta la función del notario como

'apoyo' institucional para el ejercicio de derechos y como autoridad en relación con las salvaguardias en un doble sentido, positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, en un sentido negativo, las salvaguardias adecuadas y efectivas en el ejercicio de esa capacidad jurídica, no como limitación, sino para impedir abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y para asegurar el respeto de sus derechos, voluntad y preferencias"⁵⁴.

Es importante subrayar el concepto de apoyo en relación con nuestra actuación cotidiana como notarios, en la que es relevante la aplicación de buenas prácticas para dar cumplimiento con la CDPD. Permitir la actuación en nuestros documentos notariales de los diferentes sistemas o modelos de apoyos que pueden incluir la asistencia personal, la movilidad, apoyos destinados a facilitar la vida cotidiana, apoyos para la toma de decisiones, los destinados a superar las barreras que limitan la capacidad de comunicarse o hacerse entender, para que la persona con discapacidad pueda gozar el derecho a vivir en forma independiente, en los términos establecidos en el art. 19 de la Convención, y a ser incluido en la sociedad, diseñando su propio proyecto de vida. Permitir esa actuación ya sea de apoyos formales como informales y dejarla plasmada en nuestros documentos.

El notario en su actuación, debe analizar si el otorgante concurre con un apoyo formal o informal, que no haya influencia indebida, que se respeten realmente sus derechos, voluntad y preferencias, para que otorgue, luego de haber sido asesorado, y recibido la información adecuada sobre el acto que pretende otorgar, un consentimiento válido en derecho. "El notario debe calificar el resultado final de la actuación con apoyos, ya sean formales determinados judicialmente o informales; en caso de juicio negativo puede y debe denegar su autorización si considera que no concurre una voluntad coherente, libre, consciente e informada"⁵⁵.

El notario debe estar permanentemente capacitado en los principios que surgen de los tratados de derechos humanos e imbuido en el sistema de toma de decisiones con apoyo, y poder actuar de acuerdo con los más modernos sistemas, como apoyo institucional.

"La función del notario en el diseño de las medidas de apoyo será vital y permitirá el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad con los

54 Guía de las Buenas Prácticas para las Personas con Discapacidad de la UINL.

55 *Ibidem*.

demás a todos aquellos ciudadanos a quienes por siglos se les ha negado la posibilidad de actuar en su propio nombre, reconociendo que para que esta igualdad sea real y efectiva es imprescindible que los derechos ejercitados sean válidos y eficaces y que no sean atacados solo por razón de discapacidad. Podrán realizar su propio 'traje a medida' con las garantías necesarias que presta la intervención notarial y en ningún caso se les privará de la posibilidad de ejercitar sus derechos"⁵⁶.

8.1. Guía de buenas prácticas

Una "buena práctica", en determinada disciplina, se puede definir del siguiente modo: una buena práctica no es tan solo una práctica que se define buena en sí misma, sino que es una práctica que se ha demostrado que funciona bien y produce buenos resultados, y, por lo tanto, se recomienda como modelo. Se trata de una experiencia exitosa, que ha sido probada y validada, en un sentido amplio, que se ha repetido y que merece ser compartida con el fin de ser adoptada por el mayor número posible de personas.

Por otro lado, en algunos países de la región, se ha verificado una práctica muy significativa; consistente en la elaboración de manuales, guías o protocolos de actuación que informan y promueven el derecho de las personas con discapacidad a decidir, en igualdad de condiciones con las demás, sobre todos los aspectos de su vida. También, reafirman el derecho al consentimiento libre e informado en todo lo relacionado con los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, en particular las mujeres, y se refiere al establecimiento de apoyos para el ejercicio y la capacidad jurídica, incluso en aquellos países donde la legislación de fondo no ha sido armonizada conforme al paradigma de modelo social y la Convención.

Como ejemplo, pueden mencionarse la "Guía práctica para el establecimiento de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", elaborado por Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad -CEDDIS- de la OEA, el Manual de Buenas Prácticas en Discapacidad de la Oficina Nacional de Empleo Público de la República Argentina, la

56 Castro Girona Martínez, Almudena, ob. cit.

Guía de Buenas prácticas de la Unión Internacional del Notariado, utilizadas como aporte bibliográfico en la presente investigación jurídica.

Todas estas iniciativas responden al cambio de paradigma que surge de la CDPD, sobre la "Toma de conciencia" –art. 8º– que impone el deber de los estados parte, de sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para fomentar el respeto de los derechos de las personas con discapacidad, a sus capacidades y aportaciones a la sociedad, como así también promover programas de formación sobre la sensibilización social, la capacitación sobre derechos humanos, hacer docencia y difundir sus principios, para convertirse en motores de la verdadera transformación de la sociedad, dejando de lado los estereotipos, los prejuicios y la discriminación por discapacidad, aun cuando puedan tener ropaje de protección.

La UINL a través del trabajo de su Comisión de Derechos Humanos, aprobó por unanimidad en la Asamblea de Yakarta, Indonesia, el 27 de noviembre de 2019, una "Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad: El notario como apoyo institucional y autoridad pública", la que realiza una interpretación de cómo la CDPD más las observaciones generales del Comité y las sugerencias de la Relatora Especial, que son la verdadera interpretación convencional, deberían modificar la actuación diaria de cada uno de los notarios para su efectiva implementación.

"En consecuencia, propone a los noventa y un notariados que la integran, medidas concretas para realizar ese apoyo institucional en el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad y promover su participación plena y efectiva en la sociedad y el respeto de sus derechos"⁵⁷.

Las guías de las buenas prácticas son un modelo a seguir por los notariados del mundo, se refieren especialmente a las actitudes y los ajustes razonables, el acceso universal, al lenguaje claro y el sistema de decisiones con apoyo y las salvaguardias, todos conceptos claves que surgen de la CDPD e impactan sobre nuestra función. Dichos modelos podrán adaptarse por los notariados de cada país a su legislación interna, como lo ha hecho la Provincia de Buenos Aires, una de las jurisdicciones políticas, administrativas y notariales en las que se divide la República Argentina.

57 Guía de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad UINL.

Son aplicables en base a los deberes funcionales del notario, independientemente de la mayor o menor recepción de las reformas del derecho interno de cada país. Dicho modelo convertirá al notario en un agente positivo de la aplicación plena de la CDPD y garante de los derechos fundamentales de todas las personas, en especial, de aquellos en situación de vulnerabilidad.

La guía intenta dar medidas concretas para aplicarse a la actividad notarial independientemente a las reformas o no recogidas por los ordenamientos jurídicos civiles tendientes a la incorporación del cambio de paradigma al derecho interno a través de operatividad directa de la CDPD y por vía de interpretación.

Se sugieren como buenas prácticas de atención aplicar los ajustes que resulten necesarios para que la comunicación sea efectiva, y para que las personas con discapacidad puedan acceder a los servicios notariales en condiciones de igualdad a las de cualquier persona. Facilitar el uso de una comunicación aumentativa y alternativa, como por ejemplo el uso de lenguajes de signos a través de intérpretes, braille y todos los demás medios, modos y formatos de comunicación accesibles, tales como mediadores o elementos tecnológicos. Resulta imprescindible la escucha activa de la persona, de su opinión, su voluntad y deseos.

La utilización de lenguaje claro y sencillo. Dentro de la actuación notarial se recomienda la elaboración de oraciones cortas, evitando tecnicismos, con letra lo más clara posible y con un formato que facilite la lectura y la comprensión. En consecuencia, es recomendable adaptar el lenguaje utilizado en función de circunstancias tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, la situación de discapacidad o las condiciones socioculturales.

La necesidad de trato digno y respetuoso para no realizar discriminación por causa de incapacidad.

A modo de colofón recomendamos las buenas prácticas como un modelo a seguir por todo el notariado, pudiendo adaptarse también a otras situaciones de vulnerabilidad además de la discapacidad, lo que convertirá al Notariado en un agente positivo en la aplicación plena de la CDPD, ejerciendo una función social indispensable como garante de los derechos fundamentales de todas las personas, en especial, de aquellas más necesitadas de protección por su situación de vulnerabilidad.

9. Interseccionalidad o múltiples causas de vulnerabilidad

La interseccionalidad es un enfoque que aborda múltiples discriminaciones y contribuye a entender la manera en que conjuntos de diferentes identidades influyen sobre el acceso que se pueda tener a derechos y oportunidades, como el sexo, género, etnia, orientación sexual, como otras categorías, que están interrelacionadas. Es una herramienta muy útil para el análisis y desarrollo de los derechos humanos, y plantear las desventajas que implican los diferentes tipos de discriminación.

Con relación a personas que reúnen más de una causa de vulnerabilidad, se han suscripto tratados específicos de derechos humanos, con el objeto la promoción y el respeto de sus derechos. La CDPD también los protege en forma especial.

9.1. Mujeres con discapacidad

El art. 15 de la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" reconoce a las mujeres la capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para su ejercicio, afirmando que el reconocimiento de la capacidad jurídica es esencial para el igual reconocimiento como persona ante la ley, que es la puerta de acceso al ejercicio de derechos: "Los estados partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales" (párr. 2º). Esa disposición se aplica a todas las mujeres, incluidas las mujeres con discapacidad.

En la CDPD se reconoce que las mujeres con discapacidad pueden ser objeto de formas múltiples e intersectoriales de discriminación por motivos de género y de discapacidad. Por ejemplo, las mujeres con discapacidad presentan tasas elevadas de esterilización forzada, y con frecuencia se ven privadas del control de su salud reproductiva y de la adopción de decisiones al respecto, al darse por sentado que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales.

Ciertas jurisdicciones tienen también tasas más altas de imposición de sustitutos en la adopción de decisiones para las mujeres que para los hombres. Por ello, es especialmente importante reafirmar que la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad debe ser reconocida en igualdad de condiciones con las demás personas⁵⁸.

9.2. Niñas, niños y adolescentes y discapacidad

La Observación General 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad establece en su párrafo 36, que: "Mientras que en el art. 12 de la CDPD, se protege la igualdad ante la ley de todas las personas, con independencia de su edad, en el art. 7º -sobre Niños y Niñas con discapacidad- se reconoce que las capacidades de los niños y las niñas están en desarrollo y se exige que 'en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial (sea) la protección del interés superior del niño' (párr. 2) y que 'su opinión (reciba) la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez' (párr. 3). Para cumplir con lo dispuesto en el art. 12, los estados partes deben examinar sus leyes a fin de asegurarse de que la voluntad y las preferencias de los niños y niñas con discapacidad sean respetadas en igualdad de condiciones con los demás niños".

"La infancia debe tener acceso desde temprana edad a la oportunidad y el derecho a tomar sus propias decisiones respecto de su vida diaria, y construcción identitaria como por ejemplo cómo vestirse, qué comer, cómo nombrarse, cómo organizar sus espacios, qué hacer en el tiempo libre, entre otras cosas, conforme a sus intereses, preferencias y opiniones. La familia allí debe configurarse en guía y en apoyo, pero debe respetar siempre las opiniones y preferencias de niñas y niños"⁵⁹.

En el ordenamiento jurídico argentino, los niños y niñas y sobre todos los adolescentes de 13 a 18 años tienen derecho a participar en las elecciones que hagan a sus derechos personalísimos y a su sistema de apoyo de acuerdo a su grado de madurez y su capacidad progresiva respetando siempre su derecho a ser oídos. Así lo establecen los arts. 26 y 645 del

58 Observación General 1 del Comité, párrafo 35.

59 Guía práctica del CEDDIS, ob. cit.

CCyC⁶⁰, tales derechos no deberían ser negados a los niños y adolescentes con discapacidad, lo que sería una franca discriminación por causa de discapacidad de acuerdo con los principios convencionales.

9.3. Personas mayores y discapacidad

Es necesario distinguir muy bien la vejez, de la enfermedad y la discapacidad. Pero es necesario reconocer que pueden darse casos de causas múltiples de vulnerabilidad.

La capacidad jurídica se presume y no existe ningún límite etario a la misma. Desde la aprobación de la Convención Interamericana⁶¹ sobre la protección de los derechos de las personas mayores ratificada por ley 27.360 se encuentra reconocido y asegurado el pleno ejercicio de los derechos humanos y las libertades esenciales de los adultos mayores fortaleciendo su autonomía e independencia.

En esta Convención se establecen especialmente, el derecho a decidir su lugar de residencia, derechos a la salud: como el consentimiento in-

60 Artículo 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Artículo 645. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

61 Convención Interamericana de los Derechos de las Personas Mayores, OEA, 2015.

formado, directivas anticipadas de salud (art. 11), nombramiento de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica (art. 30), seguridad y protección contra abandono y malos tratos, trabajo, educación, recreación, esparcimiento y poder gozar de sus bienes.

El notario es principalmente un asesor familiar que puede colaborar para que la persona mayor, organice una verdadera ingeniería jurídica para preservar sus derechos: utilizando para ello las herramientas descritas; directivas anticipadas preventivas y acuerdos de apoyos y que aseguren su dignidad e independencia.

Asimismo, que proyecte a través de directivas anticipadas sus decisiones en diferentes aspectos de su vida, con la intención de proteger sus derechos de autonomía, referidos básicamente a la vida y a la salud, a las libertades, a la igualdad y al uso y gozo de los bienes de su propiedad. Como también amplias declaraciones sobre su vida cotidiana: si quiere permanecer viviendo en su casa, pero asistido por cuidadores, si quiere ingresar a una casa de larga estadía conocidas en nuestro medio como residencias geriátricas. ¿Cuál? ¿En qué condiciones? ¿Solo o acompañado? O quiere mudarse a un barrio específico con gente de su generación y servicios especiales al modo de *cohousing senior* o viviendas colaborativas, si quiere recibir o no determinadas visitas o realizar salidas del establecimiento o poder retirarse voluntariamente.

Determinar cuestiones vitales –personalísimas– como prácticas religiosas, mantenimiento de mascotas y sus costumbres –alimentación vegetariana, vegana, por ejemplo– y cuidados habituales que hacen a su estilo y calidad de vida.

Organizar, en síntesis, un régimen de protección ante la posibilidad de la discapacidad (reconocido especialmente en el art. 30 de la Convención Interamericana), determinar apoyos teniendo en cuenta las personas de su confianza, salvaguardias alternativas a la institucionalización, y así asegurar su derecho a ser oído y proyectar su vida de acuerdo a su voluntad, sus deseos y sus preferencias a fin de mantener su autodeterminación, evitando recurrir a la justicia. Poder asegurar así, los derechos reconocidos en los principios de ONU sobre el envejecimiento de independencia, participación, cuidados, de autorrealización y de dignidad.

10. Discapacidad y ejercicio de derechos personalísimos

"Las personas con discapacidad gozan en condiciones de igualdad, del derecho al ejercicio de su capacidad jurídica, de tomar sus propias decisiones y elegir opciones, incluso en la esfera privada de sus acciones, en orden al respeto de su dignidad, autonomía moral, y libertad individual que tienen como persona.

En aquellos supuestos en que la ley o la sentencia que declara la restricción de la capacidad, omita hacer mención o limite el goce de los derechos personalísimos, su titular podrá siempre ejercerlos si tiene el discernimiento suficiente para entender el acto concreto y sus consecuencias, y la voluntad para hacerlo, más allá de la omisión o la restricción judicial de su capacidad.

La igualdad en el ejercicio de derechos, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de oportunidades que las demás, y el derecho a la autodeterminación reconocidos expresamente en la CDPD -arts. 3º y 5º- imponen una respuesta indubitable respecto del ejercicio por sí mismo de los derechos y actos personalísimos"⁶².

Tratándose de una persona con discapacidad, el art. 59 del CCyC reafirma que no pueden ser sometidas a investigaciones en salud, sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le reconoce el derecho a ser acompañadas o asistidas por el apoyo que necesite en el proceso de la toma de decisión. La norma no menciona la posibilidad de sustitución de la voluntad del paciente.

Las decisiones de las personas con discapacidad en materia de salud han sido tratadas por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas Aguilar, en el Informe sobre "Bioética y discapacidad", presentado al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 43º Período de sesiones, febrero del año 2020⁶³.

62 Zito Fontán, Otilia; Spina, Marcela Viviana, "Derecho a la vida, a la salud y a la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Nombramiento de apoyos judiciales y extrajudiciales", en *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derecho Civil en América Latina, Brasil*; Becerra de Menezes, Joyceane, Constantino Caycho, Renato y Bariffi, Francisco, coordinadores, Editora Foco, 2021.

63 Ver el informe completo en: A/HRC/43/41. http://www.embracingdiversity.net/files/report/1579863124_g1934657es.pdf.

Expresa la Relatora: "El respeto de la autonomía individual significa que se reconoce que las personas con discapacidad son titulares de derechos, capaces de adoptar sus propias decisiones, con un **apoyo** adecuado si se precisa. El hecho de requerir un nivel elevado de apoyo no justifica la denegación de la autonomía o la libre determinación".

Las personas con discapacidad también tienen derecho recibir información, a tomar su decisión a prestar sus consentimientos informados como a decidir una muerte digna⁶⁴ "no se puede hablar de dignidad en la muerte –ni en la vida– si no se tiene la libertad de decidir".

La guía práctica del CEDDIS entiende: "La limitación en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en su autonomía y autodeterminación, les impide ejercer plenamente su derecho a decidir sobre su vida y su cuerpo. Los prejuicios o estereotipos que promueven la idea de que las personas con discapacidad, y de manera particular personas con discapacidad intelectual, psicosocial y auditiva, así como las personas sordociegas, entre otras, no tienen capacidad de realizar el proceso de toma de decisiones o medir los alcances y efectos de las decisiones que adoptan, intentan justificar la aplicación del estándar de interés superior objetivo, que no es más que la forma de imponer la voluntad de un tercero, por sobre la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad"⁶⁵.

La posibilidad de ejercer derechos personalísimos por sí mismo por las personas con discapacidad es una asignatura pendiente, pero sin duda habrá que hacer mayores esfuerzos para que puedan ejercer sus derechos por sí con los apoyos que fueran necesarios, para alcanzar los altos estándares establecidos por la CDPD.

El ejercicio de estos derechos personalísimos de las personas con discapacidad se va reconociendo en forma incipiente por la justicia argentina, como lo demuestran estos ejemplos recientes.

64 El 21 de febrero de 2020, en el Congreso de España se debatió sobre la muerte digna, la eutanasia y el valor de la vida de las Personas con discapacidad. ¿Las personas con discapacidad tienen derecho a decidir una muerte digna? ¿Personas con discapacidad tienen derecho a decidir una muerte digna? <https://yotambien.mx/personas-con-discapacidad-tienen-derecho-a-decidir-una-muerte-digna/+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar>

65 Guía Práctica CEDDIS, ob. cit.

En el caso de M.D.⁶⁶ del 7 de julio de 2015 la CSJN tuvo oportunidad de interpretar la voluntad presunta de un enfermo (un joven que tuvo un accidente de moto y permaneció 19 años en estado vegetativo o de conciencia mínima) y la posibilidad de interrumpir la asistencia mecánica de respiración y alimentación, en atención a una muerte digna.

En este caso, las curadoras y hermanas del enfermo declarado incapaz solicitan la muerte digna y declaran bajo juramento que esos hubieran sido los deseos de su hermano si pudiera expresarse. Del análisis del fallo surgen dos consideraciones importantes: las curadoras, deben poder declarar e interpretar la voluntad de su hermano, no decidir conforme su criterio. La particularidad que presenta este caso es que el paciente no había brindado ninguna instrucción formalizada por escrito respecto a qué conducta médica debía adoptarse en una situación como la que se encuentra en la actualidad. En este sentido, no puede perderse de vista que al momento del accidente no se había dictado aún la Ley de Derechos del Paciente –26.529– que autoriza a las personas a disponer *directivas anticipadas sobre su salud*, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Tampoco puede ignorarse, expresa la CSJN que en esa fecha esa práctica no era habitual y no estaba difundida socialmente la posibilidad de hacerlo como ocurre en la actualidad.

Por su parte, en Argentina, la Corte Suprema efectuó el control de convencionalidad en diversas situaciones relacionadas con las garantías en los procesos y tratamientos de salud mental, capacidad jurídica, derecho a la maternidad y derecho al voto.

En el siguiente se decide que esta joven madre, discapacitada y en una situación de extrema pobreza, podría cumplir con su rol de madre y su derecho a tener una familia si recibía los apoyos adecuados, autos "IJM - Protección especial"⁶⁷, la Corte Suprema, siguiendo el dictamen de la Procuración Fiscal, revocó el estado de adoptabilidad de un niño, ordenando la vinculación y reintegro a su madre, persona con discapacidad intelectual que, además, se encontraba en situación de vulnerabilidad socioeconómica. La Procuradora, tras repasar la norma y estándares de diversas Convenciones,

66 CSJ 376/2013 49-D/CS1. D, M.A. s/ declaración de incapacidad.

67 37609/2012 – "I, J. M. s/Protección especial", Buenos Aires, 15 de julio de 2014.

entre las que se destacan el llamado Pacto de San José de Costa Rica, la Convención de Naciones Unidas por los Derechos del Niño (CDN), la CDPD, entre otros instrumentos; incluyó los argumentos que fundaron su posición, incluso las Observaciones Finales realizadas a la Argentina por parte del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, para concluir que la resolución judicial que dispone la adaptabilidad no es compatible con los aludidos estándares. Por el contrario, plantea que la situación de la madre exige del Estado la necesidad de que se provean apoyos y ajustes razonables.

11. Jurisprudencia de la CIDH

La CIDH ha abordado los derechos de las personas con discapacidad de manera explícita en los casos "Ximenes López vs. Brasil", "Furlan y familiares vs. Argentina", y recientemente en el caso "Guachalá Chimbo vs. Ecuador".

En el último de estos casos⁶⁸ ha desarrollado consideraciones directamente vinculadas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Luis Eduardo Guachalá Chimbo, de 23 años, una persona con discapacidad psicosocial, fue internado el 10 de enero de 2004 en el Hospital Julio Endara de la ciudad de Quito, habiendo firmado su madre la autorización de ingreso. El señor Guachalá Chimbo estuvo internado hasta el 17 de enero de ese año, día en el cual, según la historia clínica, habría abandonado el hospital y, desde ese momento, hasta hoy, se desconoce su paradero.

La Corte Interamericana determinó que el Estado es responsable por la violación de los siguientes derechos: el reconocimiento de la capacidad jurídica, el consentimiento libre e informado de tratamiento médico, el derecho a la vida, integridad personal, libertad personal, dignidad y vida privada; el acceso a la información, la igualdad ante la ley y el derecho a la salud, de conformidad con los arts. 3º, 4º, 5º, 7º, 11, 13, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se enfatiza la obligación de respetar y garantizar estos derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), fecha: 26/03/2021, partes: Guachalá Chimbo y otros c. Ecuador. Serie C 423. Publicado en: La Ley 28/10/2021, 6, con nota de Juan Carlos Hitters; cita: TR La Ley AR/JUR/97335/2021.

efectivizar su ejercicio, según lo establecido en los arts. 1º1 y 2º del mismo instrumento. En su sentencia, la Corte destacó que la utilización de la discapacidad de la víctima para justificar que era innecesario su consentimiento informado para el internamiento y medicación, constituyó discriminación en razón de la discapacidad. También, y en comentario directamente relacionado con capacidad Jurídica y con un modelo de toma de decisiones con apoyo, la Corte señala que someter a una persona con discapacidad a un tratamiento de salud sin su consentimiento informado puede constituir una negación de la personalidad jurídica. Concretamente, el fallo determina que el Estado de Ecuador no tomó ninguna medida **para apoyar** a la persona a que pudiera prestar su consentimiento informado para la internación y el tratamiento al que fue sometido, lo que constituyó una negación de su autonomía como persona, y de su capacidad de tomar decisiones respecto de sus derechos. Se trataba también de un joven en situación vulnerabilidad por tener escasos recursos económicos para acceder a los tratamientos médicos, lo que empeoró su situación.

Caso "Furlan y familiares vs. Argentina". Sentencia del 31 de agosto de 2012. El caso se relaciona con la responsabilidad internacional del Estado argentino por demora excesiva en la resolución de un proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de un niño y, posteriormente, adulto con discapacidad. La sentencia aborda el tema de los derechos de los niños y las niñas, y las personas con discapacidad, conforme el modelo social de la discapacidad; la falta de plazo razonable del proceso hasta llegar al cobro de la indemnización, que demoró más de 12 años, que implica la violación del derecho de acceso a la justicia; declaró violado el principio de no discriminación y el derecho a la integridad personal de Sebastián Furlan. La Corte Interamericana toca el tema de los derechos de las personas con discapacidad tangencialmente, pero sí incluye en el fallo el reconocimiento de la necesidad de hacer una interpretación conjunta de la CDPD y los instrumentos regionales, a la luz del modelo de derechos humanos, lo cual constituye un importante precedente.

Caso "Ximenez Lopes vs Brasil", sentencia de la Corte IDH, del 4 de julio de 2006. Es la primera vez que el Tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la violación de los derechos de una persona que padecía una discapacidad mental. La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a PCD mental debe tener como finalidad principal el

bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y malos tratos a los que fue sometido Ximenes Lopes en una institución mental. El Estado reconoció su responsabilidad en los hechos, y los malos tratos recibidos por el señor Lopes antes de su muerte, violando los arts. 4º y 5º de la CADH. Sin embargo, no se realizaron mayores investigaciones, ni se sancionaron a los responsables⁶⁹.

12. Conclusiones

Los tratados de derechos humanos introdujeron un importante cambio de paradigma que impactó fuertemente sobre el concepto de capacidad jurídica y sobre la consideración de toda persona humana como un sujeto de derecho con dignidad, autonomía y libertad para autodeterminarse de acuerdo con su propio plan de vida.

Dicha posibilidad de tomar sus propias decisiones y ejercer su capacidad jurídica, por sí misma, es inseparable del principio rector en la CDPD que es “la toma de decisiones con apoyo” para el ejercicio de la capacidad jurídica, en reemplazo de los sistemas de sustitución de la voluntad.

Tal es la importancia de este nuevo concepto de APOYO para el ejercicio de la capacidad jurídica por sí mismo, que deriva en un protagonismo crucial del

69 Hechos: El Sr. Damião Ximenes Lopes, durante su juventud, desarrolló una discapacidad mental de origen orgánico, proveniente de alteraciones en el funcionamiento de su cerebro. En la época de los hechos, tenía 30 años de edad y vivía con su madre en la ciudad de Varjota, situada a una hora de la ciudad de Sobral, sede de la Casa de Reposo Guararapes. Allí fue admitido como paciente del Sistema Único de Salud (SUS), en perfecto estado físico, el 1/octubre/1999. Al momento de su ingreso no presentaba señales de agresividad ni lesiones corporales externas. Dos días después, tuvo una crisis de agresividad y estaba desorientado. Entró a un baño y se negaba a salir de ahí, por lo que fue dominado y retirado a la fuerza por un auxiliar de enfermería y por otros dos pacientes. Por la noche tuvo un nuevo episodio de agresividad, y volvió a ser sometido a contención física, a la que estuvo sometido entre la noche del domingo y el lunes por la mañana. Al día siguiente, la madre llegó a visitarlo y lo encontró sangrando, con hematomas, con la ropa rota, sucio, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultad para respirar, agonizante, y gritando y pidiendo auxilio a la policía. El señor Ximenes Lopes seguía sometido a la contención física que le había sido aplicada desde la noche anterior, ya presentaba excoriaciones y heridas, y se le dejó caminar sin la adecuada supervisión. Falleció el mismo día, aproximadamente dos horas después de haber sido medicado por el director clínico del hospital, y sin ser asistido por médico alguno en el momento de su muerte.

notariado en la defensa de los derechos fundamentales de todas las personas y en especial de las personas con discapacidad y en situación de vulnerabilidad, como artífice principal en materia de construcción de apoyos.

Por lo cual, es indispensable su capacitación permanente en materia de derechos humanos, haciendo hincapié en la diversidad humana, en el modelo social de la discapacidad y en el especial análisis, estudio profundizado y caracterización del apoyo que surge como piedra angular de todo el sistema convencional.

Este protagonismo notarial responde a múltiples factores: deberá realizar los ajustes necesarios para la intervención de todas las personas en ejercicio de sus propios derechos, con los apoyos que sean pertinentes a su situación de discapacidad, enfermedad u otras y múltiples causas de vulnerabilidad.

En su carácter de profesional del derecho a cargo de una función pública será un motor que, dentro de su función creadora del derecho, promoverá herramientas jurídicas para implementar los sistemas de apoyos. En tal sentido contribuirá en una mayéutica socrática al alumbramiento de la planificación del sistema de apoyo para la toma de decisiones, a la medida de cada persona y sus circunstancias, sea a través de un acuerdo de apoyo o de una planificación preventiva, que incluya las salvaguardias necesarias para el correspondiente contralor de la actuación.

El notario deberá realizar una importante labor de docencia y difusión de todas las herramientas disponibles a favor de las personas con discapacidad y que por una o muchas causas transiten situaciones de vulnerabilidad. Esta labor debe realizarse entre las personas con discapacidad, sus familias, las asociaciones que las agrupan y la sociedad en su conjunto.

En especial debe hacerse hincapié en el ejercicio de los derechos personalísimos, que implican un mayor desafío, por su íntima relación con el respeto por la dignidad inherente de la persona humana.

Deben sumarse estas preocupaciones a los intereses patrimoniales, únicos protegidos en los sistemas anteriores basados en la sustitución, porque en su conjunto están incluidos en el nuevo sistema de reconocimiento de la personalidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

La función de apoyo institucional y técnico brindando asesoramiento y consejo especial a las personas en situación de vulnerabilidad, permite el

acceso al servicio público notarial, como derecho humano, y así garantizar el ejercicio efectivo de los derechos en igualdad de condiciones de todas las personas, a través de la ejecución de actos válidos y eficaces, como un modo de acceso a la Justicia preventiva.

A su vez su actuación como profesional imparcial asegurará que las actuaciones con apoyo siempre respeten la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad y podrá ser un contralor efectivo contra los abusos e influencias indebidas.

Tales tareas hacen del Notariado un ejecutor fundamental, que, con capacitación permanente, puede convertirse en facilitador y apoyo prioritario, a cargo de un control de convencionalidad junto con el de legalidad, siempre a favor del ejercicio de los derechos de las personas de acuerdo a la esencia de la función notarial y al principio de interpretación de los derechos humanos PRO PERSONAE.

c) Menores: el auxilio de la función de guarda por los titulares de la patria potestad

Crisis familiares y menores. Pactos en situación de crisis para la protección de los derechos de los menores. Actuación notarial en situaciones de crisis de los progenitores que repercuten en los derechos y necesidades de los menores.

Introducción

Este capítulo del trabajo de investigación está destinado a explorar alternativas notariales innovativas, jurídicas y prácticas para proteger a los menores que en muchas ocasiones resultan víctimas o rehenes de los conflictos de sus padres ante las crisis familiares y repercuten en sus derechos y necesidades.

Como sabemos, las composiciones familiares, parentales y vinculares, cada vez son más complejas, amplias y abiertas generando una multiplicidad de contingencias que cubrir.

Desde rupturas de esquemas familiares tradicionales donde una pareja de cónyuges con hijos en común se divorcia, hasta situaciones mucho más complejas donde la ruptura del vínculo concurre con la existencia de hijos de distintas uniones anteriores, hijos en común de una nueva unión, muchos de ellos conviviendo en forma permanente u ocasional en la vivienda familiar.

Desarrollaremos además herramientas notariales de protección a las personas vulnerables en sus diversas alternativas y grados de capacidad. Analizaremos la vulnerabilidad como condición que exorbita el concepto de capacidad jurídica. La fuerte tradición humanista en la que se inscriben los principios de la codificación unificada significó una revalorización de la condición de vulnerabilidad de la persona humana frente a las diferentes situaciones jurídicas por las que pasa a lo largo de su historia de vida. Como ejemplos, podemos mencionar la regulación de la vulnerabilidad económica en las relaciones de consumo (arts. 1092 y 1093), la vulnerabilidad cognoscitiva, que lleva a distinguir entre expertos y profanos e impone el deber de información (art. 1100), medios electrónicos (art. 1106 y ss.), publicidad inductiva (art. 1101) o la vulnerabilidad en las

relaciones de familia, que imponen el principio de libertad, amplitud y flexibilidad probatoria (art. 710). Este cambio de paradigma que venimos desarrollando impone la necesaria advertencia al jurista sobre la condición de vulnerabilidad humana como variable a tener en cuenta en cualquier análisis jurídico que se proponga. En este sentido podemos observar que las dificultades para que una persona comprenda los alcances y las consecuencias de un acto, pueden provenir de causas diversas como puede ser la falta de educación, la poca socialización, una enfermedad temporal, la vida en la pobreza extrema, la pertenencia a grupos minoritarios excluidos, como migrantes, pueblos originarios, adultos mayores, mujeres o niños, niñas y adolescentes, la condición sexual, o el analfabetismo digital. Esta dificultad para alcanzar la comprensión acabada de un acto y sus consecuencias resulta en estos casos de su condición de persona vulnerable. La persona nunca puede ser un sujeto condenado a la exclusión, sino que se deben poner en funcionamiento mecanismos o herramientas jurídicas de protección para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales de todas las personas en condiciones de igualdad. Por ello, las personas tienen derecho a recibir información por los medios y tecnologías adecuadas para su comprensión (art. 31 inc. d), que aseguren las condiciones de accesibilidad y que garanticen la inmediatez con el operador jurídico.

La palabra vulnerabilidad según el diccionario de la RAE⁷⁰, proviene del latín *vulnerabilis* y es un adjetivo que significa que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente.

El eje de la vulnerabilidad posibilita fijar la mirada en el más débil de la relación jurídica para considerarlo de manera especial, brindarle poder y dominio y mayor protección legal. "El estudio de la vulnerabilidad social se ha desarrollado desde un enfoque multidisciplinar, lo que brinda la posibilidad de estudiar los grupos vulnerables desde diferentes perspectivas metodológicas, y a distintas escalas, apareciendo así numerosas líneas de investigación que se abordan desde este enfoque"⁷¹. La noción de vulnerabilidad, aunque se encuentra en la actualidad en plena cristalización por parte

70 <https://dle.rae.es/vulnerable>

71 Diego Sánchez-González y Carmen Egea-Jiménez, Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252011000300006

del derecho, no nace esencialmente como un concepto jurídico, sino que deriva de conceptos de la sociología y la antropología humana. En principio, se presenta como un concepto vago, abierto, variable, graduable, latente y ajustable a las condiciones de la época y del lugar. Por ello, la vulnerabilidad como concepto exorbita las categorías jurídicas de capacidad e incapacidad, y se presenta como un nuevo enfoque social, como una condición humana, que permite visualizar la problemática de la desigualdad desde un doble aspecto, el individual y el social, y plantea necesariamente un reconocimiento doble, tanto de la situación de amenaza, como de la necesidad de un estatuto protectorio. Como concepto relacional, la vulnerabilidad es una condición, que puede ser actual o puede ser latente, puede aparecer y desaparecer, puede estar siempre presente, puede ser objetiva o subjetiva o pueden ser ambas. Asimismo, la condición de vulnerabilidad se visualiza como capas que ocultan o impiden el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de la persona humana, capas que se adicionan, se incrementan o que disminuyen. Esta visión permite comprender la realidad de otra manera, y generar planteos desde la perspectiva de la interseccionalidad y la transversalidad. La vulnerabilidad entrecruza muchos aspectos de la vida humana, es de la esencia del hombre su vulnerabilidad.

El vocablo “vulnerabilidad” expresa tanto la exposición al riesgo como la medida de la capacidad de cada persona para enfrentarlo a través de una respuesta⁷² inmediata. En una *primera* aproximación, podríamos decir que la vulnerabilidad es una condición humana frente a la cual, algunos tienen herramientas de reacción, recuperación y reconstrucción y otros no, porque presentan dificultades para alcanzar la resistencia frente a factores de riesgo, y no les basta con la libertad e igualdad declamada para todos, sino que son necesarias medidas extraordinarias de compensación del desequilibrio que sufren.

“Una persona se encuentra en situación de vulnerabilidad cuando, por una causa o por una conjunción de causas, no está en condiciones de igualdad real frente a otras, para ejercer con plenitud sus derechos”⁷³. La realidad nos muestra que existen distintos grupos en la sociedad que se encuentran

72 <http://hum.unne.edu.ar/revistas/geoweb/Geo2/contenid/vulner6.htm>

73 Concepto de persona en situación de vulnerabilidad en 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4 al 6 de marzo de 2008.

alcanzados no solo por una *causa* de *exclusión*, sino por muchas, que se presentan como capas que se superponen, que derivan de las relaciones sociales, históricas, económicas y culturales y que en definitiva operan como estructuras del poder. El criterio de la interseccionalidad⁷⁴ es útil para reflexionar sobre cómo se construyen las diferentes capas de vulnerabilidad en un sujeto, y como, por ejemplo, la tecnología contribuye al desarrollo de una capa⁷⁵ más de vulnerabilidad en ciertos grupos ya *marginales* y al nacimiento de una calidad objetiva o autónoma en grupos ajenos a este conflicto. Entonces diremos que hay grupos vulnerables, que, por sus condiciones *socioculturales*, su origen étnico, su género, su edad, su discapacidad o enfermedad o bien, por una combinación de factores, se encuentran en mayor grado de exposición y desprotección frente al riesgo tecnológico porque viven una realidad con mayores *impedimentos* para el disfrute igualitario y pleno de sus derechos fundamentales en iguales condiciones con los demás. En definitiva, estos grupos presentan ineptitud para identificar el riesgo tecnológico y enfrentar para prevenir el daño, lo que supone una incapacidad de respuesta *inmediata* o inhabilidad subjetiva para adaptarse rápidamente.

Las personas pueden ser vulnerables por factores endógenos o por factores exógenos o por su combinación de dos o más causas que las hace aún más endebles y por ello, susceptibles de mayor protección⁷⁶. Son personas *vulnerables* por su condición física o personal: los *niños*⁷⁷ por

74 La interseccionalidad es un término acuñado por primera vez en 1989, por la abogada feminista y defensora de los derechos humanos Kimberlé Williams Crenshaw, que es profesora de la Escuela de Derecho de UCLA y de la Facultad de Derecho de Columbia especializada en cuestiones de raza y género. Nació en Cantón, Ohio, en 1959, recibió un BA de Cornell en 1981, un JD de Derecho de Harvard en 1984, una Maestría en Derecho de la Universidad de Wisconsin-Madison en 1985, y ha sido parte de la Universidad de California, Escuela de Los Ángeles de Facultad de Leyes desde 1986.

75 Decimos entonces que la interseccionalidad es el término que se utiliza para describir la "simultaneidad de la opresión", el "solapamiento de opresiones", o el "entrelazamiento de opresiones".

76 Armella, Cristina N., y otros, "El notario. Ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables". UINL, Primer Premio de Investigación Jurídica de la UINL sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad en Revista Internacional del Notariado RIN 126 2020/2021, p. 129.

77 Corte IDH, OC-17/02, Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Rosendo Cantú et al. vs. México, Corte IDH, Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay; Corte IDH, Bulacio vs. Argentina; Corte IDH, Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú; Corte IDH, Masacre de Santo Domingo vs. Colombia; Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Corte IDH, Masacres de Ituango vs. Colombia.

su fragilidad física y su inmadurez (física y jurídica) a la que se puede sumar su *fragilidad* social, si pertenecen a un grupo minoritario, *detenido* o *migrante* o en un conflicto armado; las *mujeres*⁷⁸ cuya vulnerabilidad se incrementa si son niñas, o pertenecen a comunidades indígenas; las personas con capacidad restringida o discapacidad⁷⁹; los adultos mayores⁸⁰, los que pertenecen a minorías sexuales, y las pertenecientes a pueblos originarios o minorías raciales. Pero también son vulnerables, independientemente de su pertenencia a uno o más de los grupos mencionados, todas aquellas personas que se *relacionan* con internet, ya que la percepción *sensorial* del mundo analógico se encuentra tamizada por una determinada realidad digital cuya característica principal es la *masificación* del procesamiento de datos de forma ilimitada cuyo objetivo económico se encuentra enmascarado detrás de la pretendida gratuidad del servicio. Así, se crean nuevos riesgos, nuevas formas de poder y, en consecuencia, de satisfacción desigual de necesidades fundamentales y, en definitiva, de exclusión y de marginación.

La vulnerabilidad entonces también se presenta como una situación de desigualdad funcional que no permite que las mismas personas gocen de los mismos derechos en las mismas situaciones, para lo cual es necesario crear mecanismos y herramientas que equilibren la desigualdad funcional o social, devolviendo la igualdad sustancial que es esencia de toda persona humana. "La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona"⁸¹.

La vulnerabilidad puede ser estable o transitoria, con ello significamos que todos podemos estar potencialmente en una situación de riesgo en

78 Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México, Corte IDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México; Corte IDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, Corte IDH, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México; Corte IDH, Masacres de Río Negro vs. Guatemala; Corte IDH, Plan de Sánchez vs. Guatemala, Corte IDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México, Corte IDH, Rosendo Cantú vs. México; Corte IDH, Tiu Tojin vs. Guatemala.

79 Corte IDH, "Ximenes Lopes vs. Brasil", Corte IDH, "Furlán y familia vs. Argentina", Corte IDH, "Artavia Murillo (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica".

80 Sentencia "Poblete Vilches y familiares vs. Chile", 2018.

81 CIDH, OC 4, 19/01/1984, Propuesta de modificación de la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 55.

mayor o menor grado, con lo cual podría concluirse que la vulnerabilidad es una calidad propia de la condición humana.

La vulnerabilidad adquiere un matiz de suma relevancia, ya que constituye un factor que multiplica el riesgo, o sea la probabilidad de sufrir un daño.

La vulnerabilidad latente no tiene valor en sí misma, sino como potencial menoscabo, hasta que produce sus consecuencias. En consecuencia, el análisis jurídico deberá ponderar la capacidad de dar respuesta ante la causa generadora de esa desigualdad. Sin duda algunos se encuentran expuestos aun a un mayor riesgo por circunstancias de vida que tienen cierta perdurabilidad (niños, adultos mayores, personas con discapacidad) y otros por cuestiones esencialmente temporales o circunstanciales (enfermedad, pobreza) incluso las desventajas pueden resultar ministerio legis, por ser parte de una situación jurídica determinada, por ejemplo, el consumidor.

La igualdad real constituye la directriz, el objetivo que se aspira alcanzar, entonces la protección del vulnerable se presenta como un principio ordenador que aspira a lo óptimo y de la mejor manera posible.

La vulnerabilidad también es una situación de riesgo o de peligro "algo puede suceder". Es una condición humana frente a la cual, algunos tienen herramientas de reacción, recuperación y reconstrucción y otros no, porque presentan dificultades para alcanzar la resistencia a factores de riesgo y no les basta con la libertad y la igualdad declamada para todos, sino que son medidas extraordinarias de compensación del desequilibrio que sufren.

La condición de vulnerabilidad requiere una distinción fundamental con la situación de desvalimiento o desamparo, en esta última el sujeto ya no puede conectarse con sus recursos propios y tampoco con los de ayuda externa porque siente interiormente que ya no tiene recursos y que los externos tampoco pueden ayudarlo. Estas personas deben ser acompañadas, protegidas y alojadas. El alojamiento en el deseo de otro, siempre es necesario para que un sujeto pueda constituirse como tal, para que pueda hablar, pensar, aprender, y desplegar sus capacidades.

Conceptos a desarrollar

Como ya vimos, exploraremos alternativas notariales innovativas, jurídicas y prácticas para proteger a los menores, que en muchas ocasiones

resultan víctimas o rehenes de los conflictos de sus padres ante las crisis familiares y repercuten en sus derechos y necesidades.

Todas estas situaciones de conflictos en la provisión de la obligación del sostén y mantenimiento de los menores, que pueden complejizarse aún más ante la existencia de nuevas parejas formales o informales y el impacto del cumplimiento de las obligaciones alimentarias luego del establecimiento de nuevas relaciones de los padres, nos presenta un importante desafío de buscar y encontrar un lugar donde la intervención notarial puede resultar de utilidad para colaborar en la armonía e igualdad del tratamiento económico de todos los hijos de todas las relaciones.

Los marcos regulatorios de la disolución del vínculo, los que marcan las obligaciones que corresponden a la responsabilidad parental, las normas previstas para la partición de bienes de la comunidad o que poseen en común como condóminos, y la provisión de prestaciones de características alimentarias a los hijos tienen etapas procesales distintas, basándose algunas de ellas en resoluciones que regulan un acto puntual, tal como la disolución del vínculo matrimonial, o el que homologa el acuerdo de división de bienes, pero otros marcarán directivas y previsiones de prestaciones periódicas y continuadas como las resoluciones judiciales o los acuerdos parentales de cuotas alimentarias. Este último tema resulta normalmente conflictivo, ya se trate al momento de regular los ajustes o bien de garantizar el efectivo cobro en tiempo y forma.

En consecuencia, y atento a lo expuesto, analizaremos alternativas para garantizar la provisión de alimentos a los hijos por parte de los padres, con herramientas que permitan su acceso en forma auto liquidable y de satisfacción a primera demanda, sin necesidad de recurrir a complejos y lentos mecanismos de ejecución de las obligaciones asumidas, y desarrollaremos herramientas notariales para lograr que sean los mismos bienes de la comunidad o propios de cada uno de los padres sean los que generen las rentas que garanticen la provisión de fondos en situación de igualdad y sin necesidad de recurrir a procesos judiciales de ejecución.

También desarrollaremos herramientas notariales que permitan a un padre garantizar a los hijos menores de una nueva unión, el acceso al mismo nivel de vida que pudo darle a sus hijos mayores de edad (de la misma o de otra relación), aun con efectos para después de su muerte, pero sin desheredarlos o prever mejoras especiales que produzcan una tensa relación entre hermanos.

Mecanismos de garantía para la provisión de la cuota alimentaria

La disolución de los vínculos matrimoniales o entre convivientes, genera en muchos de los casos situaciones altamente conflictivas que no alcanzan a ser resueltas entre ellos en forma directa. Normalmente estas crisis se resuelven en el ámbito de tribunales. La realidad de los conflictos familiares determina que cada vez son más los padres que abandonan sus *roles*, los que se desentienden de sus obligaciones, y los que utilizan las normas que regulan el régimen de la disolución de la sociedad conyugal y las obligaciones alimentarias como un medio para agredir a su expareja.

Fideicomiso que administre una parte de los bienes de la comunidad para la generación de renta que satisfaga la cuota alimentaria

En este marco, los acuerdos de adjudicación de bienes por disolución de la sociedad conyugal, la fijación de las cuotas de alimentos y las garantías posibles para las prestaciones alimentarias convenidas, suelen ser, la mayoría de las veces, objetivos difíciles de alcanzar. Y aquí encontramos una nueva aplicación de una herramienta jurídica múltiple que es el fideicomiso.

Recordamos que, en cada caso, los matices propios del conflicto requerirán adecuar el proyecto de fiducia al problema puntual, pero, en líneas generales, podemos dividir el tratamiento de la aplicación del fideicomiso a este tipo de problemática en dos grandes grupos: el primero supone el caso en que ambos cónyuges separan una masa de bienes (entre los que, seguramente, la mayor parte serán de la comunidad, pero nada obsta a que los bienes que generen las rentas sean propios de alguno de los padres), para que con la administración de ellos se generen, a través de la producción de renta locativa, los fondos necesarios para cubrir el valor de la cuota alimentaria.

Supongamos que el patrimonio de la comunidad se encuentre integrado por varios bienes inmuebles, adquiridos durante la vigencia del matrimonio. El objetivo de esta propuesta es que parte de esos bienes sirva para responder con sus frutos al mantenimiento de los hijos del matrimonio. Podríamos plantear a modo de ejemplo, que uno o dos inmuebles se adjudiquen a uno de los excónyuges y otro tanto al restante; y que los remanentes sean aportados al fideicomiso con un encargo: el fiduciario deberá alquilarlos, y con el producto de lo obtenido, proceda a abonar

los gastos de salud, educación, vestimenta, alimentación, recreación de los menores hasta que el menor de ellos alcance la edad de 25 años (el condicionante es arbitrario y a solo tenor ejemplificativo) y que al alcanzar esa edad, los bienes sean adjudicados a los excónyuges en iguales proporciones, o sean vendidos y su producido distribuido conforme a lo resuelto de común acuerdo.

Esta dinámica permitirá prescindir de la adjudicación de la carga alimentaria a uno solo de los padres, ya que será el patrimonio común el que responderá frente a los gastos comunes de los hijos. Podrán los padres fijar un régimen más abierto de tenencia y visitas, ya que el costo de su sostenimiento no será motivo que justifique un mejor derecho a percibir la cuota alimentaria.

La administración del patrimonio por parte de un tercero (fiduciario) ajeno a la relación afectiva, y la separación patrimonial, generando un patrimonio de afectación, evita las interferencias que los conflictos familiares puedan repercutir en la provisión de fondos para los hijos, y además protege a ese patrimonio de las contingencias económicas de los excónyuges, ya que sus acreedores solo podrán subrogarse en los derechos que les corresponden como beneficiarios o fideicomisarios al extinguirse el fideicomiso, pero nunca alterando o interfiriendo con los derechos de los menores.

Son claras las ventajas de este mecanismo de autogeneración de la cuota alimentaria, frente a las complicaciones que provocaría la alternativa de que la obligación de su suministro quede a cargo de solo uno de ellos, lo que obligaría a iniciar una demanda por cobro de alimentos, luego a embargar bienes (si aún existen en su patrimonio) y recién luego de la ejecución forzada de los mismos permitir que esos fondos lleguen a sus destinatarios finales que son los hijos. La fluida provisión de fondos en el momento en el que son requeridos, constituye una protección eficaz a favor de los menores, prescindiendo del arbitrio de los encargados de su provisión.

Podríamos utilizar la misma figura con efecto *post mortem* a través de un fideicomiso testamentario, donde se pueda garantizar la igualdad de acceso a las necesidades de hijos habidos en diferentes uniones, o dentro de la misma unión con mucha diferencia de edad entre ellos.

El supuesto a analizar, contempla el caso de una persona que tuvo hijos de una primera unión que hoy son mayores, y de una segunda unión

tuvo hijos que al día del testamento tienen solo 8 y 10 años. La intención del testador es que los hijos menores puedan acceder al mismo nivel de educación y de nivel de vida que alcanzaron sus hermanos mayores, pero no pretende una mejora a favor de los menores que repercuta en una quita a otros hermanos. Para lograr este objetivo, podrá utilizar su porción disponible para la constitución de un fideicomiso testamentario, que permita que con las rentas obtenidas por ese fondo se satisfagan las necesidades de los menores hasta que alcancen la edad de 25 años, y que el remanente del patrimonio afectado al cumplirse la condición mencionada se distribuya entre todos los hermanos en partes iguales.

Fideicomiso autoliquidable de satisfacción a primera demanda para garantizar el pago de la cuota alimentaria

Plantaremos en este análisis el supuesto donde la obligación alimentaria se encuentra a cargo de uno de los padres y se financia con recursos generados por el obligado.

La falta de pago en término de sus obligaciones, demandaría por la vía ordinaria un reclamo judicial que provocaría la traba del embargo de alguno de sus bienes o la traba de una inhibición general de bienes, para proceder luego a la subasta, y con el dinero proveniente de la misma recién hacer frente a las obligaciones alimentarias incumplidas.

Como solución notarial para la resolución de esta contingencia, y a los efectos de agilizar el procedimiento liquidatorio proponemos, a través de la figura del fideicomiso, la separación y afectación de una masa de bienes (que pueden ser parte de los que en el acuerdo particionario se le adjudiquen o bien que se trate de bienes propios), para garantizar el cumplimiento puntual de su obligación.

Aquí, el fideicomiso como mecanismo de garantía autoliquidable puede ser una solución importante que permitirá eventualmente destrabar la necesidad de judicializar la realización del bien.

Tratándose de bienes inmuebles, automotores u otros bienes registrables, la verificación objetiva de la mora (por ejemplo, mediante la verificación de la falta de pago de dos cuotas consecutivas a través del *homebanking* sobre la cuenta afectada al pago) habilitará al fiduciario a poner en marcha el mecanismo de realización privada del bien. Para este supuesto, al suscribirse el contrato de fideicomiso en garantía del cumplimiento de la

obligación alimentaria, el obligado al pago establecerá el mecanismo de venta privada, la designación del corredor inmobiliario que se ocupe de la comercialización, y el valor en el que será ofrecido, y con esos parámetros, el fiduciario, ante la mora procederá a la realización privada del bien, sin necesidad de recurrir a mecanismos de ejecución forzada judicial.

Por supuesto que la efectivización de la garantía sería mucho más sencilla y operativamente inmediata si lo aportado en garantía es un plazo fijo o fondo de inversión, que permita la posibilidad de cobro en forma instantánea ante la mora. Podrá en este caso, **a primera demanda del padre** a cargo de la tenencia del menor ante la simple **verificación objetiva de la mora** (comprobada por el fiduciario a través de la verificación de la cuenta donde se efectúa el depósito de la cuota por el *homebanking*) proceder a disponer de una porción del plazo fijo dado en garantía fiduciaria, operando de esta forma como mecanismo **autoliquidable**.

Aquí, uniendo problemáticas propias del derecho de familia, planteamos la posibilidad de utilizar el fideicomiso como mecanismo de simple garantía, consistente en que el progenitor obligado al pago de alimentos provea un sistema para afianzar el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias. Muchas veces los acuerdos familiares no se perfeccionan por desconfianza mutua, por el recelo que se genera en la relación de los exesposos, o por la práctica de traducir los sentimientos agresivos del matrimonio frustrado en presiones económicas. Mediante un contrato de fideicomiso se pueden obtener varios beneficios, entre los que más se destacan la posibilidad de destrabar acuerdos familiares de fijación y mecánica del pago de la cuota alimentaria, de adjudicación por disolución de sociedad conyugal, o simplemente para mejorar la relación entre las partes.

La situación que se planteó en este caso supone la obligación de pago de los alimentos a cargo del padre, y no se la delega en el fiduciario, sino que la finalidad propia del contrato es simplemente de garantía. El fiduciante obligado a pagar la cuota tendrá que abonarla puntualmente, y solamente intervendrá el fiduciario cuando se genere una situación de mora o incumplimiento. En este sentido, funciona como cualquier contrato de garantía fiduciaria y podrá el padre moroso ser ejecutado para que cumpla con la obligación omitida, pero mientras que eso sucede la provisión de fondos para el sostenimiento de los menores se mantiene con fluidez.

En cuanto al procedimiento de implementación, muchas veces los profesionales del derecho oficiamos de mediadores en las disputas familiares. Somos consejeros y constituimos un tercero imparcial, depositario de la confianza de ambas partes. Entonces podemos sugerir esta instrumentación para resolver el conflicto.

A modo de guía, y para los dos supuestos planteados indistintamente, elaboramos un esquema con los pasos a seguir en un conflicto familiar, generado en un divorcio con adjudicación de bienes gananciales, con atribución de la tenencia de los hijos, y fijación de cuota alimentaria.

En primer lugar, deberá tramitarse el proceso judicial de divorcio vincular, por presentación conjunta, ante los tribunales de familia, el que finalizará solamente con la disolución del vínculo y de la sociedad conyugal. Se sugiere no incorporar los bienes del matrimonio al proceso judicial de divorcio y su adjudicación privada, por escritura pública. Dicha adjudicación se puede otorgar e inscribir simultáneamente con el contrato de fideicomiso, en actos separados, u optarse por el sistema de tracto sucesivo abreviado.

Ambos padres se constituyen en fiduciantes de un contrato de fideicomiso para la provisión de la cuota alimentaria de sus hijos menores de edad, pudiendo establecer, si así lo quieren y convencionalmente, que la obligación se extenderá más allá de la minoridad, y hasta la independencia económica de los hijos. Esto podría cubrir la etapa de formación universitaria o terciaria de los hijos, y obviamente, se extiende más allá de las obligaciones impuestas por el ejercicio de la patria potestad. Obviamente, si el obligado es uno solo de los padres, solo él será el fiduciante.

Los padres, de común acuerdo, designarán un fiduciario que responda a sus expectativas de imparcialidad, probidad y habilidad en administración. Los que han participado de las jornadas de perfeccionamiento ya conocen que propulsamos la intervención de los notarios como fiduciarios, y puntualmente en este supuesto, el escribano puede desempeñar el *rol* no solo adecuada, sino eficientemente.

Simultáneamente se celebra el contrato de fideicomiso y se otorgan las escrituras de transmisión de la propiedad fiduciaria de los bienes. Huelga aclarar que, si el notario es fiduciario, no podrá ser el interviniente en la escrituración.

Se designan como fideicomisarios, o destinatarios finales de los bienes, a ambos fiduciantes, a quienes corresponderán los bienes incluidos en el fideicomiso en forma exactamente igual a la aportada, que además coincidirá con la adjudicación hecha en la disolución de la sociedad conyugal. Si el que otorga la garantía es solo uno de los padres, él será el fideicomisario. Esto brinda la salida no litigiosa del contrato una vez agotada su finalidad.

Durante la vigencia del contrato, los inmuebles quedan inscriptos en los respectivos registros de la propiedad inmueble con la identificación de "dominio fiduciario", bajo la titularidad del fiduciario. Se ruega la registración, recordando incluir en las minutas el plazo o condición y la rogación expresa de las restricciones que se imponen al fiduciario con relación a los actos de disposición, ya sea por enajenación o gravamen.

Finalizado el contrato, deberán retransmitirse los bienes a sus titulares definitivos. Esta retransmisión se efectúa conforme a la naturaleza de los bienes que componen el fideicomiso, es decir, en caso de inmuebles por transmisión escrituraria, con la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. Si se han incorporado automotores, se operará la transferencia ante el Registro Nacional de la Propiedad Automotor, y si se trata de bienes muebles, se operará la tradición, preferentemente documentada juntamente con la resolución del contrato.

El modelo que se incorpora a este trabajo como anexo se aplica al primero de los supuestos, suponiendo que ya se han cumplido todos los pasos previstos anteriormente, el divorcio y la adjudicación de los bienes se ha instrumentado y el padre de los menores, obligado al pago de una cuota alimentaria, asegura tanto la provisión de vivienda como el pago de la cuota alimentaria.

El fideicomiso en la protección de incapaces o personas capaces con régimen de apoyos

La sociedad ha tenido, desde siempre, la necesidad de idear sistemas de protección para algunos de sus miembros, como es el caso de los incapaces. Particularmente el derecho, mediante su sistema normativo, generalmente de características tuitivas, ha buscado brindar protección, tanto a los aspectos vinculados con el patrimonio de los incapaces como a la seguridad y protección de su persona, su desarrollo pleno, su aten-

ción en la salud, educación y todos los aspectos que hacen a su vida de relación y a su persona. Así tenemos los regímenes de la minoridad, de restricciones a la capacidad, apoyos y de la insania, que establecen sistemas de representación legal, necesaria, generalmente a cargo de aquellos sujetos que, por razones de parentesco y afecto, se encuentran más cerca del incapaz.

Ahora y siempre, teniendo en cuenta el carácter de orden público de las normas que rigen el régimen de menores, capacidad restringida, apoyos e incapaces, tenemos una nueva herramienta para desdoblar la protección a los incapaces, ya que el fideicomiso permitirá crear un sistema que, más allá de la representación legal, de los apoyos, la tutela y de la curatela, permitirá establecer esferas diferenciales de actuación, para elaborar a la medida de cada caso en particular, un sistema mixto, en parte a través de la solución legalmente establecida para cada caso de restricciones a la plena capacidad o incapacidad (apoyos, tutela o curatela), con un sistema de gerenciamiento que permitirá entrelazar la actividad del apoyo, tutor o curador, con la actividad de un fiduciario que será aquel sujeto capaz de proveer mejor a la atención de los recursos económicos del incapaz⁸².

Suele ser frecuente, en estudios jurídicos y notarías, el caso de los padres de un incapaz que acuden pidiendo una solución a su problema, generalmente basado en sus temores sobre la dirección de la persona del incapaz y la supervisión de sus bienes, para el momento en que ellos no estén para asistirlo. Generalmente sucede que aquella persona o institución que reúne las condiciones de idoneidad y afecto hacia el incapaz para dirigir su persona, atender a su plano físico, mental, salud, educación y formación, no reúne los requisitos buscados para administrar el patrimonio, y como una cosa se vincula con la otra, los padres temen por el futuro económico del incapaz, lo que seguramente redundará en una importante limitación en la provisión de recursos para atender a otras necesidades suyas. Además, la titularidad de los bienes suele ser problemática, ya que un acto de disposición de bienes del incapaz, que puede ser a todas luces ventajoso patrimonialmente para él, si se realiza

82 No necesariamente el tutor o curador del incapaz deben ser personas diferentes del fiduciario, ya que podrá el mismo sujeto desarrollar ambos roles, los que, lejos de excluirse, se complementan.

mediante la representación de su tutor o curador, implicará una actividad judicial que traerá como consecuencia el encarecimiento de la gestión, cuando no una demora que hará perder la rentabilidad al negocio. En este marco expuesto, aportamos a este trabajo de investigación sobre personas con discapacidad la idea de fideicomiso de administración para la protección de un incapaz⁸³.

La idea es simple: frente al problema concreto de la incapacidad de un sujeto, su familia puede atribuir a una persona la representación, la dirección de la persona con la contención afectiva que esto supone, designándose por la vía legal correspondiente (tutela/curatela) una persona que asuma este *rol*. Paralelamente puede disponer, mediante un contrato de fideicomiso, la separación de una masa de bienes suficientes que se transformarán en el patrimonio de afectación destinado a solventar las necesidades económicas del incapaz. Así, una persona se ocupará de los aspectos personales, y otra de los aspectos patrimoniales, creando por vía convencional un sistema mixto que optimice la gestión, brindando seguridad y certidumbre al futuro de aquella persona que necesita de esta protección.

Si bien cada caso debe analizarse particularmente, ya que cada incapaz y su familia tendrán una problemática diferente, intentamos, como en cada uno de los casos ejemplificados en esta obra, acercar un modelo de contrato de fideicomiso que puede adaptarse y ser utilizado como base para su adaptación a casos particulares.

Protecciones que los padres y el Estado deben brindar a los niños en el ecosistema digital

El ecosistema digital y el principio del interés superior del niño

Como vimos, el interés superior del niño es un principio reconocido por la mayoría de las legislaciones del mundo que han ratificado a lo largo de todos estos años la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo, la amenaza que representa el ecosistema digital para el desarrollo de los

83 El proyecto ideado para este caso en modo alguno supone que puedan omitirse los procedimientos judiciales establecidos en el régimen de la tutela y la curatela, que deberán, de todos modos, tramitarse a los fines de la designación del representante legal del incapaz.

derechos en la infancia pone de manifiesto la tensión entre la autonomía del niño y la necesaria intervención familiar y/o estatal para garantizar el acceso equitativo y seguro de los niños al ecosistema digital.

El avance tecnológico puso de manifiesto carencias sociales y jurídicas para afrontar la vinculación de la infancia con el ecosistema digital, que representa un espacio en donde se desarrollan funciones sociales, educativas, los servicios gubernamentales y de comercio. Las relaciones intersubjetivas han mutado de lugar, las plataformas digitales y las redes sociales invaden absolutamente todas las relaciones sociales. En este camino, los nativos digitales no conciben su desarrollo personal fuera de la virtualidad. Este mundo les proporciona una aparente libertad de acceso, de pensamiento, de opinión, de elección y de expresión, pero también les brinda un ámbito de manipulación y perfilamiento, que carece de regulación, que cambia de lugar las relaciones jurídicas, pasando de un espacio determinado a uno indeterminado, que adquiere un carácter universal y potencialmente ilimitado, sin fronteras políticas o geográficas.

La era digital representa una amenaza al desarrollo de la infancia, por ello la adopción de medidas gubernamentales para regular el ecosistema digital deberá tener como horizonte el principio del interés superior del niño por sobre los intereses comerciales y económicos de las empresas monopólicas que lideran la virtualidad. Es necesario prestar atención en la edad de la emancipación digital y a los efectos que produce la tecnología en el desarrollo cognitivo, emocional y psicosocial de los niños, en particular en los primeros años de vida, cuanto la plasticidad del cerebro es máxima y su entorno es fundamental para el desarrollo de su personalidad, así como la sociabilización con sus pares y el intercambio con la naturaleza.

En la República Argentina el 60 % de los niños vive hoy bajo el límite de la pobreza y tiene dificultades para acceder a internet y para desarrollar competencias digitales. La pandemia COVID-19 produjo la transición obligada a los ambientes de aprendizaje virtual, transformándose en el único lugar de desarrollo de las aptitudes educativas y psicosociales. Este hecho demostró las dificultades que tuvieron que atravesar estos niños para acceder al derecho básico y fundamental de la educación. Para hablar de sociedad digital, todos debemos tener acceso libre e igualitario a internet, sino la tecnología abre otra brecha de discriminación que se suma a la que transitan actualmente estos niños.

El paso del oráculo al soberano como explica Harari⁸⁴ es preocupante en la infancia, ya que las herramientas de reacción y resistencia, recién se están desarrollando en la personalidad del niño, así podrían abandonar sus propios juicios psicológicos o decisiones importantes y confiar en la decisión tomada por los algoritmos, sacrificando su libertad. Los riesgos en línea se multiplican y viralizan tan rápidamente como se siguen desarrollando nuevas tecnologías. Los niños son expuestos a contenido no deseado o inapropiado, que puede incluir imágenes sexuales, pornográficas y violentas o algunas formas de publicidad, material racista, discriminatorio o de odio, y sitios web que defienden conductas poco saludables o peligrosas como autolesiones, suicidio o anorexia. El interés superior del niño como principio protector de los derechos de la infancia deberá marcar los límites de utilización de los servicios digitales para evitar y erradicar todo tipo de violencia en el entorno digital, como resultado del diseño y el funcionamiento de sus servicios digitales.

Asimismo, el niño está expuesto constantemente a la participación en comunicaciones arriesgadas con adultos que buscan contacto inapropiado para fines sexuales. De forma inconsciente y debido a su condición de vulnerabilidad etaria, los niños comienzan a comportarse de una manera que contribuyen a la producción de material riesgoso, odioso, homofóbico, que incita al racismo o que exhibe imágenes sexuales o humillantes. En el entorno digital puede existir información que incite a la violencia, el racismo, la pornografía, así como relatos falsos, desinformación e información que persuada a los niños a participar en actividades ilícitas o perjudiciales. "Los estados partes deben proteger a los niños contra los contenidos nocivos y poco fiables y garantizar que las empresas pertinentes y otros proveedores de contenidos digitales elaboren y apliquen directrices que permitan a los niños acceder de forma segura a contenidos diversos, reconociendo los derechos de los niños a la información y a la libertad de expresión, y protegiéndolos al mismo tiempo frente a ese material nocivo de conformidad con sus derechos y la evolución de sus facultades"⁸⁵.

84 Harari, Yuval Noah, *Homo Deus, breve historia del mañana*, traducción de Joandomenec Ros, 14 ed., Buenos Aires, Penguin Random House Grupo Editorial, 2020.

85 Observación General 25 (2021), párr. 54; Observación General 16 (2013), párr. 58; y Observación General 7 (2005), párr. 35.

Finalmente, uno de los riesgos o amenazas más preocupantes es la manipulación de la infancia a través de los sesgos algorítmicos y la manipulación de la identidad digital de los niños a través de la inteligencia artificial, no solo en el caso de redes sociales, servicios y aplicaciones digitales, sino y principalmente en caso de realidad virtual y aumentada, inteligencia artificial, robótica, y juguetes digitales, que colocan en riesgo de vulneración, su derecho a la intimidad e identidad digital. "... Muchos de estos procesos entrañan la participación de múltiples socios comerciales, lo que crea una cadena de suministro de actividades comerciales y de procesamiento de datos personales que puede dar lugar a violaciones o vulneraciones de los derechos de los niños, por ejemplo como resultado de características de diseño publicitario que anticipan las acciones del niño y lo guían hacia la búsqueda de contenidos más extremos, de notificaciones automatizadas que pueden interrumpir el sueño o del uso de la información personal o la ubicación de un niño para transmitir contenidos potencialmente nocivos con fines comerciales"⁸⁶.

"La protección digital de los niños debe ser parte integrante de las políticas nacionales de protección de la infancia. Los Estados partes deben aplicar medidas para proteger a los niños de los riesgos asociados con ese entorno, como la ciberagresión y la explotación y los abusos sexuales de niños en línea facilitados por la tecnología digital, asegurarse de que se investiguen esos delitos y ofrecer reparación y apoyo a los niños que sean víctima de esos actos"⁸⁷.

Este escenario también plantea riesgos relacionados con la violación o abuso de los derechos de los niños y el crecimiento exponencial de los casos de *cyberbullying* o ciberacoso, *grooming*, *sexting*, *sharenting*, y otras conductas riesgosas en línea como la utilización y el perfilamiento del niño para definir tipologías de consumidores y usuarios.

El *cyberbullying* tiene lugar cuando una persona menor sufre violencia digital a través amenazas, hostigamiento, humillación u otro tipo de molestias de forma reiterada y deliberada por parte de otras personas menores de edad a través de medios electrónicos. Este acoso se puede dar mediante la publicación de textos, imágenes, videos y audios a través de los distintos medios digitales como redes sociales (Facebook, Instagram,

86 Observación General 24 (2021), párr. 40.

87 Observación General 25 (2021), párr. 25.

Twitter), mensajería instantánea (WhatsApp), correo electrónico, aplicaciones, videojuegos, etc. Una de las características del *ciberbullying*, a diferencia del *bullying* en el "mundo físico", es la posibilidad de viralización, es decir, que algunos contenidos comiencen a ser compartidos rápidamente por distintos usuarios, llegando a personas que se encuentran fuera del círculo conocido. La viralización puede potenciarse por dos características: por un lado, la falta de empatía que genera el mundo virtual. La empatía es la capacidad que tiene una persona de ponerse en el lugar del otro. Cuando no tenemos a la otra persona frente a frente, es mucho más difícil percibir el efecto que pueden generar nuestros actos sobre ella, y peor todavía, a veces hasta nos olvidamos que hay una persona del otro lado. Por otro lado, la viralización puede potenciarse por la falsa sensación de anonimato que representa la red. Muchas veces pareciera que un "me gusta" es algo insignificante, que se pierde entre muchos otros "me gusta". Pero detrás de cada *click* hay una persona que está fomentando la agresión, y otra que la está sufriendo. Entonces, esta falta de empatía y la falsa sensación de anonimato pueden provocar que personas que no acosarían a otras en forma personal, sí lo hagan en el mundo virtual, ya que al estar mediados por una pantalla no pueden registrar el efecto de la violencia, humillación y discriminación en el otro. Asimismo, muchas veces los jóvenes (y también adultos) producen contenidos de índole sexual, como fotos o videos íntimos, que no están destinados a su circulación pública. Sin embargo, diversas circunstancias pueden derivar en su difusión en redes sociales o web. Es una de las prácticas entre los jóvenes con el uso de tecnología es la producción de contenidos de índole sexual, principalmente fotos y/o videos íntimos. La pornovenganza, pornografía vengativa o *revenge porn*, aparece como una nueva modalidad de extorsión, escrache o venganza multimedial. Por esto entendemos al contenido sexual explícito que se publica en la web o se distribuye por servicios de mensajería instantánea, sin el consentimiento del individuo que aparece en las imágenes. Existe entonces una filmación o un registro fotográfico de un acto sexual entre dos personas adultas, de manera consensuada y voluntaria, y luego una de ellas la publica a través de una página web, o la comparte a través de una app (como WhatsApp), vía mail o red social.

El *grooming* es el acoso sexual por parte de un adulto a un niño en el ecosistema digital. En Argentina, el *grooming* es un delito tipificado por

la ley 26.904 del año 2013 que incluyó el delito en el Código Penal en cumplimiento de las obligaciones asumidas en la Convención de Budapest sobre ciberdelincuencia del 23 de noviembre de 2001, aprobada por la ley 27.411 del 22 de noviembre de 2017. La penalización incluye prisión de 6 meses a 4 años a quien, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, o cualquier tecnología de transmisión de datos, contacte a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma. "Una reparación adecuada incluye la restitución, la compensación y la satisfacción, y puede requerir una disculpa, una corrección, la eliminación de contenidos ilícitos, el acceso a servicios de recuperación psicológica u otras medidas"⁸⁸. En relación con las vulneraciones en el entorno digital, los mecanismos de reparación deben tener en cuenta la vulnerabilidad de los niños y la necesidad de actuar con rapidez a fin de detener los daños actuales y futuros. Los estados partes deben garantizar la no concurrencia de las vulneraciones mediante, entre otras cosas, la reforma de las leyes y políticas pertinentes y su aplicación efectiva"⁸⁹.

Finalmente, el *sharenting* es el acto de compartir imágenes de niños, niñas y adolescentes (NNA) por parte de sus padres. Esta conducta de los progenitores puede vulnerar el derecho a la intimidad de los niños, creando una huella digital y contenido personalísimo aún antes de haber nacido⁹⁰, sin derecho a participar en la decisión y sin posibilidad hasta la fecha de ampararse en el derecho al olvido. Por lo cual es importante trabajar el concepto de responsabilidad parental y del interés superior del niño, desde la visión del consentimiento del NNA en relación con su autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído. "La privacidad es vital para la autonomía, la dignidad y la seguridad de los niños y para el ejercicio de sus derechos... Estas amenazas también pueden surgir como resultado de las propias actividades de los niños y de las actividades de los miembros

88 Observación General 5 (2003), párr. 24.

89 Observación General 25 (2021), párr. 46.

90 Fotos inocentes de niños, niñas y adolescentes subidas por sus progenitores o referentes afectivos pueden ser capturadas inmediatamente por redes de pornografía infantil de la *deep web* para la diseminación de imágenes sexualmente abusivas de niños por razones personales o comerciales; o pueden ser alteradas y compartidas en grupos o redes de pedofilia en línea; pueden ser utilizadas en secuestros digitales, *grooming* o pueden ser viralizadas en grupos escolares objeto de acoso escolar o *ciberbullying*.

de la familia, sus iguales u otras personas, por ejemplo, cuando los padres publican fotografías en línea o una persona desconocida difunde información sobre un niño⁹¹.

Los derechos de los niños deben respetarse, protegerse y hacerse efectivos en el entorno digital. El ecosistema digital no fue pensado originariamente para los niños, sin embargo, desempeña un papel importante en su vida. "Los Estados partes deben cerciorarse de que, en todas las actuaciones relativas al suministro, la regulación, el diseño, la gestión y la utilización del entorno digital, el interés superior de los niños sea una consideración primordial. En esas actividades, los Estados deben recabar la participación de los órganos nacionales y locales encargados de vigilar que se hagan efectivos los derechos de los niños. Al considerar el interés superior del niño, deben tener en cuenta todos los derechos de los niños, incluidos sus derechos a buscar, recibir y difundir información, a recibir protección contra todo daño y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, y deben asimismo garantizar la transparencia en lo tocante a la evaluación del interés superior del niño y a los criterios aplicados al respecto"⁹².

El principio del interés superior del niño debe ser la guía tanto para los Estados como para la familia, la escuela y todos los ámbitos en donde el niño se relacione y en particular para las empresas comerciales que recaban, procesan y utilizan datos personales de niños. Para que los niños, niñas y adolescentes comprendan la relevancia de estar construyendo su identidad en un espacio público –como son los entornos digitales–, es importante que los adultos dialoguen con ellos sobre una serie de conceptos clave para promover la concientización y lograr un uso responsable de las tecnologías de la información y comunicación.

Es importante, por eso, generar instancias de diálogo sobre la construcción de la identidad digital como complemento de su identidad biológica, que los acompañará durante toda su vida y que puede tener consecuencias positivas o negativas tanto en el presente como en el futuro. También es necesario hablar sobre el contenido que deben y no deben compartir públicamente y ayudarlos a respetar su privacidad y la de los demás. El uso de los dispositivos digitales no debe ser perjudicial, ni sustituir las interacciones

91 Observación General 25, párr. 67.

92 Observación General 25 del Comité de los Derechos del Niño, párrafos 12 y 13.

personales entre los niños, o entre estos y sus padres o cuidadores o entre estos, aquellos y la naturaleza, porque las interacciones humanas y con la naturaleza, también integran el concepto de salud que incluye no solo el bienestar físico, sino también el mental, social y espiritual. "Los estados partes deben garantizar la aplicación de mecanismos eficaces de protección digital de los niños, así como de normativas de salvaguardia, respetando al mismo tiempo los demás derechos de los niños, en todos los ámbitos en que estos acceden al entorno digital y que incluyen el hogar, los entornos educativos, los cibercafés, los centros juveniles, las bibliotecas y los centros de atención sanitaria y modalidades alternativas de cuidado"⁹³. Las posibles consecuencias del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la salud y la felicidad de los niños, es una preocupación pública en ascenso. Los investigadores reconocen que el uso excesivo de la tecnología puede contribuir a la depresión, ansiedad, adicción, fragilidad, asilamiento y violencia, por ello el sector privado y la industria de la tecnología tiene una responsabilidad agravada para medir las consecuencias del uso de la tecnología en la infancia⁹⁴.

Bibliografía

Abreut de Begher, Liliana. *Los cambios del Código Civil y Comercial de la Nación sobre los derechos reales. Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de la Nación*; compilado por Graciela Wüst, 1º ed. adaptada, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2º ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Dabove, María Isolina. "Vivienda y derecho de la vejez", en *Revista de la Facultad*, Vol. X, N° 2, Nueva serie II, 2019.

Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores.

Huenchuan, Sandra. "Los Derechos de las Personas Mayores. 2 Los derechos de las personas mayores en el ámbito internacional", p. 3. Centro Latinoamericano y Caribeño

93 Observación General 25.

94 UNICEF, Estado Mundial de la Infancia 2017, Niños en un mundo digital. Puede consultarse en: <https://www.unicef.org/media/48611/file>

de Demografía (CELADE), División de Población, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), director: Dirk Jaspers.

Sáenz de la Plaza, Laura. *Cohousing. Alternativa residencial para un envejecimiento activo*, Escuela Superior de Arquitectura. Universidad Politécnica de Madrid.

Villegas, Héctor B., *Curso de Finanzas Derecho Financiero y Tributario*, 6º ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 282.

Anexos

Contrato de fideicomiso de administración de bienes con generación de fondos para afectar al pago de las cuotas alimentarias

El contrato

[**Encabezamiento.**] En la ciudad y partido de...

[**Sujetos comparecientes.**] Comparecen, por una parte, el señor AA y la señora BB, los dos divorciados de sus primeras nupcias entre sí según sentencia de fecha... dictada en autos..., que en testimonio tengo a la vista y en copia agrego. Y, por otra parte, el señor CA; todas personas capaces para este acto y de mi conocimiento, doy fe.

[**Cláusula de relación.**] Quienes intervienen por sí y dicen que vienen por este acto a otorgar un contrato de fideicomiso de administración, que se registrará por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación y las demás normas que resulten de aplicación, y por las siguientes cláusulas y condiciones:

[**Partes.**] PRIMERA. Los señores AA y BB adquieren en este acto el carácter de fiduciantes, y así serán llamados en lo sucesivo. El señor CA adquiere en este acto el carácter de fiduciario, y así será llamado en adelante.

[**Beneficiarios.**] SEGUNDA. Los fiduciantes designan como beneficiarios de este contrato a sus hijos menores...

[**Fideicomisarios.**] TERCERA. Asimismo, y por disposición de los fiduciantes, adquieren el carácter de fideicomisarios, o destinatarios finales de los bienes que compongan el patrimonio fideicomitado, los fiduciantes, quienes al tiempo de la extinción del presente contrato recibirán en la forma que más adelante se indica, la totalidad de los bienes habidos en el fideicomiso.

[**Bienes a incorporar al patrimonio fiduciario.**] CUARTA. Los fiduciantes se obligan a transferir, a favor del fiduciario, los bienes de su propiedad consistentes en: 1) una unidad funcional de vivienda y su cochera; 2) una finca, terreno, edificación y demás mejoras que contiene ubicada en el ejido; 3) un depósito a plazo fijo transferible por la suma de dólares..., realizado en forma conjunta por los fiduciantes. La transmisión de do-

minio de los inmuebles se opera en escritura pública de transmisión de dominio fiduciario, que se otorga simultáneamente con este contrato, y el depósito a plazo fijo se endosa en este acto y se entrega al fiduciario designado. Los bienes transmitidos como consecuencia de este contrato constituyen el patrimonio fideicomitido.

[**Acrecimientos. Reinversión.**] QUINTA. El patrimonio de este fideicomiso será aumentado con aquella parte de las rentas producidas por los bienes que lo integran, que no sean efectivamente percibidas por los beneficiarios, o que no se apliquen a los gastos de administración y retribución del fiduciario. De tal modo que todos los bienes que sean adquiridos con fondos provenientes de las rentas de los inmuebles que constituyen el patrimonio fideicomitido, o los intereses y acrecimientos del dinero transferido en este acto, adquirirán, a su vez, el carácter de bienes del fideicomiso, siendo obligación del fiduciario expresarlo de esa forma en el título de adquisición de los mismos. Podrá el fiduciario adquirir bienes muebles, inmuebles, semovientes o de cualquier naturaleza, dinero, moneda nacional o extranjera, títulos de crédito, acciones, bonos y cualquier tipo de bien que crea conveniente a modo de inversión de los bienes del fideicomiso.

[**Subrogación real.**] SEXTA. Se entiende que es de aplicación la subrogación real, y, en consecuencia, la adquisición de bienes realizada con fondos del fideicomiso, determinará que los mismos adquirirán la calidad de bienes fiduciarios.

[**Objeto del contrato de fideicomiso.**] SÉPTIMA. El presente contrato de fideicomiso tiene por objeto separar, por causa de la disolución de la sociedad conyugal que uniera a los fiduciantes, una masa de bienes que con su renta y frutos genere los fondos suficientes para el pago de la cuota alimentaria de sus hijos menores de edad, que revisten el carácter de beneficiarios. La finalidad prevista tiende a la protección de los beneficiarios, mantenimiento y atención de la salud, educación, subsistencia y manutención, quedando su actividad principal determinada por las necesidades materiales que los beneficiarios pudieren tener en el futuro, y durante el plazo de vigencia de este contrato. Como consecuencia, el destino principal de las rentas que pudieran producir los bienes será el de contribuir al sostenimiento de los beneficiarios, el mantenimiento de su estándar de vida, alimentación, educación, cuidado de su salud,

esparcimiento, permitiendo a los beneficiarios mantener el nivel de vida que resulta habitual al desarrollo de sus actividades cotidianas. El contrato de fideicomiso que en este acto se celebra es independiente de las obligaciones legalmente impuestas a los padres con relación a las obligaciones alimentarias de sus hijos, y en consecuencia no los releva de su cumplimiento. En consecuencia, si los fondos generados por el fideicomiso no resultan suficientes, quien tenga a su cargo la obligación alimentaria, de orden público deberá proveer a su cumplimiento con bienes ajenos al fideicomiso.

[**Hecho resolutorio.**] OCTAVA. El plazo de duración de este contrato queda establecido en el lapso necesario para la educación y formación de los beneficiarios, durante el mantenimiento de su minoridad, y más allá de dicho plazo, durante el tiempo necesario para que los beneficiarios culminen sus estudios universitarios o terciarios, con un plazo máximo de quince (15) años a contar de la fecha del presente contrato. Como consecuencia, el contrato se resolverá de pleno derecho a partir del cumplimiento de la condición o del plazo máximo, lo que ocurra primero. A partir de ese momento el fiduciario implementará los medios para adjudicar y transferir los bienes que contenga el fideicomiso a los fideicomisarios designados en la forma que más adelante se conviene.

[**Plazo máximo legal.**] NOVENA. Los fiduciantes conocen el término legal máximo admitido por el Código Civil y Comercial de la Nación, y se acogen a la previsión de que este contrato no podrá superar dicho plazo, aun en caso de que los beneficiarios no culminen sus estudios en el lapso legal previsto como máximo, extinguiéndose el fideicomiso, en este supuesto, por cumplimiento del plazo.

[**Creación de un Comité de Consejo.**] DÉCIMA. La administración de los bienes que contenga el fideicomiso está a cargo del fiduciario designado, quien tendrá las obligaciones propias de todo administrador, y deberá cumplir con las mismas con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios. Deberá percibir las rentas que se devengaran como frutos civiles y naturales de los bienes, y proveer, en primer término, a las necesidades de los beneficiarios. Los bienes y sumas de dinero que no se consuman en dichas necesidades, una vez cubiertos los gastos de administración, cargas impositivas y retribución del fiduciario, serán reinvertidos en la forma que mejor vieren convenir, para aumentar el pa-

patrimonio fiduciario, dentro de las previsiones contenidas en este contrato. Queda prohibido al fiduciario enajenar, por cualquier título y modo, los bienes inmuebles que contiene el fideicomiso. Queda prohibido al administrador fiduciario gravar con derechos reales de garantía los bienes que integren el patrimonio fiduciario, así como constituir cualquier tipo de hipoteca, prenda o aval que implique el otorgamiento de garantías a terceros. Esta prohibición regirá aun cuando la garantía se pretendiera a efectos de garantizar a un beneficiario de este contrato. Solamente podrá disponer o gravar los inmuebles del patrimonio por título oneroso, y cuando cuente con la autorización de ambos fiduciantes. La disposición nunca podrá ser a título gratuito, salvo en los supuestos de sustitución del fiduciario o retransmisión a los fideicomisarios. En el supuesto de que resulte conveniente o necesaria la enajenación de los inmuebles del fideicomiso, o que sea necesario gravar los bienes con derechos reales de garantía, los fiduciantes deberán aprobar en forma unánime y expresa la operación, y de dicha resolución deberá dejarse constancia en el instrumento de enajenación de los bienes. El precio percibido por la enajenación revestirá el carácter de bien fiduciario, así como los importes percibidos por créditos tomados y garantizados por el fideicomiso, y quedan afectados al cumplimiento de los fines de este contrato. Como consecuencia, el fiduciario por sí mismo y en tal carácter tendrá, con relación a los inmuebles, solamente facultades de administración. Similar criterio se adoptará para la disposición de bienes muebles registrables, tales como automotores, embarcaciones y aeronaves. Los bienes muebles no registrables, o los semovientes (por ejemplo, ganado y animales de cualquier clase y especie) que ingresaran al patrimonio de este fideicomiso, podrán ser enajenados como actos de administración y a los efectos de que la gestión administrativa a cargo del fiduciario procure los mejores rendimientos. El fiduciario podrá, en el ejercicio de la administración de este patrimonio de afectación, adquirir y enajenar, siempre a título oneroso, moneda, títulos, papeles de crédito, acciones, bonos y en general todos los bienes muebles que adquiera para mejor gestionar el patrimonio a su cargo.

[**Rendición de cuentas.**] DECIMOPRIMERA. El control de la gestión del administrador será ejercido por los fiduciantes, quienes prestarán además colaboración y ayuda en la gestión, mediante la presentación de sugerencias, proyectos de inversión y planes de desarrollo para los bienes

del patrimonio fiduciario. Dicha colaboración no será vinculante para el fiduciario, quien administra libremente y a su criterio los bienes del fideicomiso, pero en caso de rechazo por su parte de las propuestas formuladas por los fiduciantes, quedará obligado a contestar, por medio de informe fundado, las causas del rechazo de la propuesta realizada. Será obligación del fiduciario realizar informes bimestrales referidos al movimiento de los bienes fiduciarios, ingresos y egresos principales y planes de inversión o proyectos de desarrollo. Estos informes no constituyen una rendición de cuentas, sino que tienen por finalidad hacer saber a los fiduciantes acerca de la correcta manutenzione de los beneficiarios. La falta de presentación de los informes a los fiduciantes podrá originar la presunción de falta de diligencia en la administración por parte del fiduciario, y será considerada causal de remoción. En caso de que los informes no se practicaran en el tiempo y forma establecidos, los fiduciantes podrán liberar de su responsabilidad al fiduciario si a su criterio no resulta necesaria la elevación de los informes con tal asiduidad. El fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas a los fiduciantes una vez al año, en forma documentada.

[**Sustituto para la rendición de cuentas.**] DECIMOSEGUNDA. En caso de fallecimiento, ausencia o incapacidad de los fiduciantes, la rendición de cuentas deberá hacerse a los beneficiarios, y si estos fueran menores de edad, a su representante legal.

[**Retribución del fiduciario.**] DECIMOTERCERA. La gestión del fiduciario será remunerada. El fiduciario percibirá por su función una suma de pesos... mensuales; además, tendrán derecho al reembolso de todos los gastos que se originen en la administración de los bienes, así como se le reconocerán en calidad de viáticos y reembolsos los gastos en que incurriera al realizar los trámites de la administración.

[**Cesación del fiduciario.**] DECIMOCUARTA. El fiduciario cesará en su función por las causales previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación, de las cuales especialmente se reglamenta acerca de la renuncia, la que deberá ser aprobada por los fiduciantes y en caso de ausencia, fallecimiento, o incapacidad de estos, a los beneficiarios, y deberá ser presentada con una anticipación no menor de seis (6) meses. La renuncia solo liberará al fiduciario de su responsabilidad cuando como consecuencia de la misma haya transferido los bienes, cuyo dominio fiduciario

se encontrara inscripto a su nombre al fiduciario sustituto. Mientras no se opere dicha transmisión, seguirán generándose las obligaciones propias de su función. Además, podrá ser removido de su función por mal desempeño de la administración, a instancia de los fiduciantes o de los beneficiarios. En los demás casos, frente a la cesación del fiduciario, se procederá, en primer término, conforme lo normado en este contrato, y supletoriamente como lo establece el código Civil y Comercial de la Nación.

[**Sustitución del fiduciario.**] DECIMOQUINTA. En caso de producirse alguna de las causales de cesación del fiduciario, las partes designan como sustituto a... A partir de la aceptación del carácter de fiduciario, será transferido a su nombre el patrimonio fideicomitido, titularidad del fiduciario cesante, con las acreencias que el mismo hubiera producido, quedando a su cargo el cumplimiento de las obligaciones propias del administrador, en todo de acuerdo con el presente contrato. De ser necesario el reemplazo del fiduciario nuevamente, el sustituto será designado a propuesta de los fiduciantes. En caso de falta de acuerdo, el sustituto será designado judicialmente.

[**Sustitutos del Comité de Consejo.**] DECIMOSEXTA. En caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de alguno de los fiduciantes, las funciones de consejo y control serán desempeñadas por los beneficiarios. En caso de que los mismos fueran menores de edad, serán ejercidas por sus representantes legales.

[**Obligaciones de los fiduciantes.**] DECIMOSÉPTIMA. Son obligaciones de los fiduciantes: 1) Transferir al fiduciario la propiedad de los bienes que resultan de la cláusula cuarta de este contrato. 2) No intentar la revocación judicial o extrajudicial del presente contrato, ni la restitución de los bienes que constituyen el patrimonio fideicomitido, ni solicitar la adjudicación anticipada de los beneficios que les correspondan. 3) No podrá ninguno de los fiduciantes por ningún título, ceder o transferir a terceros sus derechos. 4) No podrán extraer fondos, o solicitar el retiro o la restitución de su aporte de bienes del patrimonio fideicomitido, hasta la finalización del contrato. 5) Informar periódicamente al fiduciario acerca del cumplimiento de los fines de este contrato, haciéndole saber las necesidades de los beneficiarios, los requerimientos que corresponda abastecer con carácter alimentario y los progresos y evolución de las

respectivas actividades universitarias, académicas y de su formación integral. 6) Notificar al fiduciario la finalización de los estudios o el ejercicio de actividades independientes de los beneficiarios que determinen el cumplimiento de la condición del fideicomiso.

[Derechos de los fiduciantes.] DECIMOCTAVA. Son derechos de los fiduciantes: 1) Ser notificados de cualquier medida cautelar o agresión que sufran los bienes que integran el patrimonio fideicomitado, mientras se mantenga la propiedad fiduciaria. 2) Solicitar las medidas judiciales que crean convenientes a los efectos de ejercer la defensa de los bienes fideicomitados. 3) Solicitar al fiduciario la rendición de cuentas, que deberá hacerse al menos una vez al año, así como los informes bimestrales de la evolución patrimonial. 4) Solicitar al fiduciario la entrega de los fondos necesarios para la cobertura de las necesidades alimentarias de los beneficiarios, teniendo en cuenta que, si dichas necesidades no se solventan con el patrimonio fiduciario, ellos no se relevan de su obligación. 5) Los fiduciantes podrán incorporar al patrimonio fiduciario otros bienes que vean convenir. Los bienes aportables podrán revestir cualquier naturaleza, podrán ser bienes muebles, inmuebles, dinero, títulos valores, ya sea en moneda nacional o extranjera, divisas, o títulos de crédito, bonos, cédulas, títulos de renta. En el momento de la incorporación de estos nuevos bienes, deberá determinarse a qué fideicomisario se asignará la propiedad definitiva de los mismos en el momento de la resolución del contrato. 6) Solicitar al fiduciario la disponibilidad de alguno de los inmuebles fideicomitados para el establecimiento de la sede del hogar familiar, cuando no exista otro inmueble que cubra la necesidad de vivienda, teniendo en cuenta que cada uno de los fiduciantes deberá establecer el asiento de un hogar, para el caso de que la tenencia de los menores corresponda alternativamente a cualquiera de ellos.

[Derechos del fiduciario.] DECIMONOVENA. Son derechos del fiduciario: 1) Verificar el normal cumplimiento de las obligaciones a cargo de los fiduciantes, con relación al presente contrato. 2) Repetir del patrimonio fiduciario los importes que hubiera desembolsado para la conservación de los bienes, o los gastos en que hubiera incurrido en el cumplimiento de su función de fiduciario. En caso de que dichos importes no le fueran restituidos a su solo requerimiento, los mismos generarán un interés igual al establecido por el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos. Los importes que le sean debidos estarán

garantizados con los bienes que constituyen el patrimonio fiduciario. 3) Convenir con fiduciantes y beneficiarios las prórrogas que crea oportuno solicitar para el cumplimiento de la obligación de distribución de los bienes. 4) Designar a los profesionales, asesores, personal en relación de dependencia, y demás factores de comercio que crea convenientes y necesarios para la consecución de los fines de este contrato, determinando a su solo arbitrio los montos de su retribución y la forma de pago. 5) Supervisar el desarrollo familiar y la evolución de la educación de los beneficiarios, a los fines de determinar el cumplimiento de la condición resolutoria de este contrato. 6) A los fines de entregar correctamente los importes necesarios para la alimentación de los beneficiarios, con los alcances previstos en este contrato, solicitar que se acredite la tenencia de los menores judicialmente. Esta circunstancia podrá obviarse por convenio con los fiduciantes, quedando el fiduciario relevado de solicitar tal acreditación cuando ambos fiduciantes consientan la entrega de los fondos a aquel de los padres que tenga a su cargo el cuidado, la educación y la supervisión de los menores, con independencia de la asignación judicial de la tenencia. 7) Cumplido el plazo o la condición resolutoria, transferir el dominio de los bienes remanentes a los fideicomisarios, siendo los gastos que dicha transmisión genere, soportados por el patrimonio fiduciario. En caso de negativa por parte de los fideicomisarios designados a adquirir la propiedad del remanente de los bienes, transferirlos al sustituto. 8) Percibir la remuneración que le corresponda por su administración.

[**Obligaciones del fiduciario.**] VIGÉSIMA. Son obligaciones del fiduciario: 1) Adquirir en carácter de fiduciario los bienes que constituyan el patrimonio del fideicomiso. Arbitrar los medios necesarios para que la propiedad de los bienes fideicomitidos no se vea limitada, restringida o afectada por acción de terceros, ajenos a este contrato. 2) Ejercer las acciones legales que corresponden al propietario para la defensa de la propiedad fiduciaria. 3) Solventar con los bienes que integran el patrimonio fiduciario los gastos de administración, personal y demás que crea menester para el cumplimiento del fin del fideicomiso. 4) Entregar a los beneficiarios, mediante el régimen de tenencia que los padres establezcan judicialmente, o por acuerdo extrajudicial, la cuota alimentaria que sea necesaria para el mantenimiento y atención de la salud, educación, subsistencia y manutención. El cumplimiento de esta obligación podrá hacerse mediante

la entrega de dinero o en bienes, como el fiduciario lo considere más apropiado para el cumplimiento del fin del contrato. Durante la minoría de edad de los beneficiarios, en consecuencia, los fondos para proveer a su alimentación se entregarán a aquel de los padres que ejerza la tenencia. Al asumir la mayoría de edad, los beneficiarios percibirán el beneficio por sí. 5) Dar fiel cumplimiento al procedimiento de administración del patrimonio. 6) No renunciar a su carácter de fiduciario en forma intempestiva. En caso de renuncia, operar los medios necesarios para la transmisión de los bienes al fiduciario sustituto. 7) Administrar los fondos del patrimonio fiduciario con las siguientes limitaciones: no podrá realizar inversiones de riesgo, sino solamente aquellas que aseguren una rentabilidad mínima garantizada. En consecuencia, queda autorizado a realizar depósitos a plazo fijo, o a premio, en moneda nacional o extranjera, pero siempre en bancos de plaza, que sean de aquellas entidades comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, controladas por el Banco Central de la República Argentina. Deberá mantener las inversiones en el país, quedando privado de remesar fondos a cuentas en cualquier lugar del exterior, aun cuando fueran con rentabilidad asegurada. 8) Proveer a los beneficiarios una vivienda. 9) Rendir cuentas documentadas una vez al año a los fiduciantes y a los beneficiarios. Asimismo, producida la liquidación del patrimonio, rendir las cuentas finales en una rendición completa y documentada, con acreditación de la entrega de los beneficios a los beneficiarios y al fideicomisario.

[Condición de la continuidad del carácter de beneficiario.] VIGÉSIMOPRIMERA. Los beneficiarios no asumirán ninguna obligación generada por este contrato durante su minoridad. Al cumplir los dieciocho años, teniendo en cuenta que la obligación alimentaria de sus padres se extingue por disposición legal, para continuar gozando del carácter de beneficiarios, tendrán la obligación de continuar sus estudios hasta la finalización de una carrera terciaria o universitaria que les permita ser autosuficientes en el futuro. El desistimiento de continuar sus estudios implicará la pérdida del carácter de beneficiarios, salvo cuando a criterio de los fiduciantes, los beneficiarios resolvieran iniciar una actividad comercial que les permita la autonomía económica prevista como condición resolutoria de este contrato. En este supuesto, y hasta que la actividad elegida por los beneficiarios sea suficiente para su autoabastecimiento, se mantendrán los beneficios de este contrato, siempre con el límite del plazo previsto

como máximo de quince (15) años a contar desde la fecha de celebración de este contrato.

[**Derechos de los beneficiarios.**] VIGÉSIMOSEGUNDA. Son derechos de los beneficiarios: 1) Exigir al fiduciario la entrega de los beneficios conforme a las disposiciones de este contrato. En consecuencia, durante su minoridad la percepción de los beneficios se hará mediante la representación legal establecida, y asumida la mayor edad, si se mantiene su carácter de beneficiarios, podrán percibir el beneficio por sí mismos. 2) Percibir los importes necesarios para su alimentación y mantenimiento del estándar de vida mensualmente, dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes calendario. 3) Solicitar judicialmente todas aquellas medidas conservatorias y acciones que correspondan al fiduciario, y que tengan por objeto la conservación de los bienes fideicomitidos, en caso de que las mismas no sean ejercidas por el fiduciario. 4) Solicitar la rendición de cuentas documentada que se establece como obligación del fiduciario.

[**Aumento de la retribución del fiduciario.**] VIGÉSIMOTERCERA. Tal como ya se ha establecido en la cláusula decimotercera, la gestión del fiduciario será remunerada. La retribución se aumentará proporcionalmente a las rentas que generen los bienes del fideicomiso y el administrador tendrá derecho a percibir hasta un veinte por ciento (20 %) del total de las rentas que genere mensualmente el patrimonio fiduciario. Tendrá además derecho al reembolso de todos los gastos que se originen en la administración, así como se le reconocerán en calidad de viáticos y reembolsos, los gastos en que el fiduciario incurriera al realizar los trámites de la administración.

[**Retransmisión del patrimonio fiduciario a los fideicomisarios.**] VIGÉSIMOCUARTA. Cumplido el plazo o la condición, los bienes que integran el patrimonio fiduciario deberán ser restituidos a los fiduciantes de conformidad con lo que cada uno de ellos ha aportado, es decir, al fideicomisario señor AA se le restituye: 1) la unidad funcional de vivienda y su cochera, ya determinadas en la cláusula cuarta, y 2) el cincuenta por ciento (50 %) de los importes dinerarios que constituyan el patrimonio fiduciario a la época de su extinción. A la señora BB: 1) una finca, terreno, edificación, ya determinada en la cláusula cuarta y 2) el cincuenta por ciento (50 %) de los importes dinerarios que existan el patrimonio de este fideicomiso al momento de su finalización. En caso de que al tiempo de extinción del

contrato se hubieran incorporado por nuevos aportes o por subrogación real, otros bienes, por la gestión de administración, sea cual fuera su naturaleza, estos se asignarán a ambos fiduciantes por mitades.

[**Liquidación.**] VIGÉSIMOQUINTA. El patrimonio fiduciario se liquidará conforme la resolución prevista, por causa del vencimiento del plazo, o el cumplimiento de la condición aquí convenida. En todos los casos, el fiduciario procederá a distribuir los bienes tal como lo tiene indicado en el contrato, confeccionará la rendición final de las cuentas, entregando el remanente a los fideicomisarios en la forma prevista.

[**Cláusulas transitorias. Valor del contrato. Jurisdicción y domicilios.**] VIGÉSIMOSEXTA. 1) A los fines de la tributación correspondiente, el contrato reconoce un valor remuneratorio mensual para el fiduciario de pesos... base imponible para la tributación. 2) Las partes convienen que para todos los efectos derivados del presente contrato, se someten a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del Departamento Judicial de..., con renuncia a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles. 3) A los efectos del presente contrato constituyen domicilios especiales en los enunciados al comienzo de la escritura. A los fines de este contrato, se tendrá por domicilio especial constituido para los fiduciantes, el indicado por ellos en el formulario de adhesión correspondiente. En dicho domicilio se tendrán por válidas todas las notificaciones judiciales o extrajudiciales cursadas. 4) Para la administración del fideicomiso y a los fines fiscales que pudieran corresponder, el fiduciario constituye domicilio especial fiscal en... Leo a los comparecientes, quienes así la otorgan y firman ante mí, doy fe.

Contrato de fideicomiso para garantizar la obligación de pago de la cuota alimentaria

El contrato

[**Encabezamiento.**] En la ciudad y partido de...

[**Sujetos comparecientes.**] Comparecen, por una parte, el señor AA, y, por otra parte, el señor CC; ambos comparecientes personas capaces para este acto y de mi conocimiento, doy fe, a quienes identifico, intervienen por sí y dicen:

[**Cláusula de relación.**] Que vienen por este acto a otorgar un contrato de fideicomiso de garantía, que se registrará por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación que resulten de aplicación, y por las siguientes cláusulas y condiciones:

[**Partes del contrato.**] PRIMERA. El señor AA se constituye en este contrato como fiduciante... ..., y el señor CC adquiere en este acto el carácter de fiduciario... ..., los que así se denominarán en adelante.

[**Beneficiarios.**] SEGUNDA. Se designan como beneficiarios de este contrato a los hijos del fiduciante... ..., habidos de su matrimonio con la señora BB.

[**Fideicomisario.**] TERCERA. Queda designado como fideicomisario, y en tal carácter como destinatario final de los bienes que compongan el patrimonio fideicomitado, el fiduciante, quien al tiempo de la extinción del presente contrato recibirá la totalidad de los bienes habidos en el fideicomiso.

[**Aporte.**] CUARTA. El fiduciante se obliga a transferir a favor del fiduciario un depósito a plazo fijo transferible por la suma de dólares... billete estadounidense, confeccionado a nombre del fiduciante. Los bienes transmitidos como consecuencia de este contrato constituyen el patrimonio fideicomitado.

[**Reinversión.**] QUINTA. El patrimonio de este fideicomiso será aumentado con aquella parte de las rentas producidas por los bienes que lo integran, que no sean destinadas al cumplimiento de las obligaciones alimentarias, o que no se apliquen a los gastos de administración y retribución del fiduciario. De tal modo que todos los bienes que sean adquiridos con fondos provenientes de las rentas de los inmuebles que constituyen

el patrimonio fideicomitado, o los intereses y acrecimientos del dinero transferido en este acto, adquirirán a su vez el carácter de bienes del fideicomiso, siendo obligación del fiduciario expresarlo de esa forma en el título de adquisición de los mismos. Podrá el fiduciario adquirir bienes muebles, inmuebles, semovientes o de cualquier naturaleza, dinero, moneda nacional o extranjera, títulos de crédito, acciones, bonos y cualquier tipo de bien que crea conveniente a modo de inversión de los bienes del fideicomiso.

[Objeto del contrato.] SEXTA. El presente contrato de fideicomiso tiene por objeto garantizar el puntual cumplimiento por parte del fiduciante de su obligación de abonar la cuota alimentaria prevista en beneficio de sus hijos, tal como se ha pactado en el convenio homologado en el proceso de divorcio, cuya copia se agrega a este contrato. La finalidad prevista tiende a la protección de los beneficiarios, mantenimiento y atención de la salud, educación, subsistencia y manutención, quedando garantizada la obligación referida con los bienes que integran el fideicomiso. Como consecuencia, el destino principal de las rentas que pudieran producir los bienes será el de garantizar el pago de los alimentos, quedando la obligación a cargo del fiduciante. El contrato de fideicomiso, que en este acto se celebra, es independiente de las obligaciones alimentarias legalmente impuestas a los padres para con sus hijos menores de edad y, en consecuencia, no los releva de su cumplimiento. A los fines de asegurar que los beneficiarios no vean demorada la percepción de su cuota alimentaria, se habilita un procedimiento de pago subsidiario a cargo del fiduciario, para el caso de incumplimiento que se prevé más adelante.

[Mora.] SÉPTIMA. Verificada objetivamente la mora en la obligación de integración de dos cuotas alimentarias, a través del acceso que el fiduciario posee en el *homebanking* de la cuenta designada por el tribunal para tal fin, procederá a interrumpir el plazo fijo, para extraer el dinero correspondiente a la cuota en mora, mientras el representante del beneficiario de la cuota reclama su cobro en el expediente del divorcio.

[Hecho resolutorio.] OCTAVA. El plazo de duración de este contrato queda establecido en el plazo de quince (15) años, a contar de la fecha del presente contrato. Como consecuencia, el contrato se resolverá de pleno derecho a partir del cumplimiento del plazo. A partir de ese momento el fiduciario implementará los medios para adjudicar y transferir los bienes

que contenga el fideicomiso al fideicomisario designado que será en este caso el mismo fiduciante.

[**Rendición de cuentas.**] NOVENA. La rendición de cuentas se hará al fiduciante. En caso de fallecimiento, ausencia o incapacidad del fiduciante, la rendición de cuentas deberá hacerse a los beneficiarios, y si estos fueran menores de edad, a su representante legal.

[**Retribución.**] DÉCIMA. La gestión del fiduciario será remunerada. El fiduciario percibirá por su función una suma de pesos... solo en el supuesto de tener que hacer efectiva la garantía. Mientras la obligación principal sea satisfecha, no cobrará por su tarea más que el cinco por ciento de la suma recibida en fiducia al momento de suscribirse este contrato; además, tendrá derecho al reembolso de todos los gastos que se originen en la administración de los bienes, así como se le reconocerán en calidad de viáticos y reembolsos, los gastos en que incurriera al realizar los trámites de la administración.

[**Cesación.**] DECIMOPRIMERA. El fiduciario cesará en su función por las causales previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación, especialmente se reglamenta acerca de la renuncia, la que deberá ser aprobada por el fiduciante y en caso de ausencia, fallecimiento, o incapacidad, a los beneficiarios, y deberá ser presentada con una anticipación no menor de seis (6) meses. La renuncia solo liberará al fiduciario de su responsabilidad cuando como consecuencia de la misma haya transferido los bienes cuyo dominio fiduciario se encontrara inscripto a su nombre al fiduciario sustituto. Mientras no se opere dicha transmisión, seguirán generándose las obligaciones propias de su función. Además, podrá ser removido de su función por mal desempeño de la administración, a instancia del fiduciante o de los beneficiarios. En los demás casos, frente a la cesación del fiduciario, se procederá en primer término, conforme lo normado en este contrato.

[**Sustituto.**] DECIMOSEGUNDA. En caso de producirse alguna de las causales de cesación del fiduciario, las partes designan como sustituto a... A partir de la aceptación del carácter de fiduciario, será transferido a su nombre el patrimonio fideicomitado, titularidad del fiduciario cesante, con las acreencias que el mismo hubiere producido, quedando a su cargo el cumplimiento de las obligaciones propias del administrador, en todo de acuerdo con el presente contrato. De ser necesario el reemplazo del fidu-

ciario nuevamente, el sustituto será designado a propuesta del fiduciante. En caso de falta de acuerdo, el sustituto será designado judicialmente.

[Obligaciones del fiduciante.] DECIMOTERCERA. Son obligaciones del fiduciante: 1) Abonar puntualmente la cuota alimentaria, mediante depósito en la cuenta habilitada en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal Tribunales, número 000/00-0, expediente 00001/2001. 2) Informar periódicamente al fiduciario acerca del cumplimiento de las obligaciones garantizadas con este contrato.

[Derechos del fiduciario.] DECIMOCUARTA. El fiduciario tendrá derecho a: 1) Verificar el normal cumplimiento del pago de la cuota alimentaria. 2) Repetir del patrimonio fiduciario los importes que hubiera desembolsado para la conservación de los bienes, o los gastos en que hubiera incurrido en el cumplimiento de su función de fiduciario. 3) Convenir con fiduciante y beneficiarios, las prórrogas que crea oportuno solicitar para el cumplimiento de la obligación de distribución de los bienes. 4) En caso de mora en el pago de la cuota alimentaria, lo que verificará solicitando el estado de la cuenta habilitada para el pago mediante depósito, a partir del día quince (15) de cada mes calendario, podrá proceder al pago de la cuota alimentaria con fondos del fideicomiso, que a los fines de dicho pago se constituye con la característica de una garantía autoliquidable. 5) Cumplido el plazo, transferir el dinero remanente al fiduciante - fideicomisario. 6) Percibir la remuneración que le corresponda por su administración.

[Derechos de los beneficiarios.] DECIMOQUINTA. 1) Exigir al fiduciario la ejecución de la garantía, conforme a las disposiciones de este contrato. En consecuencia, durante su minoridad la percepción de los beneficios se hará mediante la representación legal establecida, y asumida la mayor edad, si se mantiene su carácter de beneficiarios, podrán percibir el beneficio por sí mismos. 2) Solicitar judicialmente todas aquellas medidas conservatorias y acciones que correspondan al fiduciario, y que tengan por objeto la conservación de los bienes fideicomitidos, en caso de que las mismas no sean ejercidas por el fiduciario. 3) Solicitar la rendición de cuentas documentada que se establece como obligación del fiduciario.

[Cláusulas transitorias. Valor del contrato. Jurisdicción y domicilios.] DECIMOSEXTA. 1) A los fines de la tributación correspondiente, el contrato reconoce un valor remuneratorio total para el fiduciario se estima en la

suma de pesos..., base imponible para la tributación. 2) Las partes convienen que, para todos los efectos derivados del presente contrato, se someten a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del Departamento Judicial de..., con renuncia a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles. 3) A los efectos del presente contrato constituyen domicilios especiales en los enunciados al comienzo de la escritura. En dichos domicilios se tendrán por válidas todas las notificaciones judiciales o extrajudiciales cursadas. Para la administración del fideicomiso y a los fines fiscales que pudieran corresponder, el fiduciario constituye domicilio especial fiscal en... Leo a los comparecientes, quienes así la otorgan y firman ante mí, doy fe.

El fideicomiso en la protección de incapaces

El contrato

[**Encabezamiento.**] En la ciudad y partido de...

[**Sujetos comparecientes.**] Comparecen, por una parte, los cónyuges en primeras nupcias entre sí: el señor AA y la señora BB, y, por otra parte, el señor CC; todas personas capaces para este acto, a quienes identifico en virtud..., doy fe, quienes intervienen por sí y dicen:

[**Cláusula de relación.**] Que vienen por este acto a otorgar un contrato de fideicomiso de administración para la protección de incapaz, que se registrará por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación que resulten de aplicación, y por las siguientes cláusulas y condiciones:

[**Fiduciantes.**] PRIMERA. Los cónyuges nombrados intervienen en este contrato en carácter de fiduciantes, y así serán llamados en lo sucesivo (1).

(1) Los fiduciantes son los padres del incapaz. Ellos separan una masa de bienes para asegurar una subsistencia digna a su hijo incapaz.

[**Fiduciario.**] SEGUNDA. El señor CC, administrador, interviene en este contrato en carácter de fiduciario, y así será llamado en adelante (1).

(1) El fiduciario es un tercero seleccionado por los padres, que goza de su confianza. Recibe la propiedad de los bienes para ejercerla en beneficio del incapaz. Ejercerá la administración y proveerá la renta para mantener al incapaz.

[**Beneficiario.**] TERCERA. Los fiduciantes designan como única beneficiaria de este contrato a su hija (2).

(2) La beneficiaria es hija de los fiduciantes y padece de una incapacidad irreversible. Ha sido declarada insana y la curatela la tiene la madre.

[**Fideicomisarios.**] CUARTA. Asimismo, y por disposición de los fiduciantes, adquieren el carácter de fideicomisarios, o destinatarios finales de los bienes que compongan el patrimonio fideicomitado, a la época de finalización de este contrato; los fideicomisarios, al tiempo de la extinción del presente contrato, recibirán en partes iguales la totalidad de los bienes habidos en el fideicomiso, ya sea por la incorporación de bienes efectuada por los fiduciantes, como los acrecimientos, subrogaciones reales y demás bienes y cosas que adquieran el carácter de patrimonio fideicomitado. Los fiduciantes establecen expresamente entre los fideicomisarios el derecho de acrecer en los derechos que tal carácter los confieren derivados de este contrato. Esta designación de fideicomisarios, que recae en la persona de los dos únicos hermanos de la beneficiaria, quedará sin efecto en el supuesto de que este contrato se extinga por la adquisición de plena capacidad de la beneficiaria. En ese caso, y tal como se prevé en la cláusula novena de este contrato, la destinataria de todos los bienes del fideicomiso será la beneficiaria, a quien se entregará la totalidad los bienes como única fideicomisaria; pero de mantenerse la incapacidad y resolverse el contrato por fallecimiento de la beneficiaria, los fideicomisarios que anteriormente se ha consignado (3).

(3) Se designa beneficiarios a los restantes hijos de los fiduciantes, hermanos de la incapaz. Cumplido el hecho resolutorio, los bienes que contenga el patrimonio fiduciario serán entregados en su totalidad a los fideicomisarios.

[**Bienes a integrar al fideicomiso.**] QUINTA. Los fiduciantes se obligan a transferir a favor del fiduciario, los bienes de su propiedad consistentes en: a) un departamento; b) una fracción de campo identificada...; c) un depósito bancario a plazo fijo realizado en moneda extranjera por la suma de... mil dólares billete estadounidenses endosable, realizado en el Banco... La transmisión de la propiedad fiduciaria del depósito bancario se realiza en este acto, confeccionando el endoso correspondiente en el formulario del certificado de depósito, procediéndose a la entrega manual del mismo al fiduciario, quien declara que recibe de conformidad dicho título; y la transmisión del dominio fiduciario de los inmuebles se

operará en escritura pública que se otorgará cuando los fiduciantes lo crean oportuno, quedando obligados a su otorgamiento por acto posterior, a los fines de operar la transmisión de los bienes al fiduciario.

[**Patrimonio de afectación.**] SEXTA. Los bienes transmitidos como consecuencia de este contrato constituyen el patrimonio fideicomitido, constituyendo en los términos de dichas normas un patrimonio de afectación separado para su administración en beneficio de la beneficiaria.

[**Reinversiones. Subrogación real.**] SÉPTIMA. El patrimonio de este fideicomiso será aumentado con aquella parte de las rentas producidas por los bienes que lo integran, que no sean efectivamente percibidas por la beneficiaria. De tal modo que todos los bienes que sean adquiridos con fondos provenientes de las rentas de los inmuebles que constituyen el patrimonio fideicomitido, o con los intereses y frutos generados por el capital dinerario fideicomitido, adquirirán a su vez el carácter de bienes del fideicomiso por subrogación real, siendo obligación del fiduciario expresarlo de esa forma en el título de adquisición de dichos bienes. Podrá el fiduciario adquirir bienes muebles, inmuebles, semovientes o de cualquier naturaleza, dinero, moneda nacional o extranjera, títulos de crédito, acciones, bonos y cualquier tipo de cosas o bienes que resulten adquiridos en tal forma. Se entiende que la adquisición de bienes realizada con fondos del fideicomiso determinará que los mismos adquirirán la calidad de bienes del fideicomiso y gozarán de la protección del patrimonio de afectación.

[**Objeto del contrato.**] OCTAVA. El presente contrato de fideicomiso tiene por objeto proveer a las necesidades económicas, la atención de la salud, educación, subsistencia y manutención de la beneficiaria, quedando su actividad principal determinada por las necesidades materiales que la beneficiaria pudiera tener en el futuro, y durante el plazo de vigencia de este contrato. Esta protección se establece teniendo en cuenta que la beneficiaria padece de una incapacidad que la imposibilita para dirigir su persona y sus bienes, habiéndose tramitado la declaración de incapacidad en autos (4) y habiendo sido declarada curadora su madre, conforme sentencia, designación y discernimiento operados en el expediente citado, resoluciones judiciales que en testimonio se exhiben y en copia quedan agregados a esta escritura. Como consecuencia, el destino principal de las rentas que pudieran producir los bienes será el de contribuir

al sostenimiento de la beneficiaria, el mantenimiento de su estándar de vida, alimentación, educación, cuidado de su salud, esparcimiento y con el objetivo principal de los fiduciantes de que la beneficiaria mantenga el ritmo que resulta habitual al desarrollo de sus actividades cotidianas.

(4) Designación de la carátula del proceso, número de expediente, juzgado y secretaría intervinientes y jurisdicción.

[Hecho resolutorio.] NOVENA. La duración de este contrato queda sujeta a condición y esta será el lapso de duración de la incapacidad o la vida de la beneficiaria. Como consecuencia, este contrato se resolverá de pleno derecho a partir de su fallecimiento, o en caso de que el avance de la ciencia médica permita una curación a la enfermedad que la afecta, permitiendo que cese la incapacidad, siendo menester a tales fines la declaración judicial que haga cesar su estado de incapacidad declarada; a partir de ese momento, sea por fallecimiento o por cesación de la incapacidad, el fiduciario implementará los medios para adjudicar y transferir los bienes que contenga el fideicomiso a los fideicomisarios.

[Extensión del plazo máximo legal.] DÉCIMA. Los fiduciantes conocen el término legal máximo admitido establecido en treinta (30) años para este tipo de contratos, y se acogen expresamente a la previsión de que este fideicomiso podrá superar dicho plazo en caso de que la beneficiaria sobreviviera el lapso legal previsto como máximo.

[Régimen de administración.] DECIMOPRIMERA. La administración de los bienes que contenga el fideicomiso está a cargo del fiduciario, quien tendrá las obligaciones inherentes a esa función y deberá cumplir con la administración de los bienes fideicomitidos con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios. La función principal del fiduciario será la de percibir las rentas que se devengaran como frutos civiles y naturales de los bienes, y proveer, en primer término, a las necesidades de la beneficiaria. Deberá cumplirla mediante desembolsos mensuales de dinero, que hará a la curadora designada para que esta destine estos fondos al pago de los gastos de manutención de la beneficiaria; la cuota mensual inicial a percibir por la beneficiaria se determina en la suma de pesos dos mil (\$ 2.000). Trimestralmente, conforme las utilidades de los bienes y las necesidades de la beneficiaria, la cuota podrá ajustarse en más o en menos, por decisión del fiduciario y de la curadora designada. Esta suma se establece teniendo en cuenta que dicho importe es el que

actualmente se destina al mantenimiento de la vivienda de la beneficiaria, la remuneración del personal médico y de enfermería que la asiste, su alimentación, vestimenta y educación.

[**Reinversión.**] DECIMOSEGUNDA. Los bienes y sumas de dinero que no se consuman en dichas necesidades serán reinvertidos en la forma que el fiduciario mejor viera convenir, para aumentar el patrimonio fiduciario, con la única limitación de que las inversiones deberán ser de rentabilidad mínima asegurada, quedando inhibido el fiduciario de realizar inversiones que pudieran reducir el capital invertido.

[**Restricciones a las facultades del fiduciario.**] DECIMOTERCERA. El fiduciario no podrá, por su sola voluntad, enajenar los bienes inmuebles que contiene el fideicomiso. Solamente podrá disponer de los inmuebles del patrimonio por título oneroso, cuando cuente con la autorización previa y por escrito del curador de la beneficiaria. De todos modos, los actos de disposición nunca podrán ser a título gratuito, ni aun cuando se cuente con la autorización de la curadora. En caso de resultar ventajoso, o necesario para el cumplimiento del objeto de este contrato, proceder a la venta de alguno de los inmuebles del fideicomiso, la curadora deberá aprobar la operación, y dicha resolución deberá constar en instrumento escrito que se agregará al acto de enajenación de los bienes, como constancia de la legitimación del disponente. Como consecuencia de la restricción impuesta para los inmuebles, con relación a dichos bienes el fiduciario solo tendrá por sí facultades de administración. Los bienes muebles que ingresaran al patrimonio de este fideicomiso, incluso cuando sean registrables, podrán ser enajenados como actos de administración y a los efectos de que la gestión administrativa a cargo del fiduciario procure los mejores rendimientos. Podrá en tal carácter adquirir y enajenar, siempre a título oneroso, vehículos automotores, ganado de cualquier tipo, títulos, papeles de crédito, acciones, bonos, fondos comunes de inversión de rentabilidad mínima asegurada, y en general todos los bienes muebles que considere convenientes para mejor gestionar el patrimonio a su cargo o proveer a la atención de la beneficiaria (5).

(5) Si nada se establece, el fiduciario está facultado a ejercer todas las facultades materiales y jurídicas del dueño, ya que es el titular de derecho real de dominio; por eso, resulta importante establecer claramente las limitaciones de este tipo que puedan convenirse contractualmente. Deberá preverse la posibilidad de enajenar bienes, así como las de tomar créditos y de constituir gravámenes.

[Rendición de cuentas.] DECIMOCUARTA. A los efectos de controlar la gestión del fiduciario, este tendrá la obligación de rendir cuentas de su gestión, al menos una vez cada tres meses; la rendición de cuentas se hará, en primer lugar, a los fiduciantes; en caso de fallecimiento de los fiduciantes, la rendición de cuentas deberá hacerse a la persona que resulte curador designado de la beneficiaria. Los fiduciantes, y en su reemplazo el que resulte curador designado de la beneficiaria, tendrán a su cargo la fiscalización de la gestión, así como la colaboración mediante la presentación de sugerencia, proyectos de inversión y planes de desarrollo para los bienes del patrimonio fiduciario. Dicha colaboración no será obligatoria ni vinculante para el fiduciario, pero, en caso de rechazo por su parte de las propuestas de inversión, quedará obligado a contestar por medio de informe fundado las causas del rechazo de la propuesta realizada. Será obligación del fiduciario realizar rendiciones de cuentas documentadas, en forma trimestral, con la evolución y movimiento de los bienes fiduciarios, ingresos y egresos principales y planes de inversión o proyectos de desarrollo. La falta de presentación de las rendiciones de cuentas podrá originar la presunción de falta de diligencia en la administración por parte del fiduciario, y será considerada causal de remoción. En caso de que los informes no se practicaran en el tiempo y forma establecidos, los fiduciantes podrán liberar de su responsabilidad al fiduciario si a su criterio no resulta necesaria la elevación de estas rendiciones de cuentas con tal asiduidad. En todo caso, ni siquiera con la anuencia de los fiduciantes podrá el fiduciario omitir la rendición de cuentas documentadas, al menos una vez al año. Las funciones de control, consejo y aprobación de las operaciones de venta de inmuebles asignadas en este contrato a los fiduciantes, quedarán, en caso de fallecimiento de ambos, a cargo de aquella persona que resulte ser curadora designada de la beneficiaria.

[Remuneración del fiduciario.] DECIMOQUINTA. La gestión del fiduciario será remunerada mediante un honorario que se determinará mensualmente en relación con el producido de los bienes del fideicomiso, estableciéndose que percibirá el cinco por ciento (5 %) de la renta mensual de los bienes fideicomitidos. Esta retribución porcentualmente determinada nunca podrá ser inferior a la suma de pesos... mensuales, ni superior a la suma de pesos... mensuales, quedando a opción del fiduciario la oportunidad de su percepción, ya que podrá cobrarse con los fondos del fideicomiso en el tiempo que lo considere oportuno. La retribución del

fiduciario podrá ser ajustada cuando el porcentaje previsto como retribución no se encuadre en los parámetros establecidos por los fiduciantes. El ajuste deberá documentarse por escrito mediante convenio complementario de este fideicomiso que otorgarán el fiduciario y los fiduciantes. En caso de fallecimiento de los fiduciantes, el ajuste se hará con intervención de la persona que resulte designada curadora de la beneficiaria.

[**Reembolso de gastos.**] DECIMOSEXTA. El fiduciario tendrá derecho al reembolso de todos los gastos que se originen en la administración de los bienes, así como se le reconocerán en calidad de viáticos y reembolsos los gastos en que incurriera al realizar los trámites de la administración.

[**Cesación.**] DECIMOSÉPTIMA. El fiduciario cesará en su función por las causales previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación. En caso de renuncia, la misma deberá ser recibida y aprobada por los fiduciantes y en caso de fallecimiento de estos, por el curador judicialmente designado de la beneficiaria, y deberá presentarse con una anticipación no menor de tres (3) meses. La renuncia solo liberará al fiduciario de su responsabilidad cuando, como consecuencia de la misma, haya transferido la totalidad de los bienes cuya propiedad fiduciaria detente, ya sea que se trate de bienes muebles, o inmuebles, que se encontraran inscriptos en los registros correspondientes a su nombre. Mientras no se opere dicha transmisión, seguirán generándose las obligaciones propias de su función. Además, el fiduciario podrá ser removido de su función por mal desempeño de la administración, a instancia de los fiduciantes, de la beneficiaria o de quien resulte ser curador judicialmente designado de la misma. En los demás casos, frente a la cesación del fiduciario, se procederá, en primer término, conforme lo normado en este contrato, y supletoriamente como lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación.

[**Sustitución.**] DECIMOCTAVA. En caso de producirse alguna de las causales de cesación del fiduciario, los fiduciantes designan como primer sustituto al señor (6). El suplente deberá aceptar la designación en forma expresa. A partir de la aceptación del carácter de fiduciario, será transferido a su nombre el patrimonio fideicomitido, titularidad del fiduciario cesante, con las acreencias que el mismo hubiera producido, quedando a su cargo el cumplimiento de las obligaciones propias del administrador, en todo de acuerdo con el presente contrato. De ser necesaria nuevamente la sustitución del fiduciario, el sustituto será designado a propuesta de los

fiduciantes; en caso de fallecimiento de estos, la propuesta del sustituto será hecha por los fideicomisarios designados.

(6) Datos identificatorios del sustituto designado, de acuerdo con el estilo y técnica notariales.

[Sustitutos de las funciones de los fiduciantes.] DECIMONOVENA. En caso de fallecimiento o incapacidad de los fiduciantes, las funciones que a ellos se asignan en este contrato serán desempeñadas por la persona que sea designada judicialmente como curadora de la beneficiaria; transitoriamente, teniendo en cuenta la demora que puede generarse en el trámite judicial de designación del curador, podrán suplir sus funciones los fideicomisarios designados en la cláusula cuarta de este contrato.

[Liquidación.] VIGÉSIMA. El fideicomiso termina por el cumplimiento de la condición resolutoria establecida en la cláusula novena de este contrato. Producida la condición, ya sea por fallecimiento o recuperación de la capacidad de la beneficiaria, el fiduciario deberá liquidar el patrimonio, procediendo a cancelar todas las deudas generadas por el patrimonio de afectación. Extinguido el pasivo, incluso deducidos los reembolsos y pago de honorarios al fiduciario, deberá entregar el remanente de los bienes en la forma dispuesta anteriormente, a los fideicomisarios designados en este contrato.

[Cláusulas especiales.] VIGESIMOPRIMERA. Para todos los efectos derivados de este contrato, las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del Departamento Judicial de (7), constituyendo los siguientes domicilios especiales (8).

(7) Designación de la jurisdicción convenida.

(8) Determinación de los domicilios contractuales de fiduciante y fiduciario.

[Declaración de anticipo hereditario.] VIGESIMOSEGUNDA. Los fiduciantes declaran, a los fines que pudieran resultar procedentes, que los bienes transferidos en este fideicomiso se entienden imputados a la porción legítima que corresponderá a la beneficiaria en el momento de su fallecimiento; en consecuencia, este fideicomiso se celebra como una partición parcial hecha por los ascendientes, como anticipo de la herencia que corresponderá a la beneficiaria, y con la finalidad ya expresa de su protección patrimonial.

[**Consentimiento del resto de los herederos legítimos.**] VIGESIMOTERCE-

RA. Presentes en este acto los hermanos de la beneficiaria e hijos de los fiduciarios, cuyos datos ya se han consignado y se dan aquí por reproducidos, manifiestan que toman conocimiento de este acto, así como de los efectos de su designación como fideicomisarios; que se consideran compensados por la transmisión de dominio de los bienes que sus padres realizan en este acto con el objeto de proteger a su hermana, por haber recibido a la fecha bienes equivalentes de diversa naturaleza, por donaciones ya instrumentadas a su favor de otros bienes inmuebles. Leo a los comparecientes, quienes así la otorgan y firman ante mí, doy fe.

Congresos y jornadas





Acceda al abstract
en video

Los derechos humanos como triunfos del consumidor inmobiliario*

Santiago Pinto

1.1. Introducción. 1.2. Desarrollo. 1.2.1. Breve resumen del control de convencionalidad. 1.2.2. El notario, su deber ético y el control de convencionalidad. 1.2.3. El derecho del consumidor en el derecho interno. 1.2.4. Marco normativo del consumidor en nuestro derecho internacional. 1.2.5. Hacia un control de convencionalidad del consumidor inmobiliario. 1.3. Conclusiones. 2. Ponencias. 2.1 *De lege lata*. 2.2. *De lege ferenda*. 3. Bibliografía consultada. 3.1. Doctrina. 3.2. Legislación. 3.3. Jurisprudencia

* Trabajo presentado por el autor en el XXXIII Encuentro Nacional del Notariado Novel y XXIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, desarrollados en Salta entre el 17 y 19 de noviembre de 2022. Meritó el segundo premio del tema II, "El notario y los derechos humanos de las personas".

1.1. Introducción

No es accidental la elección del nombre de la presente ponencia ni una mera casualidad la elección de la palabra "trunfos", conforme la empleó el prolífico filósofo Ronald Dworkin en su obra *Los derechos en serio*, en la cual detalla que "Los derechos individuales son triunfos políticos en mano de los individuos"¹. Y frente a nuestra realidad jurídica, los derechos humanos consagrados en los tratados con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, imperan como triunfos frente a las realidades modernas y la masificación de las relaciones de consumo. Más peso cobra lo detallado precedentemente, teniendo en cuenta la constitucionalización del derecho privado² desde agosto de 2015, principalmente por lo normado en los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación³.

Conforme las pautas del tema II, es necesario efectuar un análisis de la relación del consumidor frente a los negocios inmobiliarios (ejemplos más comunes en la práctica pueden ser la venta de lotes en barrios cerrados y departamentos por pozo y sus figuras jurídicas más modernas, tales como los conjuntos inmobiliarios y la versátil figura del contrato de fideicomiso), desde una óptica más macro, que tan solo el derecho privado interno, con un enfoque orientado en el "control de convencionalidad"⁴. De tal manera como hacen hincapié las pautas del presente tema, es imprescindible hacer este análisis teniendo en cuenta lo dispuesto por los diferentes tratados de derechos humanos, los criterios y fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como lo dispuesto por otros organismos internacionales tales como las directrices de las Naciones Unidas y del derecho comparado.

1 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, 2ª edición en español, Barcelona, España, Editorial Ariel SA, 1989, p. 37.

2 Caramelo, Gustavo. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. I, título preliminar y libro primero, arts. 1 a 400, 1º ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 11. " (...) De este modo, la aludida 'constitucionalización del derecho privado', además de ampliar -de manera humanizada- el horizonte del derecho privado, interpela a los operadores jurídicos a profundizar y extender el conocimiento a desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales extra civiles y comerciales, interpretando de manera permanente si la legislación infraconstitucional respeta reglas, principios y valores de derechos humanos, y a la par, cómo debe ser la labor interpretativa ante las lógicas lagunas del derecho, sobre todo ante una sociedad que cada vez es más dinámica".

3 De aquí en adelante CCyC.

4 Dicho concepto se detalla en el apartado siguiente.

1.2. Desarrollo

1.2.1. Breve resumen del control de convencionalidad

La CIDH, en el fallo "Almonacid Arellano y otros vs. Chile"⁵ aproxima no solo a la definición de "control de convencionalidad", sino que también lo impone como obligación de efectuarlo para todo órgano jurisdiccional de los estados miembros:

"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

El control de convencionalidad, no solo implica la adecuación y prelación normativa del derecho interno de cada estado miembro, sino que "... requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados..."⁶. Lo expresado se nutre del fallo "Radilla Pacheco vs. México"⁷.

En fallo "Rosendo Cantú y otra vs. México"⁸ reitera lo vertido respecto de que los jueces no solamente deben velar porque las normas de derecho interno no violen los derechos reconocidos en la Convención Americana,

5 CIDH. Caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas". Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2022. Control de convencionalidad. [En línea] 08 de 08 de 2022. https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7_2021.pdf

7 Corte IDH. Caso "Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

8 Corte IDH. Caso "Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219.

sino que también deben tener en cuenta la interpretación que ha efectuado la CIDH en sus distintos casos y consultas.

La obligatoriedad del control se amplió en el caso "Masacre de Santo Domingo vs. Colombia"⁹ a **todos** los organismos del Estado, "... todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un 'control de convencionalidad'".

1.2.2- El notario, su deber ético y el control de convencionalidad

Estamos convencidos de que el notario, como profesional en ejercicio de una función pública¹⁰ se encuentra, en el marco fijado por los fallos de la CIDH, obligado a efectuar un control de convencionalidad. Esto significa que el profesional debe velar porque los actos que se celebren en su notaría no solamente se adecuen a derecho interno sino también al régimen interamericano.

Debemos recordar que el notario no solo se encuentra sujeto a la obligación de proteger la dignidad de sus requirentes junto con el respeto de sus derechos humanos por los criterios impuestos por la CIDH. Esto responde a una cuestión mucho más profunda y esencial, que es la vinculada con la naturaleza propia, la de su rol como fedatario y agente de paz social. Es su deber ético, independientemente de que exista o no el "control de convencionalidad", dispuesto por la CIDH. El profesional en su calificación notarial, no solamente debe velar por el estricto cumplimiento de lo técnico jurídico-notarial, sino que **tiene** que buscar una solución nutriéndose de todas las fuentes, siempre atendiendo el caso particular y no pecar de un formalismo extremo, aplicando la ley como una respuesta rigurosa para todos los casos. Lo que importa es que con su análisis y la adecuación de su actuación en el asesoramiento, en la

9 CIDH, "Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones". Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142.

10 UINL. "Principios de la función". Documento aprobado por la Asamblea de Notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, Roma, Italia, 8 de noviembre de 2005. <https://www.uinl.org/principios-de-la-funcion>, fecha de consulta 27/10/2022. "Título I. Del notario y de la función notarial. 1. El Notario es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios".

materialización de la voluntad de sus requirentes, encuentre un resultado justo para cada uno¹¹.

Estamos convencidos de que nadie podría negar que la mejor forma de elevar la dignidad de la persona humana, garantizando su libertad y autonomía personal y su protección en situaciones de vulnerabilidad, es adecuando nuestra actuación profesional hacia un resultado justo para ellos, guiándonos con los valores de equidad y de justicia.

Reforzamos esta postura con lo establecido en los "Principios Fundamentales del Sistema de Notariado de Tipo Latino", aprobados por la Asamblea de Notariados miembros de la UINL en Roma (Italia), el 8 de noviembre de 2005, y de los "Principios de Deontología Notarial", aprobados por la Asamblea de Notariados Miembros de la UINL en la Ciudad de México el 17 de octubre de 2004, donde en su punto 5.5 prescribe:

5.5. Respeto de los derechos fundamentales. El notario deberá respetar y proteger los derechos del hombre, el medio ambiente (agua limpia y aire limpio como condiciones elementales de la vida), la justicia, la libertad, la verdad, la honradez, y la fiabilidad y deberá guardar secreto profesional.

Por último, queremos agregar, tal como lo ilustra Cosola¹² que los derechos humanos se fortalecen en el documento notarial, al cumplir con nuestros deberes éticos, al tener siempre en cuenta las declaraciones de las partes y al efectuar el asesoramiento y el análisis jurídico notarial que otorga validez y legitimidad a la voluntad de los particulares. No obstante lo expuesto, no debemos olvidar que el notario no tiene "imperio", y su alcance se circunscribe al debido asesoramiento, a dar un trato digno a sus requirentes y adecuar sus escrituras públicas en armonía con los derechos humanos. El notario no puede negar su intervención al ejercer el control de convencionalidad, ni es responsable por su actuación, si ha advertido y asesorado debidamente a sus requirentes de dichas circunstancias.

11 Cosola, Sebastián J. "Los efectos de la publicidad en el documento notarial. La decisión jurídica a partir de la convivencia de las instituciones jerarquizadas y de la conformación de una teoría de valores trascendentes". Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2017, p. 203 y 204.

12 Cosola, S. Ob. cit., p. 313.

1.2.3. El derecho del consumidor en el derecho interno

En el ámbito nacional las dos fuentes más importantes de las cuales se nutre nuestro derecho del consumidor son el CCyC y la ley 24.240¹³, siempre teniendo en cuenta que antes del dictado de estas normas, la figura del consumidor ya tenía reconocimiento y relevancia constitucional en el art. 42, introducido por la reforma de 1994, y ya determinaban los derechos fundamentales de los que goza todo consumidor. De manera sencilla aclara el texto sus derechos: "Artículo 42... tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno"¹⁴.

El eje y paradigma de la relación jurídica de consumo, y la voluntad del Estado de legislar y garantizar derechos específicos en esa relación, responde frente a la diferencia de poder de contratación entre proveedor y consumidor, revistiendo la posición de esta última parte la calidad de "más débil", lo que impera que el Estado tenga que garantizar su protección¹⁵.

Frustalgi expone que en sus inicios esta rama del derecho tenía como objetivo "(...) asegurar el restablecimiento de la igualdad y libertad contractual en aquellos sectores del derecho patrimonial..."¹⁶. El proceso de cambio experimentado por el derecho del consumidor, nos señala que no solamente, como en sus principios, se dedica a proteger los derechos patrimoniales, sino que ahora también responde a la esfera de los derechos extrapatrimoniales del consumidor. Esta respuesta atiende a la necesidad de privilegiar y asegurar la protección del ser humano ante el constante avance de la sociedad de consumo hacia la masificación, estandarización y deshumanización del individuo¹⁷.

13 Ley 24.240, sancionada: septiembre 22 de 1993. Promulgada parcialmente: octubre 13 de 1993. Modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999, 26.361 y 26.993 y por la ley 26.994.

14 Art. 42 de la Constitución Nacional Argentina. Incorporado en la Carta Magna por la Convención Constituyente de 1994.

15 Ferrer de Fernández, Esther H. S. "El artículo 42 de la Constitución Nacional veinte años después y a propósito de la reciente sanción del Código Civil y Comercial". Publicado en: Thomson Reuters. Cita Online: AP/DOC/1541/2014. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/pacem/pdf/ferrer-de-fernandez-el-articulo-42-de-la-constitucion-nacional.pdf>. Fecha de consulta: 20/10/2022, p. 1.

16 Frustagli, Sandra A. "La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino", Revista de Derecho del Consumidor, tercera época, N° 1, noviembre 2016, 30-11-2.016, IJ-CCLI-396, p. 1.

17 Frustagli, ob. cit., p. 2.

El CCyC, en su entrada en vigencia, elevó la jerarquía del sistema normativo del consumidor¹⁸, tal como detalla Stiglitz¹⁹, al incorporarlo al Código de fondo, y no depender exclusivamente de su régimen especial (ley 24.240), lo que apareja la seguridad del sistema, al desalentar modificaciones reiterativas por cuestiones triviales, como sucedió con las reformas a la 24.240. Conforme el autor²⁰, todo esto trajo una armonización al sistema de tutela jurídica del consumidor: la Constitución Nacional, la ley especial 24.240 y el CCyC, produciéndose un verdadero *diálogo de fuentes*²¹, generándose un escala compuesta por: 1) los derechos reconocidos en la Constitución Nacional; 2) los principios y reglas generales de protección mínima del Código; 3) la reglamentación detallada existente en la legislación especial.

1.2.4. Marco normativo del consumidor en nuestro derecho internacional

El CCyC en su art. 1097 vino a reforzar la jerarquía constitucional de los derechos del consumidor, conjuntamente con el reconocimiento que ya poseían en el art. 42 de la CN. El texto del 1097 en su parte pertinente detalla "... La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos...". De esta manera, si bien ya existe un diálogo de fuentes tal como se ha indicado en párrafos anteriores, por la constitucionalización del derecho privado, este artículo de forma expresa nos obliga a efectuar al diálogo con los tratados de derechos humanos y vincula al consumidor directamente con la dignidad de las personas consagrada en esos tratados²². Tal como enumera en su texto Frustagli²³:

18 Ejemplos de estos son los arts. 7, 11, 1092, 1093 y 1094 y otros del CCyC.

19 Stiglitz, Gabriel A. "La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación", publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 137. Cita Online: AR/DOC/3858/2014. https://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Stiglitz_Ladefensadelconsumidorenelccyc.pdf. Fecha de consulta: 11/10/2022, p. 2.

20 Stiglitz, ob. cit.

21 Stiglitz, ob. cit.

22 Frustagli, Sandra A.; Hernández, Carlos A. "La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales", publicado en: SJA 13/09/2017, 13/09/2017, 32. Cita: TR LALEY AR/DOC/3979/2017, p. 3.

23 Idem cita 22.

La dignidad de la persona como derecho aparece contemplada en distintos instrumentos internacionales, entre los cuales cabe mencionar: el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, donde se determina que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad; los arts. 1º y 22 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que aluden a la "dignidad inherente a la persona humana". También mencionan la dignidad los arts. 5º y 11 del Pacto de San José de Costa Rica.

Si bien los derechos del consumidor no tienen un cuerpo normativo expreso por la Convención Americana y en la mayoría de tratados de derechos humanos²⁴, los mismos se nutren de otros derechos ampliamente garantizados internacionalmente, principalmente al derecho vinculado con el trato digno y también en los casos del derecho a un nivel de vida adecuado, a la salud o el derecho a la vivienda. Esta conclusión se puede desprender de que para poder acceder a estos derechos, en el mundo capitalista actual, la mayoría de los ciudadanos acceden a cumplir sus necesidades mediante los productos que ofrece el mercado en sus distintos niveles (alimentos, ropas, medicamentos, departamentos o lotes, entre otros), colocándose inevitablemente, en la mayoría de los casos, en la posición de consumidor. Y de este razonamiento, nadie podría negar que si uno ve vulnerados sus derechos como consumidor, sea por información engañosa, productos defectuosos o con vicios, servicios deficientes, destrato por parte de las empresas, difícil es que se pueda lograr un nivel de vida adecuado, o por ejemplo un acceso a la salud idóneo.

En la Carta de la OEA existen dos puntos que son relevantes para el derecho del consumidor expresamente tal como se detalla claramente en la obra *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*²⁵:

En primer lugar, el art. 34 inc. f) de la Carta de la OEA señala entre las metas básicas para lograr el desarrollo integral, la "estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social". Más explícito aún es el art. 39 inc. b.i), que, entre las metas para lograr la continuidad del desarrollo económico y social,

24 De mi investigación tampoco he podido encontrar fallos relevantes de la CIDH relacionados expresamente con la esfera del derecho al consumidor.

25 Coordinadores Christian Steiner, Patricia Uribe. *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 668 en pie de página. Versión pdf acceso mediante link: www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf. Fecha de consulta: 10/10/2022.

*incluye "mejores condiciones para el comercio de productos básicos por medio de convenios internacionales, cuando fueren adecuados; procedimientos ordenados de comercialización que eviten la perturbación de los mercados, y otras medidas destinadas a promover la expansión de mercados y a obtener ingresos seguros para los productores, suministros adecuados y seguros **para los consumidores**, y precios estables que sean a la vez remunerativos para los productores y equitativos para los consumidores".*

Ampliando los horizontes, en el ámbito de la ONU tenemos Directrices para la Protección del Consumidor Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, del año 2016 y en el derecho comparado internacional, podemos enumerar las directivas del consumidor de la Unión Europea, siendo la última la directiva (EU) 2019/2161, que dispuso un nuevo marco para los consumidores.

1.2.5. Hacia un control de convencionalidad del consumidor inmobiliario

La ley de defensa del consumidor sancionada el 22 de septiembre de 1993, previo a la ley modificatoria 26.361, específicamente en su art. 1 en el inc. c), ya expresamente mencionaba la adquisición de inmuebles (cuando fueran nuevos y estuvieran destinados a vivienda, a través de una oferta pública con destinatarios indeterminados)²⁶.

Queda más que claro, que desde hace ya más de un cuarto de siglo, el legislador y nuestro ordenamiento, indefectiblemente admiten y reconocen dentro de la esfera del derecho del consumidor a los negocios inmobiliarios. Posteriormente, con la ley modificatoria 26.631²⁷, se cambió el concepto del artículo citado en el párrafo primero, ampliándose el marco de actuación de la ley, pasando a ser objeto la contratación sobre todo tipo de bienes y no únicamente las cosas. Esto implica que su aplicación no solamente se limita a la adquisición de la "cosa" inmueble, sino tam-

26 "Artículo 1º.- Objeto... c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas".

27 Sancionada: marzo 12 de 2008. Promulgada parcialmente: abril 3 de 2008.

bién a todo tipo de derechos que versen sobre la misma, adecuándose el derecho a las circunstancias del mercado moderno, donde los proveedores ofrecen inmuebles bajo las más variables figuras²⁸. No queda duda de esta interpretación, atento que dicha norma en su art. 1, textualmente detallaba que "(...) Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines (...). Asimismo se suprimen los requisitos de inmuebles destinados a vivienda y la distinción entre nuevo y usado²⁹, quedando ampliado el universo a todos los tipos de inmuebles que se puedan encontrar sujetos a una relación de consumo.

Por último, con la sanción del CCyC y su vigencia desde el año 2015, el legislador incorpora una serie de principios generales de protección del consumidor, pero no hay mención expresa al consumidor inmobiliario, reiterando el criterio adoptado previo a la sanción del Código, en donde este derecho es receptado en el "sentido amplio", y surge de interpretar "la extensión más favorable al consumidor", por lo que se puede asegurar que están incluidas las operaciones inmobiliarias³⁰.

El CCyC, como ya hemos dicho, no incorpora expresamente al consumidor inmobiliario, pero sí seguimos teniendo la referencia detallada en el art. 10 de la LDC, donde dice "... en el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles..."

Por todo lo expuesto, no se puede negar la figura del consumidor inmobiliario. No obstante esto, al efectuar un control de convencionalidad, es necesario agregar una crítica a lo legislado en el CCyC (esto sin desmerecer los valiosos e innumerables aportes que ha incorporado al ordenamiento). Por dos fundamentos que indicaremos, creemos que fue un error no haber realizado una mención expresa del consumidor inmobiliario y no haber conformado una parte especial de este en el texto del CCyC.

28 Kiper, Claudio. "La adquisición de inmuebles y la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor", Revista Notarial 961, Doctrina, 2009, p. 20.

29 Kiper, ob. cit, p. 21.

30 Cajaraville, J. C. (2017). "Naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal, la tutela del consumidor inmobiliario y las cláusulas abusivas", [en línea], Prudentia Iuris, 84, p. 208. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/naturaleza-juridica-propiedad-horizontal.pdf>. Fecha de consulta 17/09/2022.

Primero, dicha crítica se sustenta en que la especialización de dichos derechos en la órbita del consumidor, permite una mayor visibilización de los mismos así como su mejor estudio. Todo esto traería como consecuencia lógica una mejor aplicación del derecho y en definitiva una tutela más efectiva de la persona humana frente a la adquisición de inmuebles.

El segundo fundamento, el cual es el de mayor relevancia para sustentar esta crítica, es que no se tuvo en cuenta la inexorable relación que tienen el derecho del consumidor inmobiliario y el derecho humano de acceso a una vivienda digna. Y esta conexidad se debe a que mediante una relación de consumo el individuo está accediendo a su vivienda, por lo que para garantizar sus derechos como tal, es menester tutelar el acceso a la vivienda y asegurar una calidad digna de la misma. Entonces desde esta óptica, podemos entender la enorme magnitud por la implicancia social y relevancia jurídica que tiene en el ámbito del sistema de protección de derechos humano, tutelar y legislar específicamente sobre el consumidor inmobiliario.

Teniendo en cuenta el fundamento del párrafo anterior, en nuestro país el INDEC³¹ en el año 2019 informó que el 64,7 % por ciento de los hogares son propietarios de su vivienda, por lo que resulta evidente que es imperante que nuestro ordenamiento intervenga en las relaciones de adquisición, poniendo un especial énfasis en que sus ciudadanos accedan a una vivienda digna. Tal como nos hemos exployado, frente a las realidades modernas y el desarrollo económico, los ciudadanos se ven cada vez más en la posición de consumidor para satisfacer sus necesidades, y en este caso en particular, para adquirir su vivienda, siendo más usual que lo hagan a través de desarrollos inmobiliarios, encontrándose contratando a través de figuras tales como fideicomisos y conjuntos inmobiliarios.

31 INDEC. Informes técnicos. Vol. 3, nº 83, ISSN 2545-6636, Condiciones de vida, vol. 3, nº 7, Indicadores de condiciones de vida de los hogares en 31 aglomerados urbanos. Segundo semestre 2018, Buenos Aires, 2019, p. 9. "(...) Régimen de tenencia de la vivienda. En el gráfico 7 se presentan los hogares según el régimen de tenencia de la vivienda que habitan. El 64,7 % de los hogares son propietarios de la vivienda y del terreno, mientras que el 5,7 % de los hogares son propietarios de la vivienda, pero no del terreno (...)"

La jurisprudencia³² acertadamente ha aclarado que no obstante que el negocio al cual accede y del cual pasa a formar parte el consumidor (en este fallo se trata de departamentos al pozo) le resulte provechoso, sea por cuestión de financiamiento o precios más económicos dada la naturaleza del negocio, no implica que por obtener un beneficio quede excluido del régimen de protección del consumidor, más aun teniendo en cuenta que ese negocio puede ser su única alternativa para procurarse una vivienda. Tal como expresa el fallo:

*No es propio de la coherencia que cabe presumir del sistema normativo que la interpretación de las normas que propenden la protección del consumidor lleven a excluirlo de realizar contrataciones que bien pueden resultar provechosas para el mismo, **pues éstas pueden ser su única posibilidad de acceder al financiamiento de su vivienda.***

La Carta Orgánica de la OEA, en su capítulo 7, art. 34, establece que sus estados miembros se proponen como metas a lograr, específicamente en el inc. k) "Vivienda adecuada para todos los sectores de la población". En mayor profundidad se encuentra tutelado este derecho en los diversos tratados de derechos humanos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (como elemento del derecho a un nivel de vida adecuado) en su art. 25, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el art. 11, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17, en los arts. 16 y 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los arts. 9 y 28.

Frente a todo esto, es imperante lograr una adecuación armónica del derecho de acceso a una vivienda digna en el ordenamiento argentino.

1.3. Conclusiones

Las conclusiones fueron quedando plasmadas durante el desarrollo de esta ponencia. Sintetizamos que el control de convencionalidad es una figura de sustancial relevancia para el notario a la hora de realizar su labor, el cual está obligado en el día a día a realizar una correcta inter-

32 "Rubiolo, Claudia Elizabeth vs. Llave Maestra S.R.L. s. Cumplimiento de contratos", CCC Sala III, Mar del Plata, Buenos Aires, 05/06/2019.

pretación de las leyes y de los actos, teniendo en cuenta lo dispuesto por las convenciones interamericanas y las opiniones vertidas por la CIDH en su distintos fallos.

Es elemental que en nuestro asesoramiento notarial siempre tengamos como corolario el respeto por la dignidad humana. Queremos destacar que el diálogo de fuentes que estamos obligados a hacer no solamente nace de lo dispuesto por los órganos de la OEA, ni del texto de nuestro derecho interno; nuestro deber nace de la misma esencia de nuestra función como fedatarios, es un profundo deber ético de los notarios orientar nuestro asesoramiento e intervención hacia la dignidad de nuestros requirentes.

Por último, queremos agregar que el notario de tipo latino conforma un ámbito de protección en favor de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad³³, estando dentro de su esfera proteger los derechos del consumidor inmobiliario, más aun cuando este está adquiriendo su vivienda.

2. Ponencia

2.1. *De lege lata*

- El notario se encuentra sujeto y obligado a efectuar el control de convencionalidad en su ejercicio profesional.
- El deber del notario de asesorar y adecuar su intervención en armonía con los derechos humanos consagrados internacionalmente, responde a una obligación ética, independientemente de si existiera o no el control de convencionalidad
- El notario, en el marco del control de convencionalidad, es intérprete de las normas, y su alcance se circunscribe al debido asesoramiento, a dar un trato digno a sus requirentes y adecuar sus escrituras públicas en armonía con los derechos humanos.
- El notario no puede negar su intervención por contradicciones entre el derecho interno y las convenciones interamericanas, ni es responsable

33 Bravo, Juan A.; Sánchez Negrete, María A. "La función notarial y las herramientas de protección de las personas vulnerables. El análisis de los conceptos de capacidad jurídica y vulnerabilidad". Ponencia del tema II, 42 Jornada Notarial Bonaerense, San Pedro, 2022, p. 28.

por su actuación si ha advertido debidamente a sus requirentes de dichas circunstancias.

- Los derechos del consumidor, por más que no tengan una consagración expresa, son derechos humanos, atento que son un desprendimiento lógico de los derechos más fundamentales del hombre.
- El consumidor inmobiliario posee una tutela adicional, atento que además de su posición como consumidor, también se encuentra en juego su derecho humano del acceso a una vivienda digna.

2.2. De lege ferenda

- Es necesario un reconocimiento expreso de los derechos del consumidor inmobiliario en el ordenamiento argentino, así como legislar una parte especial en el CCyC.
- Se necesita, en la órbita de la OEA, dictar directivas en el marco de los derechos del consumidor.
- Es aconsejable incorporar en los tratados de derechos humanos expresamente la situación de los consumidores, en especial los relacionados con la adquisición de su vivienda.

3. Bibliografía consultada

3.1. Doctrina

- 1- Dworkin, Ronald (1989). *Los derechos en serio*, 2º Edición en español, Barcelona, España, Editorial Ariel SA.
- 2- Caramelo, Gustavo. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. I, título preliminar y libro primero, arts. 1 a 400, 1º ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015.
- 3- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2022. Control de Convencionalidad. Cuadernillo 7 de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [En línea] 08 de 08 de 2022. https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7_2021.pd
- 4- Cosola, Sebastián J. "Los efectos de la publicidad en el documento notarial. La decisión jurídica a partir de la convivencia de las instituciones jerarquizadas y de la conformación de una teoría de valores trascendentes". Tesis doctoral presentada en

- la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2017. pdf descarga <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/72890> . Fecha de consulta 22/10/2022.
- 5- Ferrer de Fernández, Esther H. S. "El artículo 42 de la Constitución Nacional veinte años después y a propósito de la reciente sanción del Código Civil y Comercial". Publicado en: Thomson Reuters. Cita online: AP/DOC/1541/2014. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/pacem/pdf/ferrer-de-fernandez-el-articulo-42-de-la-constitucion-nacional.pdf>. Fecha de consulta: 20/10/2022.
 - 6- Frustagli, Sandra A., "La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino", Revista de Derecho del Consumidor, tercera época, Nº 1, noviembre 2016, 30/11/2016, IJ-CCLI-396.
 - 7- Stiglitz, Gabriel A. "La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación", publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 137. Cita Online: AR/DOC/3858/2014. https://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Stiglitz_Ladefensadelconsumidorenelccyc.pdf. Fecha de consulta: 11/10/2022
 - 8- Frustagli, Sandra A.; Hernández, Carlos A. "La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales", publicado en: SJA 13/09/2017, 13/09/2017, 32. Cita: TR LALEY AR/DOC/3979/2017.
 - 9- Christian Steiner y Patricia Uribe (coordinadores). Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada, 1º ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 668 en pie de página. Versión pdf acceso mediante link: www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf. Fecha de consulta: 10/10/2022.
 - 10- Kiper, Claudio. "La adquisición de inmuebles y la aplicación de la ley de defensa del consumidor", Revista Notarial 961, Doctrina, 2009.
 - 11- Cajaraville, J. C. (2017). "Naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal, la tutela del consumidor inmobiliario y las cláusulas abusivas", [en línea], Prudentia Iuris, 84. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/naturaleza-juridica-propiedad-horizontal.pdf> Fecha de consulta 17/09/2022.
 - 12- Indec. Informes Técnicos, Vol. 3, Nº 83, ISSN 2545-6636. Condiciones de vida, vol. 3, Nº 7. Indicadores de condiciones de vida de los hogares en 31 aglomerados urbanos. Segundo semestre 2018. Buenos Aires. 2019. Link https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/eph_indicadores_hogares_05_22F217D37524.pdf. Fecha de consulta 26/10/2022.
 - 13- Bravo, Juan A.; Sánchez Negrete, María A. "La función notarial y las herramientas de protección de las personas vulnerables. El análisis de los conceptos de capacidad jurídica y vulnerabilidad". Ponencia del tema II, 42 Jornada Notarial Bonaerense, San Pedro, 2022.

3.2. Legislación

- 14- Constitución Nacional de la República Argentina.
- 15- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- 16- UINL. Principios de la función. Documento aprobado por la Asamblea de Notarios miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, Roma, Italia, 8 de noviembre de 2005. <https://www.uinl.org/principios-de-la-funcion>. Fecha de consulta 27/10/2022.
- 17- Ley 24.240. Modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999, 26.361 y 26.993.
- 18- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- 19- Directrices para la Protección del Consumidor Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, del año 2016.
- 20- Directiva de la Unión Europea 2019/2161.
- 21- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- 22- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- 23- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 24- Convención sobre los Derechos del Niño.
- 25- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3.3. Jurisprudencia

- 26- CIDH. Caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- 27- Corte IDH. Caso "Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C Nº 209.
- 28- Corte IDH. Caso "Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 31 de agosto de 2010.
- 29- CIDH. "Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones". Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C Nº 259.
- 30- "Rubiolo, Claudia Elizabeth vs. Llave Maestra S.R.L. s. Cumplimiento de contratos". CCC Sala III, Mar del Plata, Buenos Aires; 05/06/2019.



Acceda al abstract
en video

Actos de autoprotección

Una preocupación persistente del
notariado en beneficio de la comunidad*

Rodrigo Aguirre

Sumario: I. Introducción. II. Actos de autoprotección. 1. Conceptualización. 2. Sujetos vulnerables. 2.1. Concepto. 2.2. Adulto mayor. 2.3. Personas con capacidad restringida. 2.4. Rol del Estado. 3. Contenido de los actos de autoprotección. 3.1. Identidad digital. 3.2. Mandato preventivo. 3.3. Designación de apoyos. 3.4. Proyecto de Ley Nacional de Autoprotección y Poderes Preventivos en Materia de Derechos Humanos. 4. Forma. 5. Registración. 6. Limitaciones al ejercicio del derecho de autodeterminación. III. Rol del notario. IV. Capacitación. V. Conclusión. VI. Ponencias. VII. Bibliografía.

* Trabajo presentado por el autor en el XXXIII Encuentro Nacional del Notariado Novel y XXIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur, desarrollados en Salta entre el 17 y 19 de noviembre de 2022. Mereció mención especial del jurado en el tema I, "La intervención notarial como vehículo de concreción de derechos personalísimos".

I. Introducción

Cada ser humano es único e irrepetible, vulnerable a diversos factores, tales como la edad, la salud, las relaciones interpersonales, entre otros; requiriendo al efecto de una protección especial para poder ejercer sus derechos en condiciones de igualdad.

Erich Fromm, en su obra *La condición humana actual* (1964), hace hincapié en la noción de que “cada hombre es un universo para sí mismo, y es sólo su propia finalidad. Su meta es la realización de su ser, incluyendo aquellas mismísimas peculiaridades que son características de él y que lo hacen diferente de los demás”.

Tomando como punto de partida la fragilidad y finitud de la condición humana, la globalización y los adelantos tecnológicos en el ámbito de la medicina y farmacología, se ha evidenciado, a lo largo de los últimos años, un incremento en la esperanza y calidad de vida; y la necesidad de plasmar su proyección en el tiempo.

El Código Civil y Comercial de la Nación prevé ciertas herramientas que permiten la planificación patrimonial y extrapatrimonial de una persona, ante su eventual muerte o pérdida de sus aptitudes de autogobierno; asegurando su derecho a ser oído; y sobre todo el resguardo y protección de su voluntad y dignidad.

A tal efecto, podemos mencionar las figuras del testamento, la donación, el fideicomiso testamentario, la partición por ascendientes, y los pactos de herencia futura, con las limitaciones establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, ante la eventual muerte; y las directivas anticipadas o actos de autoprotección frente a la eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno.

El objeto del presente trabajo se centrará en estas últimas herramientas, haciendo hincapié en la importancia de prever directivas anticipadas o actos de autoprotección, en beneficio de los sujetos más vulnerables de la sociedad, especialmente en los adultos mayores; cumpliendo un rol protagónico el asesoramiento, asistencia y contención del notario interviniente, garantizado a través del principio de inmediación y operaciones notariales de ejercicio.

II. Actos de autoprotección

1. Conceptualización

Los actos de autoprotección son actos jurídicos voluntarios, preventivos y esencialmente revocables, por medio de los cuales un sujeto puede establecer ciertas previsiones referentes a su persona y patrimonio ante la eventual imposibilidad, transitoria o permanente, de expresar su voluntad y decidir por sí mismo, a consecuencia de la pérdida de sus facultades de autogobierno; y en protección de su propia vulnerabilidad.

A lo largo del tiempo han recibido distintas denominaciones, algunas más precisas y acertadas que otras, desde testamentos para la vida (*living will* en el derecho anglosajón); disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia; previsiones para la eventual pérdida del discernimiento; directivas anticipadas; y actos de autoprotección, entre otras.

La denominación *autoprotección* se adoptó a partir de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Veracruz, México, en 1998, a propuesta de la delegación española.

2. Sujetos vulnerables

2.1. Concepto

La concepción de sujeto vulnerable se ha ido desarrollando, mutando y adaptando a las circunstancias y contextos de cada época, debiendo ser analizada desde un enfoque interseccional.

La Real Academia Española define el concepto de vulnerable como aquel "Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente"¹.

En la última década se produjo un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico, en donde la persona humana y el resguardo y protección de su dignidad, han adquirido un rol protagónico y esencial por sobre el contenido de carácter individualista patrimonialista.

Fiel reflejo de lo expresado, se evidencia a través del reconocimiento de las personas vulnerables, como sujetos de derechos, no solo en nuestro

1 <https://www.rae.es/drae2001/vulnerable>.

ordenamiento jurídico, sino que también a nivel internacional; previéndoseles una protección especial.

Las **Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad**, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008, nos brinda, en la Sección 2ª en los puntos 3 y 4, el concepto de personas en situación de vulnerabilidad.

A tal efecto, establece que “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico... Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

A nivel internacional, debemos mencionar y destacar el reconocimiento, regulación y protección específica brindada a determinados grupos en situación de vulnerabilidad, a través de tratados internacionales de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

2.2. Adulto mayor

La composición de la población mundial ha cambiado drásticamente en las últimas décadas; entre 1950 y 2010, la esperanza de vida en todo el mundo aumentó de 46 a 68 años; y se estima que durante las próximas tres décadas el número de adultos mayores aumente a más del doble, sobre todo entre 2019 y 2050².

2 <https://www.un.org/es/observances/older-persons-day>.

Nuestro Código no contempla una regulación o previsión específica respecto de los adultos mayores.

Sin perjuicio de ello, podemos encontrar artículos que tratan a dichos sujetos de manera indirecta, por ejemplo, al considerar la edad y la discapacidad como factores de vulnerabilidad; en lo dispuesto por el *art. 442 inc. "c"*, que establece como uno de los criterios a tener en cuenta por el juez, a la hora de determinar la procedencia y monto de la compensación económica en el divorcio, la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; y el *inc. "d"*, los intereses de otras personas que integran el grupo familiar; el *art. 443 inc. "c"*, que regula como una de las pautas para la atribución del uso de la vivienda, el estado de salud y edad de los cónyuges; el *art. 2448*, con relación a la mejora a favor del heredero con discapacidad; y el *art. 2509*, con relación al legado de alimentos.

En contraposición, la Constitución Nacional hace alusión a ellos, en el *art. 75 incs. 22 y 23*, al reglar que corresponde al Congreso "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

La **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores**, aprobada el 15 de junio de 2015 por los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), y ratificada por la República Argentina en mayo de 2017 mediante la ley 27.360 y el decreto 375/17 tiene como principal objetivo "... promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad".

Para la Convención una "persona mayor" es aquella que tiene 60 años o más, salvo que la ley de cada país determine una edad diferente, la que no podrá ser superior a los 65 años. Dicho concepto incluye, entre otros, el de "persona adulta mayor".

Reconociendo que a medida que la persona envejece, la misma tiene derecho a "... seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades".

Como antecedentes a dicha Convención, podemos destacar el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982 (resolución 37/51); los Principios de las Naciones Unidas a Favor de las Personas de Edad (resolución 49/91); la Proclamación sobre el Envejecimiento aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002); la Declaración de Brasilia (2007); y la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe (2012).

En este contexto, los actos de autoprotección adquieren especial relevancia, al ser los adultos mayores sujetos activos-pasivos de relaciones jurídicas patrimoniales; e integrantes de un entorno social y familiar determinado, con necesidades, preocupaciones, proyecciones y aspiraciones personales que necesitan especial atención y asesoramiento de parte del notario en razón de su posible vulnerabilidad.

2.3. Personas con capacidad restringida

En los últimos años hemos evidenciado un cambio trascendental en materia de capacidad, en pos del principio "pro homine", del desarrollo y protección de la persona humana, de su dignidad y autonomía de la voluntad; rompiendo con el esquema rígido, restrictivo e intangible imperante en el Código velezano.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 31, parte de la premisa de que la capacidad de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial, de conformidad con lo dispuesto por las leyes 26.657 (Ley Nacional de Salud Mental), ley 26.742, y sus normas reglamentarias; adquiriendo la restricción al ejercicio de la misma carácter excepcional.

La incorporación del sistema de apoyos para las personas con discapacidad o capacidad restringida, es otro claro ejemplo de ello, tendiente a facilitar la manifestación y respeto de la voluntad de la persona, la celebración de actos jurídicos, y el ejercicio de la capacidad jurídica con plenitud.

La **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, en pos del reconocimiento y protección de sus de-

rechos, establece como propósito "... promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

En consecuencia, las personas con capacidad restringida pueden otorgar actos de autoprotección, en la medida que dichos actos no hayan sido limitados en la sentencia dictada al efecto.

Sin perjuicio de ello, el art. 60 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que es la persona **plenamente capaz** quien puede otorgar actos de autoprotección.

No debemos caer en el error de desconocer lo dispuesto en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y de confundir los conceptos de capacidad y discernimiento; entendiendo este último como la aptitud para "distinguir lo bueno, lo malo, lo justo de lo injusto", y entender el objeto negocial; el que será calificado por el notario al momento de otorgar el acto, a través de las llamadas operaciones notariales de ejercicio.

Frente a la falta de consenso doctrinario, y en pos de la validez de los actos de autoprotección otorgados por dichos sujetos, es que resulta de total importancia la distinción entre las escrituras en sentido estricto y las actas notariales, pudiendo enmarcar dichos actos en estas últimas.

Como bien dice Natalio Pedro Etchegaray³, a través de las actas "... el notario solo tiene actividad de ver y oír... narra el hecho y lo deja como es, no lo manipula ni lo altera... la firma de las partes no es otorgamiento ni consentimiento, es conformidad con lo narrado y leído por el notario, que es narración de lo sucedido en ese momento... en las actas generalmente hay hechos..."

3 Etchegaray, Natalio Pedro. *Técnica y Práctica Documental, Escrituras y actas notariales. Examen ejecutivo de una escritura tipo*, Editorial Astrea, 6ª edición actualizada y ampliada, 2016, p. 29.

2.4. Rol del Estado

Es el Estado el encargado de adoptar las medidas tendientes a la protección, igualdad e inclusión de estos grupos o sectores vulnerables de la sociedad, velando no solo por el reconocimiento de sus derechos, sino que también por su efectivo ejercicio.

En tal sentido, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en su art. 4, establece que "Los Estados Parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor... y a tal fin... Adoptarán las medidas afirmativas y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención... No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas afirmativas y ajustes razonables que sean necesarios para acelerar o lograr la igualdad de hecho de la persona mayor..."

Con igual criterio, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratifica que "Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica... Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad".

3. Contenido de los actos de autoprotección

El notariado ha sido protagonista en materia de actos de autoprotección, de su evolución a lo largo del tiempo, encontrándonos actualmente en una etapa de transición jurídica hacia un cambio de paradigma, al materializarse a través del proyecto de ley denominado "Ley Nacional de Autoprotección y Poderes Preventivos en materia de Derechos Humanos"

que se relacionará más adelante; lo que desde doctrina, jurisprudencia y tratados internacionales en materia de derechos humanos se venía exigiendo y reflejando.

Siguiendo una interpretación restrictiva y literal de los arts. 60 y 139 del *Código Civil y Comercial de la Nación*⁴, el contenido de los actos de autoprotección estaría únicamente limitado a las disposiciones en materia de salud, cuidados paliativos y nombramiento de curadores; independientemente de lo dispuesto en el art. 61, relativo a las exequias.

Como antecedente, podemos mencionar lo dispuesto por la ley 26.529 del año 2009, modificada posteriormente por la ley 26.742, del año 2012, al regular lo atinente a las directivas anticipadas en materia de salud, en pos de la autonomía y respeto de la voluntad y derechos del paciente; al igual que lo hace la ley 26.657 y el decreto reglamentario 603/13, en materia de salud mental.

Sin embargo, siguiendo una interpretación armónica del articulado del Código Civil y Comercial de la Nación; a la luz de los principios de **coherencia** (art. 2 CCyC), **razonabilidad** (art. 3 CCyC), **prudencia** (art. 1725 CCyC), **responsabilidad** (art. 1708 CCyC), **consentimiento informado** (arts. 58 y 59 CCyC); y en concordancia con las convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, no podemos desconocer que los actos de autoprotección pueden contener materias autorreferentes de diversa naturaleza, que contemplen una vasta gama de derechos personalísimos, que hacen a la dignidad y proyección de la esencia de la persona humana y de su calidad de vida.

Siguiendo este razonamiento, Sebastián J. Cosola, al referirse a los derechos personalísimos incorporados en el Código Civil y Comercial de la Nación sostiene "... la norma positiva ayuda a alcanzar sobre un principio, sobre un valor, o sobre una virtud, una mejor interpretación o argumentación del derecho que realiza como fundamental. Es por ello que conviene

4 Art. 60. Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento. Art. 139. Personas que pueden ser curadores. "La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela..."

recordar que existe más derecho fuera de la norma, y que por ello los derechos fundamentales receptados por la humanidad son aquellos que no pueden ser vulnerados bajo ningún aspecto ni condición, estén o no estén incorporados a un determinado cuerpo legal simple o codificado”⁵.

3.1. Identidad digital

La utilización de computadoras, la creación de internet, la estandarización de las redes sociales, fueron elementos sustanciales para el crecimiento exponencial de las nuevas tecnologías; debiendo adaptar nuestra actuación profesional a los paradigmas tecnológicos propios de la informática actual, en protección de la autonomía de la voluntad digital.

Es por ello que, en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2022, Mendoza; en la comisión 1, Parte general, “Derechos personalísimos y nuevas tecnologías”, se concluyó por unanimidad que: “Las nuevas tecnologías imponen una mirada aperturista de la noción de derechos personalísimos, con inclusión de nuevas categorías acordes a los desarrollos de la ciencia y de la técnica, en relación a la persona humana”.

Pudiendo en consecuencia, los actos de autoprotección, contener disposiciones relativas no solo a la identidad personal tangible, sino que también a la identidad digital y bienes digitales extrapatrimoniales; sin llegar a considerar a la identidad digital como un nuevo sujeto de derechos y obligaciones independiente de la persona física que la haya creado⁶.

La importancia de poder prever dichas disposiciones, radica en la propia naturaleza de la identidad digital, en el principio de autodeterminación informativa, y en la evolución, dinamismo y complejidad de las relaciones virtuales que posee su titular, a través de su comportamiento en el ciberespacio o ecosistema digital, construyendo lo que desde la doctrina conocemos como la huella digital del sujeto.

5 Armella, Cristina N. (Directora). *Derecho y Tecnología. Aplicaciones Notariales*, Salierno, Karina V. (Coordinadora), Editorial Ad Hoc, 2020. Cosola, Sebastián J. “La protección de datos personales en la función telemática o a distancia”; p. 150.

6 LXXVI Seminario Teórico-Práctico Laureano Arturo Moreira; tema: “La utilización de criptomonedas en el tráfico negocial”; 8 y 9 de noviembre de 2018.

3.2. Mandato preventivo

El art. 60 admite la posibilidad de "... anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad".

Sin embargo dicho artículo utiliza equívoca y erróneamente el concepto de mandato, concibiéndolo no como una relación contractual, sino como sinónimo de encargo o encomienda, tal como lo sostiene la escribana Maritel Brandi Taiana, forzando de esta manera el "encuadre de una figura patrimonial dentro del ámbito de los derechos personalísimos"⁷.

En consecuencia, debió utilizar el concepto de poder; máxime cuando el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1329 inc. e, establece como una de las causales de extinción del mismo la incapacidad del mandante.

Poder que reconocerá como negocio causal y subyacente al derecho de autoprotección; aplicándosele las reglas de este último, constituyendo una excepción a lo dispuesto por el art. 380 inciso h del Código Civil y Comercial de la Nación, confiriendo de esta manera seguridad y eficacia jurídica al acto que se pretende ejecutar; tal como se concluyó en la comisión 2, del Segundo Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, La Plata, 2017.

3.3. Designación de apoyos

De la conjunción de los arts. 43⁸, 60 y 139 del Código Civil y Comercial de la Nación; y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), se desprende la posibilidad de poder designar en los actos de autoprotección un sistema de apoyos que se adecue a la realidad del sujeto interviniente, frente a la eventual pérdida de sus facultades de autogobierno.

Al igual que los actos de autoprotección, la figura del apoyo se presenta como una respuesta frente a la necesidad y realidad social e internacional, de dar cumplimiento efectivo al ejercicio de los derechos, en

7 Brandi Taiana, Maritel M. "Directivas Anticipadas, Poder Preventivo y Discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación"; trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina, tema 1.

8 Art. 43: (...) *"El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida"*.

condiciones de igualdad, de las personas vulnerables; apartándonos del criterio del "mejor interés" o "interés superior" del individuo en pos de la autonomía de su voluntad, del reconocimiento de su capacidad jurídica y del ejercicio de sus derechos.

El art. 43 del Código Civil y Comercial de la Nación define al apoyo de manera genérica, como cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial, tendiente a promover la autonomía, facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona, sin sustituirla, para el ejercicio de sus derechos.

En consecuencia, quién mejor que el propio sujeto para designar quién ha de desempeñar dicha función, garantizando de esta manera que se respeten sus derechos, voluntad, valores, creencias, deseos, preferencias y proyecto de vida.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a través de la Observación General N° 1 del año 2014, en sus puntos 17 y 29, resume lo expuesto al establecer que "... Para muchas personas con discapacidad la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás... El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variarán notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad... Un régimen de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones de apoyo que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de derechos humanos. El régimen debe proteger todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía (derecho a la capacidad jurídica, derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, derecho a elegir dónde vivir, etc.) y los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato (derecho a la vida, derecho a la integridad física, etc.)..."

En virtud de lo expuesto, no debemos confundir la designación voluntaria y preventiva de apoyos materializada a través de un acto de autoprotección, la que deberá ser considerada oportunamente por el juez; de la posibilidad de designar apoyos extrajudiciales o en sede notarial.

Respecto de este último punto, nuestro ordenamiento jurídico se limita únicamente a reconocer su existencia, sin desarrollar ni reglamentar di-

cha figura; a diferencia de lo que sucede respecto de los apoyos designados judicialmente.

En la 42 Jornada Notarial Bonaerense, celebrada en San Pedro del 16 al 19 de marzo de 2022, en el Tema 2: "La función notarial y las herramientas de protección de las personas vulnerables. El análisis de los conceptos de capacidad jurídica y vulnerabilidad"; se concluyó a favor de la admisibilidad de la designación de apoyos extrajudiciales a través de acuerdos de apoyos celebrados en escritura pública que podrán "... versar sobre uno o varios actos determinados o con un alcance más amplio, debiendo ser aceptado expresamente por la persona o personas (humana o jurídica) designadas como apoyo, con un plazo determinado y estableciendo un sistema de salvaguardias, tendientes a evitar las influencias indebidas y abusos de confianza..."

Debemos afrontar el desafío, como lo han hecho numerosos países con los que compartimos un sistema de notariado de tipo latino, de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las directrices, principios y valores contenidos en las convenciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

A modo de ejemplo, España, a través de la ley 8/2021; Colombia a través de la ley 1996/2019 y Perú a través del decreto 1384 del año 2018; han incorporado e instrumentado "recientemente" en sus legislaciones la posibilidad de designar apoyos voluntarios en sede notarial, formalizados en escritura pública; cumpliendo el notario el rol de apoyo institucional y de autoridad encargada de velar por el cumplimiento de las salvaguardias necesarias a los efectos de evitar posibles conflictos de intereses, abuso de derechos o influencias indebidas; de conformidad con lo dispuesto en el art. 12 de la CDPD.

3.4. Proyecto de Ley Nacional de Autoprotección y Poderes Preventivos en Materia de Derechos Humanos

El proyecto de Ley Nacional de Autoprotección y Poderes Preventivos en materia de Derechos Humanos⁹, pone fin a dichas discusiones e in-

9 Proyecto de Ley de Autoprotección y Poderes Preventivos en materia de Derechos Humanos, presentado por el senador Ricardo Antonio Guerra el 4 de mayo de 2022, registrado bajo el N° S-669-2022; estado al día 28/10/2022: pendiente en Cámara de Senadores.

interpretaciones doctrinarias al establecer que "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".

Con relación al mandato y poder preventivo, dispone que se le aplicaran las normas generales del *Código Civil y Comercial de la Nación*, *atinentes a cada figura, en lo no modificado en la presente ley*.

Respecto del mandato preventivo el art. 12 establece que se podrá otorgar con los mismos recaudos que el poder preventivo, remitiéndonos en consecuencia al art. 4, de donde surge que "... 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. El poder preventivo no se extingue por la pérdida de discernimiento, temporaria o definitiva, del otorgante. En caso de restricción judicial a la capacidad de ejercicio, subsistirá salvo disposición judicial en contrario".

4. Forma

El Código Civil y Comercial de la Nación en ninguno de sus artículos hace referencia a formalidad alguna en materia de actos de autoprotección, rigiendo en consecuencia el principio de libertad de formas.

La ley 26.529 modificada por ley 26.742, con relación a las directivas anticipadas en materia de salud, establece en su art. 11, que "La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó".

Sin embargo el decreto 1089/2012 en su art. 11, admite el otorgamiento de las directivas anticipadas en materia de salud, a través de instrumento privado con certificación de firmas.

Pese a la aparente equiparación que pretende conferir el decreto 1089/2012 entre la escritura pública y la certificación de firmas en instrumento privado, como mecanismos idóneos para garantizar el contenido ni más ni menos que de directivas anticipadas en materia de salud, no podemos desconocer ni dudar que el instrumento adecuado a tal fin es la escritura pública.

A través de la **escritura pública**, el notario **garantiza** la autenticidad, autoría, matricidad y fecha cierta del documento, receptando de manera fehaciente la voluntad del requirente, y confiriendo plena fe de las declaraciones que contiene.

Mientras que a través de la **función certificante**, el notario certifica la autenticidad de la firma puesta en su presencia y no del contenido del documento; si bien la misma está inserta en un documento, esta pasa a un segundo plano; es un elemento colateral y no principal.

Siendo en consecuencia, conforme interpretación doctrinaria mayoritaria, únicamente admisible la escritura pública o acta judicial, requiriéndose la presencia de dos testigos, únicamente frente a directivas anticipadas en materia de salud.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, en pos de la escritura pública y/o acta judicial, el **proyecto de Ley Nacional de Autoprotección y Poderes Preventivos en materia de Derechos Humanos** ya citado, en su art. 7, establece que "El acto de autoprotección debe ser otorgado por escritura pública, o ante autoridad judicial y puede ser libremente modificado y revocado por quien lo otorgó. El poder preventivo debe ser otorgado por escritura pública... En ningún caso es necesario la presencia de testigos para el otorgamiento de estos actos, salvo que el requirente, la autoridad judicial o el escribano autorizante así lo soliciten".

5. Registración

Dada la naturaleza de las directivas contenidas y resguardadas a través de los actos de autoprotección, reviste especial importancia su registración, la que será meramente declarativa, preservando el contenido de dichos actos; a fin de lograr su publicidad e individualización.

El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires fue el primero en crear en el año 2004 un Registro de Actos de Autoprotección, con un funcionamiento similar al de los registros de actos de última voluntad.

Hoy en día la mayoría de las provincias cuentan con registros de autoprotección, que funcionan en los colegios de escribanos respectivos, siendo la más reciente incorporación el de la Provincia de Santiago del Estero, creado en el año 2019.

En el año 2009 el Consejo Federal del Notariado Argentino creó el Centro Nacional de Información de Registros de Actos de Autoprotección, encargado de recibir y acumular los datos de todos los actos otorgados en el país.

El proyecto de **Ley Nacional**, en su art. 8, reafirma la importancia de contar con registros de actos de autoprotección que estuvieran a cargo de los respectivos colegios notariales de cada jurisdicción.

La necesidad de su registración se debe a lograr una efectiva publicidad que facilite su uso.

6. Limitaciones al ejercicio del derecho de autodeterminación

Tomando como punto de partida que el otorgamiento de actos de autoprotección tiene por objeto la defensa y custodia de dos valores fundamentales, como lo son la vida y la dignidad humana, es que resulta atinente mencionar las limitaciones al ejercicio del derecho de autodeterminación, a los efectos de preservar el principio de la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, dichos actos, conforme los principios generales del derecho, no pueden ser contrarios al orden público, a la ley, a la moral ni a las buenas costumbres.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Albarracini"¹⁰, del año 2012 resolvió que "... no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros... mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos,

10 Caso "Albarracini". Fallo de CSJN. A. 523. XLVIII. "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias", CSJN, 01/06/2012.

sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos, aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo”.

El art. 60 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que las directivas anticipadas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tendrán por no escritas.

No debemos confundir dichas prácticas con la posibilidad de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, cumpliendo un rol fundamental la figura del consentimiento informado; o de rechazar procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado; al haber sido informado el paciente de padecer una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en un estadio terminal¹¹.

Siguiendo este último razonamiento, es que también se admite la posibilidad de rechazar procedimientos de hidratación o alimentación, evitando caer en la figura del encarnizamiento terapéutico; no así de los cuidados paliativos necesarios tendientes a controlar el dolor y evitar el sufrimiento del paciente.

La Corte Suprema de Justicia en el caso “M.A.D.”¹² sostuvo con relación a la ley 26.742 que “No fue intención del legislador autorizar las prácticas eutanásicas, expresamente vedadas en el art. 11 del precepto, sino admitir en el marco de ciertas situaciones específicas la ‘abstención’ terapéutica ante la solicitud del paciente...” y agrega que “... no debe exigirse una autorización judicial para convalidar las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos, en la medida en que estas se ajusten a los supuestos y requisitos establecidos en la ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las leyes 26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión”.

11 Ley 26.529, modificada por la ley 26.742.

12 Caso “M.A.D.”. Fallo de CSJN. 376/2013 (49-D)/CS1. “D.M.A. s/ declaración de incapacidad”, CSJN, 07/07/2015.

La principal diferencia entre la "muerte digna" regulada en la ley 26.742, y la eutanasia, radica en que, mientras la primera se basa en la no actuación del médico interviniente al cumplirse ciertos requisitos regulados en dicha ley; en la segunda el paciente decide cómo y cuándo morir.

Asimismo resulta fundamental el dictado de una ley¹³ y protocolos que regulen la figura de la eutanasia, evitando que dicha conceptualización quede subsumida a la libre interpretación o perspectiva del médico interviniente, paciente o sujeto encargado de hacer respetar dicha voluntad; y recurrir en consecuencia a judicializaciones innecesarias a los efectos de dilucidar el caso concreto, máxime cuando en materia de salud nos apremia el tiempo.

III. Rol del notario

La esencia de la función notarial se encuentra íntimamente relacionada con el rol que el notario desempeña en la sociedad, adaptándose continuamente a las necesidades y desafíos que la evolución y cambios sociales, culturales y tecnológicos traen consigo aparejados.

El notario, en cuanto actor, intérprete imparcial de la voluntad de las partes, guía, protector y garante de sus derechos, ha adquirido un papel protagónico brindando seguridad jurídica preventiva a los actos y negocios celebrados entre particulares, confiriéndoles legalidad, validez y eficacia.

De igual manera, en los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, elaborado por la Comisión designada por el decreto presidencial 191/2011, se desprende que la esencia de la función notarial es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxi-

13 Actualmente podemos mencionar cuatro proyectos de ley con tratamiento parlamentario: el Proyecto "Ley de Buena Muerte. Regulación de la Eutanasia", presentado el 25 de noviembre de 2021, expediente 4597-D-2021, Trámite Parlamentario N° 184/2021; el Proyecto de Ley "Derecho a la Prestación de Ayuda para Morir Dignamente. Ley Alfonso", presentado el 6 de diciembre de 2021 por las diputadas Estévez, Brawer, Carrizo, Gaillard, Macha, Moreau, Lampreabe y López, expediente 4734-D-2021, Trámite parlamentario N° 191; el Proyecto de Ley de "Regulación de la Eutanasia y la Muerte Asistida", presentado el 8 de agosto de 2022, expediente 3956-D-2022, Trámite parlamentario N° 113/2022, firmado por los diputados Cobos y Verasay; y el Proyecto de Ley "Derecho a la Prestación de Ayuda para Morir Dignamente", presentado el 11 de agosto de 2022 por la diputada Moisés, expediente 4092-D-2022, Trámite parlamentario N° 116/2022.

ma trascendencia, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*.

El Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, Argentina, 1948, sintetiza lo expuesto, al definir al notario latino como "... un Profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir las copias que den fe de su contenido".

De la definición brindada precedentemente, se desprenden las llamadas "operaciones notariales de ejercicio", de gran importancia y trascendencia en la labor notarial, que podemos dividir y agrupar en dos audiencias; una primera audiencia en donde lo que predomina es la función asesora; y una segunda audiencia en donde lo que predomina es la función documentadora¹⁴.

Dichas audiencias cobran especial relevancia al ser el primer contacto directo que el notario tiene con el requirente, receptando e interpretando su voluntad, dándole forma legal y adecuándola al ordenamiento jurídico.

Asimismo califica la capacidad y aptitud del requirente, confiriendo autenticidad al acto que instrumenta y garantizando la seguridad jurídica preventiva, a través de su debido asesoramiento y contención; actuando con prudencia y diligencia.

Respecto de la función documentadora, resulta necesario destacar la utilidad de la comparecencia de los sujetos a quienes se le encomienda el cumplimiento de las respectivas directivas anticipadas¹⁵; la consignación de los autorizados y/o habilitados a solicitar informes ante los registros respectivos; y el consentimiento expreso del otorgante de directivas anticipadas en materia de salud, en los términos del art. 5 y siguientes de la ley 25.326, respecto de la transcripción de su contenido, al tratarse de datos confidenciales y sensibles, y ser un requisito para su inscripción en determinados registros de autoprotección.

Partiendo de la premisa de que el hombre es un ser bio psico social espiritual, es que cobran especial relevancia en dichas audiencias las consultas

14 Etchegaray, Natalio Pedro, *Técnica y Práctica Documental...*, op. cit., p. 40.

15 El art. 11 del decreto 1089/2012, con relación a las directivas anticipadas sobre salud, establece que (...) "si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo".

interdisciplinarias con otros profesionales y con su entorno familiar y social, a los efectos de lograr un enfoque global, que permita satisfacer todas sus necesidades.

Por lo expuesto, debemos fomentar y resaltar la importancia de concebir al notario desde una perspectiva integral, tanto como apoyo institucional como en su carácter de autoridad pública, de igual forma que lo hace la Guía Notarial de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad, redactada por la Comisión de Derechos Humanos de la Unión Internacional del Notariado¹⁶.

La Comisión de Género y Derechos Humanos del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires adaptó esa Guía a nuestro ordenamiento jurídico.

En la misma, se pone especial énfasis en la función del notario "... en un doble sentido, positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, y en un sentido negativo, para impedir abuso e influencia indebida. Es un apoyo técnico por la actividad asesora e informativa y de consejo que realiza el notariado... El fedatario habrá de prestar un *plus* de asistencia personal, una información más completa y exhaustiva al contratante necesitado de esa asistencia o apoyo especial, sea por carecer de asesoramiento adecuado, o por sus condiciones culturales, sociales o por su situación de vulnerabilidad, como puede ser la edad, el género, la discapacidad, o varias de estas circunstancias concomitantes (interseccionalidad)".

Resaltando el compromiso constante e insaciable del notariado para con la comunidad y sus miembros, asumiendo la defensa de sus derechos fundamentales, preservando la paz social y confianza depositada en la investidura de la función que desempeña.

IV. Capacitación

La capacitación permanente del notariado es y ha sido una temática muy recurrente a lo largo del tiempo, y objeto de estudio en jornadas y congresos notariales, no solo a nivel nacional sino que también a nivel internacional.

16 https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-10-6-CDH+Guia-ESP/283f8ae1-da62-4e72-ab3e-b96fec0caaec

Ya desde las conclusiones del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1998, se hizo especial énfasis en que "La competencia profesional, el trabajo bien hecho y la actualización constante en los conocimientos jurídicos, son graves obligaciones para el notario que, a la vez que le perfeccionan, constituyen el mejor servicio que puede prestar al cliente, al Estado y a la sociedad".

La Unión Internacional del Notariado, en su obra *Deontología y Reglas de Organización del Notariado*, establece en su art. 15 que "El notario debe ejercer su actividad profesional con competencia y una preparación adecuada y, particularmente, las funciones esenciales de consejo, asesoramiento, interpretación y aplicación de la ley, debiendo de actualizar sus conocimientos, tanto en el plano jurídico como en el plano técnico. En su labor de formación continua deberá seguir las indicaciones de sus colegios o asociaciones profesionales. La labor de preparación y formación continua se extenderá a los empleados del Notario que será supervisada e impulsada por el propio Notario".

La importancia de la capacitación del notariado en materia de actos de autoprotección y derechos humanos, radica no solo en la naturaleza de la función que desempeña, en cuanto profesional del derecho encargado de una función pública, sino que también en cuanto mecanismo y herramienta que le permita poder perfeccionarse, afrontar y adaptarse a los desafíos que los cambios sociales, culturales y tecnológicos traen consigo aparejados; auxiliando a los sectores más vulnerables de la sociedad, en resguardo de sus intereses y prerrogativas.

Capacitación que debe ser extensiva a todos los operadores del derecho¹⁷ y sus colaboradores, al igual que la difusión de este tipo de herramientas frente a la eventual pérdida de las facultades de autogobierno, tan poco conocidas por la sociedad y de gran importancia y utilidad.

V. Conclusión

El constante e intempestivo desarrollo tecnológico, científico, social y cultural, sumado a la complejidad de la naturaleza del ser humano, ha

17 El art. 10 del proyecto de Ley Nacional de Autoprotección y Poderes Preventivos en materia de Derechos Humanos, establece que (...) "en caso de iniciarse un proceso judicial de restricción a la capacidad de ejercicio, el juzgado interviniente debe oficiar al Registro de Actos de Autoprotección a fin de conocer la existencia de un acto otorgado por la persona cuya protección se solicita".

generado un estado de vulnerabilidad latente, debiendo el notario afrontar dicho desafío, brindando contención, imparcialidad y seguridad jurídica, a través de las herramientas que tiene a su alcance, en resguardo de la autonomía y perdurabilidad de la voluntad, del derecho de autodeterminación y de la preservación de la dignidad de la persona humana.

Debemos fomentar el otorgamiento de actos de autoprotección, en cuanto herramienta preventiva y eficaz de planificación patrimonial y extrapatrimonial frente a la eventual pérdida de las facultades de autogobierno de un sujeto, garantizando el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad, con las limitaciones y recaudos expuestos; al igual que la difusión de la Guía Notarial de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad elaborada por la Unión Internacional del Notariado, adaptada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires a nuestro ordenamiento jurídico, tan poco difundida y de gran practicidad.

VI. Ponencias

1- El acto de autoprotección es la herramienta e instrumento jurídico idóneo y adecuado a los efectos de planificar el proyecto de vida personal y patrimonial de un sujeto, frente a una eventual imposibilidad de expresar su voluntad y decidir por sí mismo, en protección de su vulnerabilidad.

2- El contenido de los actos de autoprotección debe ser analizado teniendo en consideración las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, leyes complementarias y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, contemplando de esta manera, una vasta gama de derechos personalísimos, que hacen a la dignidad, autonomía y proyección de la esencia de la persona humana y de su calidad de vida.

3- Resulta necesaria la modificación del art. 60 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que utiliza erróneamente el concepto "plenamente capaz" como requisito esencial para el otorgamiento de los actos de autoprotección, y no el de discernimiento suficiente, sin guardar correlación alguna con el resto de la normativa del Código; y a los efectos de contemplar expresamente el otorgamiento de directivas que excedan las disposiciones en materia de salud, cuidados paliativos y nombramiento de curadores.

4- Los nuevos paradigmas tecnológicos y en materia de derechos humanos nos conducen hacia una concepción dinámica y aperturista del derecho, rompiendo con los esquemas clásicos basados en la existencia de categorías rígidas y restrictivas.

5- Frente a los paradigmas tecnológicos propios de la informática actual, la identidad digital y los bienes digitales extrapatrimoniales adquieren un papel protagónico en la sociedad, siendo necesario prever su proyección y planificación ante la eventual pérdida de las facultades de autogobierno.

6- Las personas en situación de vulnerabilidad en cuanto sujetos de derechos son merecedoras de una protección especial por parte del Estado, asumiendo el notario a través de las herramientas que tiene a su alcance, la función de garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad.

7- Los actos de autoprotección adquieren especial relevancia en los adultos mayores al ser sujetos activos-pasivos de relaciones jurídicas patrimoniales; e integrantes de un entorno social y familiar determinado, con necesidades, preocupaciones, proyecciones y aspiraciones personales que necesitan especial atención y asesoramiento de parte del notario en razón de su posible vulnerabilidad.

8- Se recomienda la escritura pública como el instrumento idóneo para el otorgamiento de actos de autoprotección, al garantizar la autenticidad, autoría, matricidad, registración y fecha cierta del instrumento, recepcionando de manera fehaciente la voluntad del requirente, a través de la intervención del notario.

9- No debemos confundir la designación voluntaria y preventiva de apoyos materializada a través de un acto de autoprotección, la que deberá ser considerada oportunamente por el juez; de la posibilidad de designar voluntariamente apoyos extrajudiciales o en sede notarial, con los recaudos establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ante la falta de reglamentación por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

10- Ante la inexistencia de una ley nacional, resulta necesaria la incorporación en los códigos de procedimientos locales del requisito y la exigencia de oficiar informes a los registros de autoprotección respectivos ante el inicio de un proceso de restricción de la capacidad. La registración de los actos de autoprotección es meramente declarativa, permitiendo

a través de su inscripción la publicidad del instrumento, garantizando la eficacia y finalidad perseguida al momento de su otorgamiento.

11- Debemos apartarnos del criterio del "mejor interés" o "interés superior" del individuo, en pos de la autonomía de su voluntad, del reconocimiento de su capacidad jurídica y del ejercicio de sus derechos.

12- Resulta aconsejable durante el desarrollo del "iter notarial", dada la complejidad de la naturaleza del ser humano, realizar consultas interdisciplinarias con otros profesionales y con su entorno familiar y social, a los efectos de lograr satisfacer y abarcar sus necesidades desde un enfoque integral.

13- Debemos fomentar y resaltar la importancia de concebir al notario como apoyo institucional y autoridad pública, en resguardo y protección de los sujetos vulnerables, preservando la paz social y la confianza depositada en la investidura de la función que desempeña.

14- Debemos afrontar el desafío, como lo han hecho numerosos países con los que compartimos un sistema de notariado de tipo latino, de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las directrices, principios y valores contenidos en las convenciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

15- Es fundamental la capacitación permanente del notariado, de los operadores del derecho y sus colaboradores en materia de actos de autoprotección y derechos humanos, al igual que la difusión de este tipo de herramientas, tan poco conocidas por la sociedad y de gran importancia y utilidad.

VII. Bibliografía

- Armella, Cristina N. (Directora). *Derecho y Tecnología. Aplicaciones Notariales*, Salierno, Karina V. (Coordinadora), Editorial Ad Hoc, 2020. Moreyra, Javier Hernan. "Algunos aspectos sucesorios referidos a los bienes digitales patrimoniales y extrapatrimoniales".
- Armella, Cristina N. (Directora). *Derecho y Tecnología. Aplicaciones Notariales*. Salierno, Karina V. (Coordinadora), Editorial Ad Hoc, 2020. Cosola, Sebastián J. "La protección de datos personales en la función telemática o a distancia".

- Avellaneda, María Pía, y Garzón Lascano, María. "La declaración de capacidad restringida de la persona y la mirada interdisciplinaria del juez"; editorial Thomson Reuters La Ley, publicado el 9 de noviembre de 2018.
- Benavente, María Isabel y Burundarena, Angeles. "Restricción a la capacidad de personas mayores. Problemas y soluciones"; editorial Thomson Reuters La Ley, publicado el 9 de noviembre de 2016.
- Brandi Taiana Maritel M. "Directivas Anticipadas, Poder Preventivo y Discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación"; Trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina, tema 1.
- Etchegaray, Natalio Pedro. *Técnica y Práctica Documental, Escrituras y actas notariales, Examen exegético de una escritura tipo*, Editorial Astrea, 6ª edición actualizada y ampliada, 2016.
- Galli Fiant, María Magdalena. "Personas con capacidad restringida y su protección"; editorial Thomson Reuters La Ley, publicado el 5 de abril de 2016.
- Lamber, Néstor Daniel. "Intervención por sí de personas con capacidad restringida en actuaciones notariales"; artículo de doctrina, Revista Notarial 984, 2017.
- Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B. *Derecho de autoprotección. Previsiones para la eventual pérdida del discernimiento*, editorial Astrea, 2010.
- Panizza, Leopoldo M. "Capítulo XVII- Actos de Autoprotección en Argentina", *Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria*, Segundo volumen, Director Sebastián E. Sabene, editorial Thomson Reuters La Ley, 2019.
- Rajmil, Alicia B. y Llorens, Luis R. "Derecho de autoprotección. Directivas anticipadas"; artículo de doctrina, publicado en Microjuris, el 17/10/2022.

Sociedades





Acceda al abstract
en video

La planificación sucesoria en la empresa familiar*

María Luján A. Lalanne

* Ponencia presentada por la autora en la Comisión 8 (Sucesiones. Mecanismos de planificación sucesoria. Pactos sobre herencia futura. Empresa familiar) de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Mendoza los días 22 al 24 de septiembre de 2022.

Ponencia¹

Sabemos que las empresas familiares son poderosas generadoras del crecimiento económico, social, moral y político de cualquier país. Su contribución en el producto bruto interno y el empleo útil repercute positivamente en el desarrollo social y ético, individual y colectivo, en tanto el bienestar económico de la población es una fuente de riqueza social y un eslabón imprescindible en la cadena de los valores plurales de la sociedad en su conjunto y de los grupos e individuos que la componen².

Además del interés particular de sus integrantes, la empresa familiar ostenta un marcado interés general que nuestro ordenamiento jurídico pregona, entre otras normas, en los arts. 1010, 2375, 2377, 2330 a 2334, 2380 a 2382 del Código Civil y Comercial de la Nación –CCyC–, en el principio de conservación de la empresa consagrado en el art. 100 de la ley 19.550 y en la legislación concursal. Su envergadura queda revelada en los arts. 14, 14 bis, 17 y 20 de la Constitución Nacional que garantizan los derechos fundamentales relativos a la familia, la propiedad, el trabajo y la actividad lícita a todos los habitantes del territorio nacional, extranjeros y ciudadanos, en armonía con diversos tratados internacionales de igual jerarquía (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna).

Ahora bien, las investigaciones realizadas indican que un alto porcentaje de las empresas familiares tienen inconvenientes a la hora de trascender las nuevas generaciones. En efecto, el Club Argentino de Negocios de Familia (CANF) publicó que un 35 % sobrevive a la primera generación; un 10 %, a la segunda y solo un 2 %, a la tercera³.

Frente a semejante problemática, es vital organizar de modo consciente la sucesión empresarial de la familia y, de esta manera, prevenir o mitigar los conflictos que podría generar su falta de tratamiento en vida del empresario fundador⁴.

1 Sirva la presente como actualización de mi aporte titulado "Marco Jurídico de la Empresa Familiar", en la obra colectiva *Análisis Jurídico de las Pymes*, Acquarone, M. T. y osts., Di Lalla, Bs. As., 2012, 1ª ed., p. 99-132.

2 Alegría, H. "La empresa como valor y el sistema jurídico", *La Ley* 2006-D, 1172.

3 <https://www.cronista.com/pyme/negocios-pyme/Empresas-familiares-cinco-casos-comparten-las-claves-para-impulsar-los-negocios-20201123-0002.html>.

4 David, M. A. "Sucesión empresarial: una asignatura pendiente", 08/07/2021, <https://www.iadef.org/>.

Para ello se requiere un profundo análisis de la temática y la búsqueda de mecanismos legales que faciliten su supervivencia competitiva y sustentable, excediendo el ámbito netamente patrimonial.

Sintéticamente, la *empresa* es definida como "un conjunto ordenado de bienes, personas y actividades"⁵. A su vez, la adjetivación "familiar" le otorga un matiz subjetivo, dadas las modificaciones de esta acepción a lo largo del tiempo y las diferentes consideraciones que cada cual haga en torno a su significado.

Se acepta que hay empresa familiar cuando están presentes tres elementos: propiedad o control efectivo de la empresa por parte de un grupo humano cualificado por su vínculo familiar en sentido amplio (cónyuges, ascendientes, descendientes, colaterales y afines); participación de miembros del citado grupo en la dirección o gestión de la empresa, solos o en compañía de terceros ajenos a la familia en calidad de expertos; y voluntad inequívoca de la familia de mantener la vinculación con la empresa de forma indefinida, abordando los procesos de sucesión y renovación generacional⁶.

La resolución general 19/2021 de la Inspección General de Justicia alude a las empresas familiares con una definición amplia en su *Considerando*: "organizaciones en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí".

Esta conceptualización no debe reparar en su tamaño ni forma⁷ pero sí en su rasgo subjetivo de pertenencia o identificación entre la empresa y la familia que, mientras alimenta un deseo de permanencia, excluye de este ámbito a aquella en la que se produce una coincidencia ocasional o coyuntural de miembros de una misma familia en el capital y/o en la gestión⁸.

5 Verón, A. V. *Sociedades anónimas de familia*, Edit. Ábaco de R. Depalma, Bs. As., 1979, T. 1, p. 142.

6 Quijano González, J. "El protocolo en las empresas familiares," en *Empresas de Familia. Aspectos societarios de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de Familia*, Calcaterra G. y Krasnow A. -dirs., La Ley, 2010, p. 553.

7 La realidad nos muestra que puede ser empresa familiar tanto la MiPyME como la de grandes capitales, la unipersonal, las sociedades y los grupos societarios, aunque en su gran mayoría se trata de pequeñas y medianas organizaciones bajo formas societarias.

8 Quijano González, J., ob. cit.

Como aspectos positivos de esta clase de empresas, se enuncian los siguientes: a) los miembros de una familia suelen tener los mismos valores, por lo que es más fácil construir y mantener una cultura organizacional; b) se advierte un mayor compromiso y dedicación debido a que no solo se construye una empresa sino también el futuro de las próximas generaciones; c) los lazos familiares generan una lealtad más fuerte; d) mayor estabilidad laboral para los miembros de la familia; e) mejor predisposición para aceptar remuneraciones menores en tiempos difíciles; f) mayor grado de autofinanciación y reinversión de beneficios económicos; g) mejor vinculación con los clientes y orientación al mercado; h) mayor creatividad y espíritu emprendedor⁹. De hecho, la pandemia por Covid-19 demostró que las empresas familiares se empoderan en tiempos críticos, habida cuenta su mentalidad a largo plazo, los estándares socioemocionales que adoptan para medir el éxito, su resiliencia, su toma de conciencia sobre la responsabilidad social que le cabe, su óptima predisposición para la implementación de estrategias de transformación de los negocios, la incorporación de los jóvenes de la familia empresaria, quienes, a su vez, agilizaron el uso de la tecnología digital y la implementación de los criterios ESG (*environmental, social and governance*) en el ámbito corporativo¹⁰.

Por su parte, las debilidades de la empresa familiar se deben básicamente a la confusión de límites¹¹, manifestándose en diversos planos; a saber: a) cualquier miembro de la familia se cree con derecho (o se siente obligado) a trabajar en la empresa, sin computarse su capacidad ni la existencia de una vacante, percibiendo retribuciones mayores o menores a las apropiadas, o pretendiéndose remuneraciones iguales entre los familiares que realizan tareas distintas; b) todos los parientes se arrojan el derecho de gestionar la empresa o participar en la propiedad en igualdad; c) confusión de las cuentas entre la empresa y la familia; d) discrepancias entre el empresario y su familia sobre la designación del sucesor, la transmisión de la propiedad y/o la implementación de

9 Medina, G. y Favier Dubois, E. M. "Empresa Familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012, La Ley, p. 3-7.

10 Fuente: <https://home.kpmg/ar/es/home/media/press-releases/2021/05/las-empresas-familiares-estabanbien-posicionadas-para-liderar-la-.html>.

11 Favier Dubois (h.), E. M., "Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución", La Ley 23/08/2010.

criterios empresariales; e) malestar de los directivos no parientes con la situación de los familiares dentro de la empresa¹².

Sucede que en la empresa familiar confluyen dos sistemas diferentes: la familia, donde se cobijan los sentimientos; y la empresa que busca competitividad, optimización de recursos, inserción e imagen en el mercado. De ahí que su sostenimiento y –siendo ambiciosos– su crecimiento requieren de una consensuada instrumentación de pautas o políticas para la determinación de conductas y/o decisiones que afiancen sus valores, que fortalezcan la relación familia-empresa y, al mismo tiempo, neutralicen las debilidades de la explotación que, lejos de ser insignificantes, podrían vigorosamente atentar contra su continuidad.

De ahí que resultaría útil la sanción de una normativa específica que las defina legalmente y les otorgue una regulación que, de acuerdo a las características apuntadas, facilite su sostenimiento a largo plazo.

Lo cierto es que la planificación sucesoria de la empresa familiar cuenta actualmente con menos escollos que durante la vigencia de las normas velezanas. Además del *protocolo familiar* –la “estrella” de esta materia– que se encuentra previsto en el art. 1010 del CCyC, cabe nombrar seguidamente otros institutos de dicha codificación que también promueven esta programación y que se destacan por importar una novedad normativa o por tratarse de figuras antiguas con una regulación mejorada:

- Previsión del régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes (art. 505 y sigs.) que admite la contratación entre los cónyuges que optan expresamente por este (*a contrario sensu*, art. 1002 inc. d).
- Regulación de las uniones convivenciales (art. 509 y sigs.), otorgando libertad de contenido a los pactos de convivencia que se celebraren (art. 514), con oponibilidad a los terceros desde su inscripción (art. 517). Asimismo, se legislan sus efectos (arts. 518 a 522) y respecto a su cese (arts. 523 a 528).
- Poniendo fin a la vieja discusión doctrinaria, el art. 470 exige expresamente el asentimiento conyugal para enajenar o gravar las acciones

12 Medina, G., agrega las siguientes “flaquezas”: resistencia al ingreso de socios no familiares, bajo valor de mercado de las participaciones societarias y crisis estructural por maduración del negocio basado en la frase “el abuelo la funda, los hijos la debilitan y los nietos la entierran”, en “Empresa familiar” cit.

nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la inoponibilidad a terceros portadores de buena fe prevista en el art. 1824 (inc. b); y las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior (inc. c).

- En el fideicomiso, el fiduciario ahora puede ser beneficiario (arts. 1671 y 1673 *in fine*), aunque no fideicomisario (art. 1672).
 - Los arts. 2330 a 2334 regulan la indivisión forzosa de manera renovada y ampliada respecto a la derogada ley 14.394, incluyendo claramente como objeto de la indivisión a las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual el "heredante" fuere el principal socio o accionista (art. 2330 inc. c).
 - La dispensa de colación o estipulación de la cláusula de mejora en el acto de donación (art. 2385) pone fin a las limitaciones que al respecto parecían surgir de los arts. 3524 y 3605 del código anterior.
 - La reducción de la porción legítima de los herederos forzosos (art. 2445).
 - La mejora estricta de un tercio de las porciones legítimas a favor de herederos descendientes o ascendientes con discapacidad (art. 2448).
 - La licitación como uno de los modos de la partición hereditaria (art. 2372).
 - El art. 2375 prohíbe la división antieconómica de los bienes del acervo y el 2377 ordena evitar el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas.
 - La atribución preferencial a favor del cónyuge sobreviviente o del heredero que hayan participado en la formación del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica al momento de la partición (art. 2380); así como también de otros bienes (art. 2381).
 - La facultad del testador de designar uno o varios administradores y establecer el modo de su reemplazo (art. 2347).
 - Los efectos del consentimiento de los legitimarios en la transmisión entre vivos de bienes a alguno de ellos, según las modalidades del art. 2461.
- Por su parte, la ley 26.994 sustituyó el art. 27 de la ley 19.550, permitiendo a los cónyuges –cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial optado– "integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la sección IV".

Habida cuenta el ancho espacio que las *donaciones* ocupan en las planificaciones sucesorias, cabe destacar también la valiosa incidencia que la ley 27.587 tiene para las empresas familiares.

A esta altura, el *protocolo familiar* se presenta a modo de herramienta clave para la organización de la sucesión en la propiedad y en la gestión de las firmas. Se trata de un acuerdo que regula las relaciones de la familia con la empresa de la que es propietaria¹³ que facilita su permanencia a través de las generaciones. Su gestación es interdisciplinaria pues confluyen elementos familiares, empresariales, jurídicos, económicos, fiscales y hasta psicológicos.

Favier Dubois¹⁴ lo define como el "instrumento escrito, lo más completo y detallado posible, suscripto por todos los miembros de una familia que al mismo tiempo son socios de una empresa, que delimita el marco de desarrollo y las reglas de actuación y relaciones entre la empresa familiar y su propiedad, sin que ello suponga interferir en la gestión de la empresa y su comunicación con terceros"¹⁵. "Fundamentalmente, el protocolo regula el plan de sucesión en la gestión de la empresa y el plan de sucesión en la propiedad de ella, estableciendo un procedimiento para la elección del reemplazante del fundador, su retiro y el mecanismo de transmisión de la propiedad a todos o a alguno de los herederos"¹⁶.

La riqueza del protocolo familiar deviene no tanto por su resultado sino más bien porque estimula un proceso de elaboración que importa reflexión e intercomunicación en la familia empresaria a medida que vislumbra la intención de sus miembros de consensuar un acuerdo-marco que regule sus relaciones con la empresa bajo tres planos: la propiedad, la gestión y la sucesión en los dos anteriores.

13 Medina, G. y Favier Dubois, E. M., "Empresa Familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012, La Ley, p. 3-7.

14 Favier Dubois (h.), E. M., *El protocolo de la empresa familiar (...)* cit.

15 El Real Decreto español 171/2007 conceptúa el protocolo familiar como "aquel conjunto de pactos suscriptos por los socios entre sí, o con terceros con los que guardan vínculos familiares, que afectan una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común, en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre la familia, propiedad y empresa, que afectan a la entidad", en <http://www.boe.es/boe/dias/2007/03/16/pdfs/A11254-11257.pdf>

16 Favier Dubois (h.), E. M., "La planificación sucesoria en la empresa familiar frente al Código Civil y Comercial", Thomson Reuters, AP/DOC/70/2016.

Asimismo, el protocolo de empresa familiar debe servir como instrumento de prevención, administración y solución de los conflictos de intereses que normalmente ocurren en su seno.

Según el valor jurídico que cada familia empresaria pretenda darle, el protocolo es clasificado de la siguiente manera: a) *pacto de caballeros* que vincula a los firmantes desde el punto de vista moral y ético; b) *protocolo contractual* que contiene pactos obligacionales exigibles jurídicamente; y c) *protocolo institucional*, con eficacia frente a terceros, siempre y cuando se encuentre desarrollado en instrumentos complementarios que guarden las formalidades que legalmente correspondan¹⁷.

Desde el punto de vista contractual, el protocolo familiar se apoya en el art. 1446 CCyC que admite la celebración con libertad de contenido de los *contratos asociativos*¹⁸, es decir de los de colaboración, de organización o participativos, con comunidad de fin (art. 1442) que gozan de efectos jurídicos entre las partes (arts. 1447 y 1021), extensibles activa y pasivamente a los sucesores universales, salvo que las obligaciones que de dichos contratos nacieren sean inherentes a la persona, o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, o esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley (art. 1024).

El protocolo que excediere las reglas morales o contenidos familiares, normalmente incluye sanciones pecuniarias o patrimoniales por los incumplimientos. Su fuerza legal alcanza a los *contratos conexos* (arts. 1073 a 1075 CCyC) si se vincula con los estatutos o reglamentos sociales, los contratos de transmisión de participaciones sociales y/o convenios de sindicación de socios¹⁹.

Dentro de la planificación de la sucesión empresarial, el protocolo familiar se ubica en el segundo párrafo del art. 1010 CCyC, al disponer sobre los "pactos", la "explotación productiva", las "participaciones societarias de cualquier tipo", la "gestión empresarial", los "futuros derechos heredi-

17 Masri, V. S., "Protocolo familiar", XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, Córdoba, 2019, 1º ed., T. II, p. 1561-1564.

18 Cfr. Favier Dubois (h.), E. M., "Conflictos en la empresa familiar y soluciones del Código Civil y Comercial", 13/11/2017, elDial.com - DC243F.

19 Ibídem.

tarios" y las "compensaciones en favor de otros legitimarios". Constituye una excepción a la prohibición de los pactos sobre herencia futura plasmada al inicio de la misma norma y también en los arts. 1670 y 2286 del mismo Código.

A su vez, el mentado art. 1010 CCyC ubica al protocolo familiar afuera de la prohibición de contratar entre sí prevista para los cónyuges bajo el régimen de comunidad en el art. 1002 inc. d) del CCyC, habida cuenta sus términos: "Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge". Además, el pacto protocolar no es de cambio donde cada parte actúa "en interés propio" como así lo advierte el citado art. 1002²⁰. Esta valoración se compadece con lo dispuesto en el art. 2411 segundo párrafo del CCyC en relación a la partición por los ascendientes.

Entrando en el contenido de los protocolos de empresas familiares –y sin caer en la errónea búsqueda de modelos estandarizados–, se advierte que la programación de su sucesión en la propiedad y en la gestión tiene incluso relación con sus cláusulas introductorias. Así, la descripción de la historia de la familia, su árbol genealógico y su composición actual, la determinación de los miembros de la familia que podrán incorporarse en lo sucesivo²¹, haciendo lo propio en relación a la empresa, su dimensión, visión, misión y porcentaje de participación en el negocio, exhiben el perfil familiar de la empresa y los parámetros que delimitan su ideario. Tales cláusulas sientan criterios que ayudan al diagnóstico, prevención, gestión y solución de los conflictos que puedan suscitarse en el futuro²², aún luego del fallecimiento de su fundador.

También, la fijación de políticas sobre las retribuciones de los familiares en la empresa, reservas facultativas, distribución de dividendos, capacitaciones, calificaciones profesionales o técnicas a cumplir, préstamos, beneficios, "ayudas", uso de los bienes de la empresa²³, entre otros, tienden a eludir obstáculos con entidad para perturbar el mantenimiento de la corporación en el tiempo.

20 Cfr. Puliafito, G. J. y Marsala, G. D. "Contratos asociativos parasocietarios entre cónyuges", XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa cit., T. II, p. 1431-1436.

21 Arecha, M., "Esquema general del protocolo", obra *El Protocolo de la Empresa Familiar (...)* cit., p. 203-215.

22 Cfr. Favier Dubois (h.), E. M., *El protocolo de la empresa familiar (...)* cit.

23 *Ibídem*.

Ni qué decir de las reglas dedicadas a la administración y gobierno de la empresa familiar, como por ejemplo, la especificación del número de personas encargadas de su conducción, la idoneidad, las pautas de traspaso de la gestión en forma coordinada con la traslación de la propiedad, la exigencia de determinada participación mínima en el capital social o capacitación específica, cierta antigüedad para asumir la dirección de la empresa²⁴ o cualquier otro antecedente, siempre y cuando no se afecte la dignidad personal o importen otros condicionamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico (arts. 279, 344, 958, 1004 y concs. CCyC).

Si la empresa familiar se tratare de una sociedad, pueden estipularse cláusulas que difieran de lo establecido en las normas supletorias societarias, como el agravamiento del quórum o mayorías en las asambleas de accionistas o reuniones de socios, la previsión de un término de vigencia del directorio menor al dispuesto legalmente o de una mayor asiduidad en las reuniones de directorio, la supresión de la reelección o su limitación a determinada cantidad de períodos o la fijación de intervalos para volver a asumir el cargo²⁵ y la introducción de mecanismos de desempate, entre tantos otros puntos que coadyuvan a una participación democrática y expansiva de la familia en la empresa y, por añadidura, fomentan su sustentabilidad.

Habida cuenta que el diálogo entre los miembros de la familia sobre cuestiones de la empresa es definitorio para la persistencia del emprendimiento, se sugiere la formación de los denominados órganos familiares como piezas voluntarias no típicas²⁶ que no deben alterar la marcha de aquellos órganos establecidos por la ley.

En lo que respecta a la organización de la sucesión de la propiedad en la compañía, se presentan distintas figuras jurídicas que se suman a las antes nombradas, tales como el fideicomiso, la indivisión forzosa, la partición por donación o testamento, el derecho real de usufructo, el

24 Cfr. Calcaterra, G. "Integración y funcionamiento del directorio", en *El Protocolo (...)* cit., p. 289-306.

25 Cfr. Sasot Betes, M. A. y Sasot, M. P. *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, Ábaco, Bs. As., 1980, p. 214.

26 Arecha, M. "Órganos societarios voluntarios no típicos (utilidad en el funcionamiento y la resolución de conflictos en las sociedades, particularmente en las de familia)", XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, FIDAS, Bs. As., 2010, 1º ed., T. I, p. 49-54.

pacto de reversión en la donación, los cargos, la sindicación de socios, la inclusión en los estatutos sociales de limitaciones –o prohibición para la sociedad por acciones simplificada– a la transmisión de las participaciones sociales, la incorporación o no de herederos, entre otras cuestiones, en coordinación con la fuerza legal que la familia empresaria pretenda en cada caso imprimirle al protocolo.

En este orden, cabe analizar si resulta conveniente la conformación de un condominio de las cuotas o acciones de los donatarios o herederos (arts. 156 y 209 de la ley 19.550) o bien, la representación del capital social en diversas clases de acciones, conforme la cantidad de ramas familiares que sean dueñas de la empresa o en función del deseo de donar al hijo que no trabaja en ella acciones preferidas u ordinarias con derecho a menor cantidad de votos que aquellas a transferir a quienes realizan tareas en la misma (arts. 216 y 217 de la ley cit.). En este último caso, se deberá insertar en el protocolo una clara política de distribución y capitalización de dividendos, para evitar perjuicios a quienes tienen derecho a menos votos o a ninguno²⁷.

Ahora bien, la no incorporación de herederos impone detallar el mecanismo de determinación del valor de las compensaciones que correspondan a cambio y su forma de pago, teniendo en cuenta, como principios rectores, la inviolabilidad de la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge y de los terceros (art. 1010 in fine CCyC), la determinación temporal del valor de la herencia (art. 2445 CCyC) y en su caso, el "valor real" de la parte social (art. 13 inc. 5 de la ley 19.550)²⁸.

Respecto a la sucesión en la gestión, el retiro del fundador requiere una instancia separada de las demás, dado que normalmente significa un cambio estructural en el manejo de la empresa familiar, sobre todo si ello conduce a transformar un estilo vertical de dirección en otro de consenso. Su planificación no solo permite evitar inconvenientes financieros a la familia empresaria sino que además asegura a su creador una óptima proyección de sus ingresos futuros, considerando distintas alternativas como los

27 Cfr. Giralte Font, M. J. "Formas de mantener la propiedad de las acciones en la empresa", obra *El Protocolo de la Empresa Familiar (...)* cit., p. 393-416.

28 Cfr. Papa, R. G. "Valuación de participaciones sociales en la empresa familiar. Análisis de su problemática y estructuración jurídica dentro del protocolo", en *El Protocolo de la Empresa Familiar (...)* cit., p. 473-505.

seguros, la renta vitalicia, el usufructo, el derecho de acrecer e incluso, la reserva de derechos políticos sobre las participaciones sociales.

La programación de la sucesión en la empresa constituye una buena oportunidad para brindar y/o facilitar la información, *know how* y/o secretos comerciales a los descendientes, con vistas a evitar interrupciones en oportunidad del traspaso²⁹.

Dentro de las cláusulas complementarias del pacto protocolar, se recomienda la incorporación de la obligación de los firmantes a cumplirlo, defenderlo y hacerlo cumplir por los miembros de la familia que por actos entre vivos o *mortis causa* adquieran participaciones en la empresa (arts. 1021 y 1024 y concs. CCyC). Entre otras modalidades, dicho acuerdo podría afianzarse a través de la estipulación de un cargo en la donación que consista en la aceptación expresa del protocolo familiar por parte del donatario³⁰; o mediante la inclusión en el contrato o estatuto social o instrumento constitutivo de la prestación accesorio (art. 50 ley 19.550 y art. 42 ley 27.349) que obligue a todos los miembros de la familia que se agrupen en la empresa a firmar el protocolo³¹.

Finalmente, esta fenomenal ingeniería jurídica da espacio a la determinación del método alternativo no judicial que, según la particular idiosincrasia de la familia empresaria, se considere adecuado para la composición de las controversias o desacuerdos que puedan eventualmente ocurrir³², sobre todo si se aprovecha la regulación asignada al contrato de arbitraje en los arts. 1649 a 1665 CCyC.

Dado que las sanciones por infracciones del protocolo tienen un objetivo no solo correctivo sino también preventivo de conflictos³³, es dable establecer penalidades de orden moral-familiar, pecuniarias o, en su caso, societarias, en función del temperamento que se le pretenda asignar al mismo.

29 Molina Sandoval, C. "Planificación patrimonial en la empresa familiar en el Código Civil y Comercial", en *La empresa familiar en el Código Civil y Comercial*, Favier Dubois (h.), E. M. -dir.-, Ad-Hoc, Bs. As., 2015, 1° ed., p. 361-389.

30 Cfr. Giralt Font, M. J., ob. cit.

31 Cfr. Di Tullio, O., "Alcances y obligatoriedad del protocolo", en *El Protocolo (...)* cit., p. 534.

32 Cfr. Weigel Muñoz, A., "El contrato de arbitraje en la empresa de familia. Su utilidad", en *La Empresa Familiar en el Código Civil y Comercial* cit., p. 253-269.

33 Rosales Matienzo, R. N., "El régimen de sanciones familiares, patrimoniales y societarias", en *El Protocolo (...)* cit., p. 558-564.

Por su parte, la adaptabilidad del protocolo a la evolución de los tiempos y los cambios en la familia empresaria requiere determinar el procedimiento para su revisión, actualización, adecuación, modificación e, incluso, su extinción (arts. 1076, sigs. y conchs. CCyC³⁴).

En suma, la finalidad del protocolo familiar está nítidamente anclada en la conservación de la unidad de la gestión empresaria y prevención o solución de los conflictos (arg. art. 1010 CCyC).

Como reflexión última, es deseable la sanción de una legislación específica que regule la empresa familiar como figura autónoma y facilite su transición generacional.

Y resulta prioritaria la capacitación sobre esta asignatura en favor de las familias empresarias y empresas familiares del país, dos instituciones a las que la ciencia jurídica debe servir.

34 Cfr. Ibañez, C. M., "Extinción unilateral del contrato", 2016, <http://www.pensamientocivil.com.ar>

Universidad Notarial Argentina





Acceda al abstract
en video

La registraci3n de los boletos de compraventa

Jorge Alberto Latino

Sumario: I. Introducci3n. II. Naturaleza jur3dica del boleto de compraventa. III. Registraci3n de boletos de compraventa. IV. Primera etapa: discusi3n en torno a la posibilidad y constitucionalidad de la registraci3n de boletos de compraventa. Reflejo en normativas locales. V. Segunda etapa: recepci3n a nivel nacional de la posibilidad de registraci3n de boletos de compraventa con la entrada en vigencia. VI. Tercera etapa: articulaci3n de la registraci3n de boletos de compraventa con sistemas inform3ticos y "nuevas tecnolog3as". Regulaci3n de la registraci3n del "boleto de compraventa electr3nico con firma digital". VII. Procedimiento previsto en este contexto. VIII. Cr3ticas efectuadas. IX. Nuestro parecer con respecto a las pol3micas suscitadas. X. Conclusiones finales

I. Introducción

El presente aporte es una síntesis del trabajo realizado bajo la dirección de Sebastián E. Sabene en el marco de la 6° Convocatoria a Proyectos de Investigación llevada adelante por la Universidad Notarial Argentina. Busca reflejar el desarrollo que ha tenido la registración del boleto de compraventa, y los distintos períodos por los que consideramos que ha transitado en este devenir.

A nuestro parecer, pueden identificarse ***tres etapas*** diferenciadas en esta evolución, que estudiaremos y abordaremos en profundidad, a saber: a) una primera etapa de discusión en torno a la posibilidad y constitucionalidad de la registración de boletos de compraventa, que se da en el marco del derogado Código Civil; b) una segunda etapa de recepción a nivel nacional de la posibilidad de registración con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación; y c) una última de vinculación de la inscripción de boletos de compraventa con sistemas informáticos y "nuevas tecnologías".

Desde la perspectiva metodológica desarrollaremos un estudio que va *desde lo general hacia lo específico*, exponiendo la esencia de cada instituto objeto de análisis, y mostrando las distintas posiciones que se han sostenido en los debates generados.

Comenzaremos con la figura del *boleto de compraventa*, y su naturaleza jurídica, dando luego paso a la consideración de su registración¹. Continuaremos con la segunda figura central que nos convoca, el decreto 962/18, que generó opiniones sumamente críticas dentro de la doctrina. Este decreto, dictado el 26 de octubre de 2018, sustituyó distintos artículos del Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (decreto 2080/80 - T.O. 1999)

1 Para el abordaje de las diferencias existentes entre el boleto de compraventa y las figuras de la reserva, la seña o señal y la cláusula resolutoria; y para el análisis de los alcances de las cláusulas incluidas en el boleto de compraventa y no reiteradas en la escritura pública, véase: Latino, Jorge A., "El Contrato de compraventa inmobiliario en las adquisiciones derivadas por actos entre vivos en el derecho real de propiedad horizontal. Obligaciones y praxis en el nuevo Derecho Privado", dir. Alejandro Míguez, en *Estudios de Derecho Privado*, Colección "Investigaciones", Universidad Notarial Argentina", vol. 2, dir. Cristina Noemí Armella, Editorial Ad-Hoc, 2019, p. 56; y Latino, Jorge A., "Boleto de compraventa: su naturaleza y registración", en *Derecho Registral. Una Perspectiva Multidisciplinaria*, vol. 1, dir. Sabene, Sebastián E., coord. Panizza, Leopoldo, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 135 y siguientes.

al regular la inscripción y la toma de razón de boletos de compraventa de unidades funcionales o complementarias a construir o en construcción, respecto de las cuales no es posible ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual. En ese marco, entre los puntos que mayor conflictividad suscitaron, se encuentra su art. 2, que dispone:

'Sustituyese el art. 3° del Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal - Decreto 2080/80 - T.O. 1999, aprobado como anexo I por el art. 4° del decreto 466/99, por el siguiente: 'Artículo 3°.- A los efectos del último párrafo del art. 3° de la ley 17.801 se admitirán los documentos electrónicos firmados digitalmente por las partes, presentados mediante la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) del sistema de Gestión Documental Electrónica - GDE, la que otorgará fecha cierta del documento y de su presentación ante el Registro de la Propiedad Inmueble. **Se considera que la firma digital del documento electrónico satisface el requisito de certificación por escribano público, juez de paz o funcionario competente**² (art. 2).

Observamos entonces cómo entran aquí en juego las llamadas "nuevas tecnologías", y es sobre esta base que se torna necesario analizar *some- ramente qué efectos se le atribuyen a la firma digital de un instrumento electrónico*, y, a su vez, abordar el estudio referido al porqué no es lo mismo equiparar una firma digital con una firma manuscrita, que hacerlo con una firma certificada (alcance que pretende conferir el decreto).

Por todo ello, pondremos énfasis en los recaudos que debe observar el notario a la hora de practicar una certificación, compararemos su actividad con la propia de las "Autoridades Certificantes" que intervienen en el proceso de firma digital, y nos centraremos en la importancia que tienen la calificación y el control de legalidad del instrumento como recaudos de fondo a la hora de efectuar una certificación. Siendo estos valores irrenunciables dentro del sistema notarial de tipo latino, constituyen un pilar fundamental de la seguridad jurídica preventiva, y nos permiten distanciarnos de los sistemas anglosajones de seguridad jurídica paliativa. Se presentará, en consecuencia, un análisis crítico de la postura adoptada por el legislador en el párrafo final del citado art. 2° del decreto 962/18.

2 El destacado nos pertenece.

II. Naturaleza jurídica del boleto de compraventa³

En vigencia del Código velezano se pronunciaron distintas posiciones con respecto a la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, cuyas consecuencias prácticas eran radicalmente opuestas entre sí. Para algunos la posesión era legítima y para otros ilegítima, algunos reconocían acciones posesorias y otros incluso las reales, algunos entendían que el boleto podía constituir "justo título" para la prescripción corta o para interponer una tercería de dominio, entre otras derivaciones.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación no se pronunció sobre la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, por lo cual el debate se mantiene vigente, habiéndose expresado al respecto que:

A. El boleto de compraventa es un contrato preliminar

El Código unificado introdujo como novedad en el libro tercero, título II, sección 4º, la regulación de los contratos preliminares, categoría general que comprende a las promesas de contratos (art. 995⁴) y a los contratos de opción (art. 996⁵) y, atento a ello, la doctrina sostiene que con las promesas de contrato se receptó una figura que con anterioridad ha merecido múltiples denominaciones: antecrédito, precrédito, contrato preliminar, contrato de primer grado, compromiso.

3 Para el estudio de las consecuencias prácticas de las distintas posturas esbozadas, tanto en vigencia del Código velezano como del Código Civil y Comercial de la Nación, véase: Latino, Jorge A., "El contrato de compraventa inmobiliario en las adquisiciones derivadas por actos entre vivos en el derecho real de propiedad horizontal. Obligaciones y praxis en el nuevo Derecho Privado", dir. Alejandro Míguez, en *Estudios de Derecho Privado*. Colección "Investigaciones", Universidad Notarial Argentina, vol. 2, dir. Cristina Noemí Armella, Editorial Ad-Hoc, 2019, p. 56. Asimismo, Padilla, René A., *Estudios de Derecho Civil y Registral Inmobiliario*, Ediciones El Graduado, Tucumán, 1996, p. 46 y ss. Cita tomada de Padilla, Rodrigo, "Sobre la regulación del Boleto de Compraventa Inmobiliaria en el Nuevo Código Civil y Comercial y los eternos problemas que aún seguirá generando", en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-boleto-de-compraventa>; y Highton, Elena, *Derechos Reales*, Vol. 1: Posesión, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1979, p. 50 y ss.

4 "Promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer".

5 "Contrato de opción. El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipule".

Dicho esto, observamos que el legislador no brinda un concepto de "contrato preliminar", sino que establece: a) que debe contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo, b) *que tiene un plazo de vigencia de un año o el menor que convengan las partes*, renovable a su vencimiento, y c) que alcanza a las promesas de celebración de contrato, las cuales permiten a las partes pactar la obligación de celebrar un contrato futuro, que no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad, siendo aplicable el régimen de las obligaciones de hacer.

Cabe preguntarse entonces si debemos incluir al boleto de compraventa dentro de esta categorización.

Al respecto, Leiva Fernández menciona como *ejemplo típico de contrato preliminar o de primer grado* al boleto de compraventa, siendo el contrato de cumplimiento el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio sobre el inmueble. Esto lo lleva a aplicar, en consecuencia, *la vigencia temporal de un año al boleto*⁶, si bien considera que "el plazo resulta puesto en beneficio de la certidumbre de los derechos entre las partes sin que concurra ningún elemento que permita sostener incidencia de orden público alguno. Por eso es que las partes pueden abreviarlo o renovarlo, incluso múltiples veces. Es una caducidad de origen legal puesta en beneficio de las partes, es una aplicación del aforismo que sostiene 'hay amores que matan'"; concluyendo así que si bien debe aplicarse la caducidad por lo dispuesto en el art. 994 del CCyC, la norma no prescribe que el cómputo deba correr desde la celebración del contrato, por lo que nada obsta a que las partes convengan que el plazo de caducidad se inicie, por ejemplo, al otorgarse el crédito requerido al comprador, al terminar de pagarse determinadas cuotas, al obtenerse el certificado final de obra, etcétera⁷.

Por su parte, Jorge e Ignacio Alterini sostienen que "como en la compraventa inmobiliaria la forma de escritura pública no es impuesta 'bajo sanción de nulidad', el contrato que se celebró sin cumplir con la exi-

6 Leiva Fernández, Luis, *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, 2da edición actualizada y aumentada, dir. Jorge Alterini, coord. Ignacio Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2016, Tomo V, p. 240.

7 Leiva Fernández, Luis. "El boleto de compraventa es promesa de contrato", en La Ley, 2/5/2016, T. 2016-C, p.1261.

gencia de la escritura pública tendrá como efecto propio el alumbrar la obligación de hacer la escritura pública omitida, y no los característicos de la compraventa”⁸. De esta forma, antes de la escritura pública media un “boleto de compraventa” y no “un contrato de compraventa”, por lo que “el ‘boleto de compraventa’ no es el ‘contrato de compraventa’, pero sí es un contrato preliminar que conduce inexorablemente a este último: el contrato futuro definitivo de compraventa. El boleto de compraventa no es más que un contrato que obliga a las partes ‘a vender’, pues de existir él se configura la ‘necesidad jurídica de hacerlo’ (art. 1128). El art. 2516 parece incorporar una suerte de ‘interpretación auténtica’ sobre la cuestión en análisis, que coincide con nuestra tesisura, al referir a ‘promesa bilateral de compraventa’”⁹.

En consecuencia, estos últimos autores también afirman que, por tratarse de un contrato preliminar, debe aplicarse el plazo de caducidad de un año, pero se apartan de la citada postura de Leiva Fernández referida al cómputo del plazo, al considerar que las normas atinentes a la caducidad son de carácter indisponible, fundándose para ello en el art. 2571 del CCyC (las partes no pueden renunciar ni alterar las disposiciones legales sobre caducidad).

B. El boleto de compraventa es un contrato definitivo y perfecto de compraventa

Frente a las posturas que entienden que el boleto de compraventa constituye un contrato preliminar, Ariza argumenta que “volver a plantear la calificación del boleto de compraventa inmobiliaria como una promesa de venta constituiría una regresión a concepciones superadas en el Derecho contractual que no se compadecen con la propia interpretación sistemática que corresponde efectuar de esta cuestión en el Código. La figura del boleto de compraventa inmobiliaria ha adquirido consoli-

8 Alterini, Jorge; Alterini, Ignacio. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, 2da edición actualizada y aumentada, dir. Jorge Alterini, coord. Ignacio Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo V, p. 249 y ss.

9 Alterini, Jorge; Alterini, Ignacio. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, 2da edición actualizada y aumentada, dir. Jorge Alterini, coord. Ignacio Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo V, p. 249 y ss.

ción a través de la eficacia jurídica reconocida por la jurisprudencia y la doctrina en consonancia con su utilización en la práctica inmobiliaria. Resulta evidente que quienes celebran un boleto de compraventa no lo hacen en el entendimiento de contraer únicamente una obligación de hacer consistente en otorgar el contrato definitivo. Con la sola celebración del boleto las partes a diario dejan definida la operación económica de compraventa (...) Los propios requisitos que el Código ahora establece llevan a descartar que las partes puedan considerar que únicamente han querido celebrar una promesa de contrato (...) Si bien mediando un boleto quedará pendiente el otorgamiento de la escritura pública como única forma de adquisición del derecho real de dominio, no corresponde equiparar el estatus del boleto de compraventa inmobiliaria al de una mera promesa de contrato"¹⁰.

Por su lado, Borda sostiene que la distinción entre contrato definitivo y promesa bilateral de compraventa "no tiene sentido en nuestro Derecho, en el que la compraventa no es otra cosa que la obligación de transferir a otro la propiedad de una cosa a cambio de la obligación que asume el cocontratante de pagarla (...) Desde que los tribunales han resuelto que el comprador por boleto privado tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato de compraventa, debiendo otorgar el juez la escritura en caso de resistencia del vendedor (...) carece de sentido considerar al boleto privado como una simple promesa y no como un contrato definitivo y perfecto de compraventa (...) En nuestro derecho positivo, la escritura pública no es, en verdad, un requisito formal del contrato de compraventa, sino solamente uno de los requisitos de transmisión de la propiedad. El comprador por boleto privado demanda la escrituración no para luego poder demandar la transmisión de la propiedad, sino porque la escritura lleva implícita esa transmisión (...) la concepción de boleto como simple promesa implica escindir el proceso del consentimiento en dos etapas; en la primera se consentiría solo en escriturar; en la segunda, se consentiría en vender. Pero esta es una escisión artificiosa, que no responde a la realidad ni a la verdadera intención de las partes..."¹¹.

10 Ariza, Ariel. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dir. Ricardo Lorenzetti, coord. Miguel De Lorenzo y Pablo Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015, p. 690 y 691.

11 Borda, Alejandro (director y autor), Mugillo, Roberto, Krieger, Walter, Llobera, Hugo, Barbier, Eduardo, *Derecho Civil, Contratos*, La Ley, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 375.

Por nuestra parte, nos pronunciamos a favor de esta postura, y destacamos, dentro de esta línea, las conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015): "6.2. (Unanimidad) Debe entenderse que el plazo de un año se refiere a las promesas del art. 995 del CCyC. Este plazo no se aplica al contrato de opción del art. 996, según se desprende de la propia redacción de la norma y de la diferencia con el texto del art. 934 del Proyecto de 1998 de Unificación del Código Civil con el de Comercio, que ha sido su fuente. *Tampoco alcanza al boleto de compraventa inmobiliaria en razón de que no se trata de un contrato preliminar*"¹². En la misma línea se pronunciaron las conclusiones de la 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015).

III. Registración de boletos de compraventa

Hemos adelantado que, en nuestro parecer, *pueden identificarse tres etapas diferenciadas en la evolución de la registración del boleto de compraventa*, a saber:

- a) Etapa de discusión en torno a la posibilidad y constitucionalidad de la registración de boletos de compraventa en el marco del derogado Código velezano.
- b) Etapa de recepción a nivel nacional de la posibilidad de registración de boletos de compraventa con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.
- c) Etapa de articulación de la registración de boletos de compraventa con sistemas informáticos y "nuevas tecnologías".

Abordaremos, en consecuencia, cada uno de estos puntos, y nos detendremos especialmente en la última de las etapas identificadas, atento a la novedad que constituye.

12 El destacado nos pertenece.

IV. Primera etapa: discusión en torno a la posibilidad y constitucionalidad de la registración de boletos de compraventa. Reflejo en normativas locales

En vigencia del derogado Código Civil se produjeron fervientes debates en torno a la posibilidad y constitucionalidad de la registración de boletos de compraventa, que tuvieron su reflejo tanto en eventos académicos como en normativas locales. Nos detendremos por ello en las posiciones vertidas al respecto y en los criterios legislativos adoptados.

A. Postura que rechazó la registración

Como adelantamos, en vigencia del Código velezano existió una fuerte discusión en torno a la inscripción de la figura que nos convoca y, al no existir una norma nacional que dispusiera efectos propios a la registración, una postura¹³ la juzgó innecesaria, por no enriquecer los derechos del adquirente ni hacer presumir su buena fe. Más aun, se sostuvo que lo único que se generaba con esta práctica era inseguridad jurídica, y que el otorgamiento de efectos de oponibilidad a terceros o de prioridad por normativa local era inconstitucional.

En este marco, Ortega y Rullansky han sostenido que "... existen los casos de las provincias de San Juan y Mendoza en donde se suprimió (sic) las inscripciones de los boletos de compraventa, a excepción de las establecidas por las leyes 14.005 y 19.724 (...) porque se consideró que legislar sobre bienes inmuebles es una facultad delegada por las provincias a la Nación y que es privativa de la legislación de fondo (art. 75 inc. 11 de la Constitución Nacional), en consecuencia la facultad de legislar sobre dichos bienes está vedada a las legislaciones provinciales. Se entendió que la anotación de los boletos no produce mutación registral y por ende no ingresan dentro del principio de prioridad y rango, careciendo entonces de toda trascendencia dentro del ámbito registral inmobiliario, motivo por el cual de existir conflicto entre el titular registral y el adquirente

13 Véase en este sentido las conclusiones del XVII Congreso Nacional de Derecho Registral, Vicente López, 2013, Tema 1, Considerando 2, <http://www.cfna.org.ar/agenda-y-jornadas/jornadas-2013/xvii-congreso-nacional-de-derecho-registral/>

por boleto o terceros interesados, los mismos deben ser resueltos dentro del campo de las obligaciones y siempre de forma extrarregistral (...) Se afirmó que, adoptar un criterio distinto al aquí sustentado implicaría modificar la legislación equiparando los efectos del boleto registrado al del título traslativo de dominio (...) Se agregó, por último, que someterse a la normativa de la legislación de fondo, es el sistema que debemos defender, si realmente deseamos proteger al adquirente, puesto que otorgarle a los boletos un 'visto de legalidad' que evidentemente no poseen dentro del sistema real, conlleva a que el adquirente puede verse sorprendido cuando su inmueble es afectado por una medida cautelar"¹⁴.

En la misma línea, Míguez tiene dicho que "[l]a potestad de legislar sobre la inscripción de instrumentos privados es exclusiva del Congreso Nacional, por lo que las normativas locales al respecto pueden ser tachadas de inconstitucionales"¹⁵.

Entendemos que esta posición era la acertada.

B. Postura que aceptó la registración

Una segunda corriente¹⁶ consideró que los boletos de compraventa eran susceptibles de inscripción registral, sustentado ello en dos razones: una primera normativa, en virtud de lo dispuesto por los arts. 2 inc. c), 3, 30 inc. b), y 31 de la Ley Registral Inmobiliaria 17.801, y por distintas normativas provinciales; y una segunda práctica, por considerar que con ello se fortalecían la seguridad jurídica y la presunción de buena fe contractual.

14 Ortega, Juan Manuel y Rullansky, Gustavo Fabián. "Posesión: Boleto de Compraventa: la anotación en aquellas demarcaciones en donde se anotan estos contratos. Registro de Poseedores. Regularización Dominial: Ley 24.374 y modificatorias. Consolidación. Titulaciones insuficientes. Doble dominio. Campos comuneros", en Revista Notarial 968, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2011, p. 498.

15 Míguez, Alejandro Diego. "El Boleto de Compraventa Inmobiliario en el Código Civil y Comercial de la Nación" en 39 Jornada Notarial Bonaerense, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2015, p. 9.

16 Véase XVII Congreso Nacional de Derecho Registral, Vicente López, 2013, Tema 1, Considerando 2. Disponible en <http://www.cfna.org.ar/agenda-y-jornadas/jornadas-2013/xvii-congreso-nacional-de-derecho-registral/>

C. Perspectiva legislativa de la cuestión

Desde el punto de vista legislativo local, encontramos que:

1. Algunas provincias regularon de manera específica la registración del boleto de compraventa, y admitieron expresamente su inscripción. Podemos señalar entre ellas a Catamarca (ley 3343, art. 2º), Salta (ley 5148, art. 2º y DTR 54), Entre Ríos (ley 6964, art. 24º) y Jujuy (ley 3327, art. 2º).
2. Otras normativas locales optaron por no mencionar esta posibilidad, ni hacer referencia alguna al instituto.
3. Y otras excluyeron expresamente la posibilidad de su registración, como ser Chubut (ley III 18, art. 3º: No son susceptibles de registración los documentos no incluidos en el art. 2º de la Ley Nacional 17.801, entre otros: (...) d) *Los boletos de compraventa no incluidos en las leyes nacionales 14.005 y 19.724*) o Mendoza (ley 8326, art. 3º: No son documentos registrables: (...) c) *Los boletos de compraventa no incluidos en las leyes 14.005 y 19.724*).

D. Tratamiento en el marco de reuniones nacionales de directores de registros de la propiedad

Compartimos a continuación algunas conclusiones:

- IX Reunión Nacional de Directores del Registros de la Propiedad. Viedma, Resistencia, Santiago del Estero, Mendoza, 1972: Despacho 11: Boleto de Compraventa: Considerando: Que dentro de los regímenes provinciales, por uso y costumbre se anotan los boletos de compraventa, sin sustentación legal; Que dichas anotaciones resultan inoperantes; Las Reuniones Zonales de Directores de Registros de la Propiedad de 1972, DECLARAN: 1) Que las provincias que actualmente mantienen tales prácticas procedan a adoptar las medidas necesarias para la supresión de ellas, habida cuenta de que la anotación de boletos de compraventa refleja una realidad extrarregistral ajena a la publicidad de los derechos reales. 2) Que la legislación sobre esta materia es privativa de las leyes de fondo (art. 67, inc. 11, CN) debiendo en consecuencia los gobiernos provinciales abstenerse de legislar al respecto.
- XI Reunión Nacional de Directores del Registros de la Propiedad. Iguazú. 1974: Despacho 6, punto 3, inc. c): La toma de razón de "boletos de compraventa" únicamente es admisible en los registros especiales que se indican y conforme a las leyes que en el orden nacional así lo dispongan, ratificando y

reiterando así, lo que sobre tal aspecto se expresara en las reuniones nacionales de directores de registros de la propiedad inmueble.

- *XIV Reunión Nacional de Directores del Registros de la Propiedad. Buenos Aires. 1977*: Despacho 5. Unifica y comprende los puntos 5 (registración de promesas de venta. fijación de plazo de caducidad) y 15 (efectos que producen las anotaciones e inscripciones provenientes de documentos regidos por leyes o disposiciones locales en los términos del art. 3º, inc. c, de la ley nacional 17.801): Visto: La existencia de normas locales que disponen la inscripción o anotación en el Registro Inmobiliario de documentos no previstos en la legislación nacional y CONSIDERANDO: Que los efectos de la registración están determinados por la legislación nacional; Que los efectos de oponibilidad a terceros están específicamente establecidos por los arts. 2505 y 3135 del Código Civil, para la constitución, adquisición, transmisión o modificación de derechos reales inmobiliarios; Que, en consecuencia, tales efectos no pueden producirse a través de registraciones dispuestas por legislaciones locales. Por ello, y en función de la amplia deliberación efectuada, opiniones debatidas y consideración particularizada de los alcances teóricos y prácticos del tema analizado la XIV Reunión Nacional de Directores del Registros de la Propiedad DECLARA: En aquellos casos en que leyes locales dispongan o hayan dispuesto la anotación de documentos en los registros inmobiliarios, esas anotaciones no producen efecto de oponibilidad a terceros. Toda disposición en contrario viola claras normas constitucionales.

E. Tratamiento en el marco de congresos nacionales de derecho registral

Destacamos aquí:

- *XV Congreso Nacional de Derecho Registral, Santa Fe, 2009*¹⁷: se resolvió por mayoría que la registración de boletos de compraventa "no otorga oponibilidad a terceros, prioridad, ni buena fe, no obstante lo previsto en las legislaciones locales".
- *XVII Congreso Nacional de Derecho Registral, Vicente López, Provincia*

17 XV Congreso Nacional de Derecho Registral, Santa Fe, 2009, Tema 2, Subtema 1. Disponible en <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-91-2009-12-Congresos.pdf>

de Buenos Aires, 2013¹⁸: se sostuvo, por una mayoría de 12 votos, que: "Dada la realidad existente en diferentes demarcaciones, en las cuales se registran los boletos de compraventa en base a diversa normativa local, se presentó el interrogante acerca de los efectos que producen dichas anotaciones, concluyéndose del siguiente modo: la registración de los boletos de compraventa no otorga oponibilidad a terceros ni prioridad".

V. Segunda etapa: recepción a nivel nacional de la posibilidad de registración de boletos de compraventa con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación

Esta etapa encuentra su punto de partida en el Código unificado, el cual produjo un rotundo cambio normativo a nivel nacional al prever la posibilidad de que el boleto de compraventa sea objeto de inscripción. En virtud de ello, y sin perjuicio de la valoración que se haga de la decisión adoptada por el legislador, en la actualidad ya no podremos hablar de inconstitucionalidad en la registración de este instituto¹⁹.

De esta forma, el Código unificado regula especialmente diversos supuestos en los cuales un adquirente por boleto entra en conflicto con otros titulares, o eventuales titulares, de derechos, y es de allí de donde surge la posibilidad de su registración, principalmente a través de los arts. 756 y 1170²⁰. Los tratamos a continuación, dada la importancia que presentan para nuestro estudio.

18 XVII Congreso Nacional de Derecho Registral, Vicente López, 2013, Provincia de Buenos Aires, Tema 1. Disponible en <http://www.cfna.org.ar/agenda-y-jornadas/jornadas-2013/xvii-congreso-nacional-de-derecho-registral/>.

19 Subsisten, de todos modos, posturas que consideran que la registración de los boletos de compraventa debe sustentarse en una ley que regule y determine el procedimiento inscriptorio, y posiciones que entienden que la cuestión puede ser regulada reglamentariamente dentro del ámbito local, partiendo de las disposiciones del CCyC y de los efectos de oponibilidad contenidos en los artículos que abordaremos.

20 Cabe destacar aquí el abordaje efectuado en el marco del XVII Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en Vicente López, Provincia de Buenos Aires, en el año 2013, en donde se discutieron distintos aspectos del, por entonces, "Proyecto de Código unificado", entre ellos la conveniencia o inconveniencia de la registración de boletos de compraventa, habiéndose pronunciado en este sentido 3 votos en favor de su registración y 11 votos en contra de la misma.

A. Art. 756. Conflicto suscitado entre dos adquirentes por boleto de compraventa

El art. 756 del CCyC trata el supuesto en el cual se produce un conflicto de intereses entre adquirentes, estableciendo: "Concurrencia de varios acreedores. Bienes inmuebles. Si varios acreedores reclaman la misma cosa inmueble prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral y tradición; b) el que ha recibido la tradición; c) el que tiene emplazamiento registral precedente; d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior". Supongamos entonces un conflicto suscitado entre dos adquirentes por boleto de compraventa. Nos regiremos aquí por reglas similares a las vigentes en el ordenamiento derogado, añadiéndose el "emplazamiento registral". En consecuencia, deberá analizarse: la inscripción, la posesión y el instrumento de fecha cierta anterior, teniendo en cuenta el siguiente orden jerárquico:

1. Buena fe y título oneroso, además de
2. Registración más tradición. Aquí debería terminar la discusión, frente a la imposibilidad de que ambos adquirentes tengan registración y tradición. En su defecto,
3. Solo tradición. En su defecto,
4. Solo registración. En su defecto,
5. Título de fecha cierta anterior.

B. Art. 1170. Conflicto suscitado entre adquirente por boleto de compraventa y terceros que trabaron medidas cautelares

El art. 1170 del CCyC establece: "Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria".

Observamos que, conforme al régimen vigente, el adquirente por boleto de compraventa desplazará, por ejemplo, al acreedor embargante si reúne:

1. Buena fe, contratando con el titular registral o adquirente sucesivo, además de

2. Pago de un mínimo del 25 % del precio con anterioridad a la traba de la medida cautelar, además de
3. Boleto de compraventa con fecha cierta, además de
4. Adquisición con publicidad suficiente.

Destacamos en este punto las conclusiones de la 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015, Tema 14), en donde se concluyó: *"Oponibilidad frente a terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido: la situación está prevista en el art. 1170 del CCyC. Se concuerda que los recaudos allí señalados para atribuir el triunfo al comprador deben concurrir en su totalidad. La exigencia del inciso a), en el sentido de contratar con el titular 'registral', debe armonizarse con las previsiones de los arts. 1893 del CCyC y 2 y 20 del decreto-ley 17.801/1968. En este sentido, la publicidad posesoria y la publicidad cartular también canalizan la oponibilidad del derecho de dominio del transmitente. No obstante, el notario, en cumplimiento de las operaciones de ejercicio, debe imponer al comprador de la conveniencia de solicitar la exhibición del título de propiedad del vendedor y de los informes registrales pertinentes para dotar de mejores defensas a su posición jurídica."*

C. Art. 1171. Adquirente por boleto de compraventa frente al concurso o la quiebra

Finalmente, el art. 1171 del CCyC dispone: "Oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra. Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio".

De esta forma, el adquirente por boleto de compraventa triunfará frente al concurso o la quiebra si reúne:

1. Buena fe, además de
2. Boleto de compraventa con fecha cierta, además de
3. Haber abonado como mínimo el 25% del precio.

Al respecto, la 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015, Tema 14) tiene dicho: "*Oponibilidad frente al concurso o quiebra del vendedor*: el art. 1171 del CCyC contempla esta situación. Sigue, en líneas generales, lo dispuesto por el antiguo art. 1185 bis, que el decreto-ley 17.711/1968 incorporó al Código Civil, armonizando su contenido con el vigente art. 146 de la Ley 24.522, de Concursos y Quiebras. Un considerable sector de la doctrina y jurisprudencia había añadido, a los recaudos del artículo, la exigencia de encontrarse el comprador en posesión".

En esta línea, agregan Padilla y Villagra Vélez dos observaciones al respecto, a saber: "que a pesar del silencio de la norma, cuando el pago parcial realizado por el comprador con boleto no llegue a alcanzar el mentado 25 % del total del precio, dicho boleto puede ser 'oponible' para los efectos de la verificación del crédito. Por otro lado, se consagra un retroceso con respecto al sistema previsto por Vélez Sarsfield en el sentido 'que no se exigió la posesión, pero sí el pago de una parte del precio (25 % del total), cuando lo lógico hubiera sido lo inverso: que se imponga la posesión y no el desembolso de parte del precio'. Ello así, 'porque la posesión implica cierto grado de publicidad (...) y también dado que el interés de la masa en no escriturar será directamente proporcional a la parte del precio abonada por el comprador...' ²¹.

VI. Tercera etapa: articulación de la registración de boletos de compraventa con sistemas informáticos y "nuevas tecnologías". Regulación de la registración del "boleto de compraventa electrónico con firma digital"

Identificamos como tercera etapa en el desarrollo de la registración del boleto de compraventa a aquella que se genera a causa de la *vinculación*

21 Véase Padilla, Rodrigo; Villagra Vélez, Macarena. "Boleto de compraventa inmobiliaria: un desafortunado decreto que deja más dudas que 'certezas'. Comentario al decreto 962/18", en La Ley, número especial inscripción boletos de compraventa, 26 de noviembre de 2018. Disponible en <https://www.acaderc.org.ar/2020/02/12/boleto-de-compraventa-inmobiliaria-un-desafortunado-decreto-que-deja-mas-dudas-que-certezas-comentario-al-decreto-962-18/>; y Alterini, Jorge H. (director general), Alterini, Ignacio E. (coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, tomo VI, arts. 1123 a 1377, "Contratos en particular". Directores del tomo María Valentina Alcega, Osvaldo R. Gómez Leo y Luis F. P. Leiva Fernández, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 160.

de la figura con los avances tecnológicos verificados en los últimos años. En este marco, el decreto 962/18 del Poder Ejecutivo Nacional cumple un papel fundamental, al introducir un sistema informático de registración del denominado "boleto de compraventa electrónico con firma digital".

Abordaremos, en consecuencia, los alcances de esta norma, e indagaremos en el procedimiento allí previsto y en las críticas generales que el sistema ha recogido, brindando siempre nuestro parecer al respecto.

A. Sobre el decreto 962/18 del Poder Ejecutivo Nacional. Aproximación inicial

El decreto 962/18, dictado el 26 de octubre de 2018, modificó el decreto 2080/80 - T.O. 1999²² buscando desarrollar un sistema que facilite el ingreso a la vivienda de compradores de departamentos desde el "pozo" y, con tal fin, propendió al otorgamiento de créditos y reguló la inscripción y la toma de razón de boletos de compraventa de unidades funcionales o complementarias a construir o en construcción, respecto de las cuales no fuera posible ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual.

El fundamento se desprende, principalmente, de los siguientes considerandos del propio decreto:

- Que hay supuestos en los que, en razón de la inexistencia actual de la unidad objeto del boleto de compraventa, no resulta posible que el comprador ejerza la posesión del inmueble, siendo necesario en estos casos reglamentar los supuestos contemplados en el citado art. 1170 del CCyC.
- Que, en tal sentido, el Estado Nacional ha adoptado una serie de medidas que tienen por objeto abordar en forma preferente e inmediata el problema del déficit habitacional existente en nuestro país, entendiendo que el acceso a la vivienda es un derecho fundamental de la población, por lo que resulta prioritario establecer los lineamientos que permitan la registración de aquellos instrumentos referidos a futuras unidades funcionales o complementarias, respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual.

22 Siendo este el que reglamenta la Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- Que, sin dudas, el haber dispuesto un régimen de publicidad para los boletos de compraventa en los registros de la propiedad inmueble ha sido un paso fundamental a los fines de facilitar el acceso a la vivienda familiar, en virtud de que brinda protección a los compradores de buena fe de inmuebles a construirse o en construcción, otorgándoles la preferencia establecida en el art. 1170 del CCyC, además de ampliar la posibilidad de acceder a créditos para su financiamiento.
- Que el art. 80 de la ley 24.441 admite la inscripción de instrumentos privados, cuando la ley lo autorice, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público.
- Que dado que el art. 7° de la ley 25.506 establece la presunción *iuris tantum* respecto de la autoría de los documentos electrónicos firmados digitalmente en el marco de la Infraestructura de Firma Digital, *corresponde establecer que el requisito establecido en el citado art. 80 de la ley 24.441 se considera satisfecho con la firma digital de las partes*²³.

Sobre esta base, el decreto sustituye los arts. 2²⁴, 3, 4²⁵ y 21 del decreto 2080/80, T.O. 1999, deroga el art. 19, e incorpora el art. 31 bis. A su vez, a través de su art. 7°, la propia norma invita "a las provincias a adoptar, por sí o a través de la autoridad local o dependencia que resulte competente, las medidas que fueren necesarias para la implementación de la registración de los boletos de compraventa, tal como se encuentra previsto en la presente medida".

23 El destacado nos pertenece.

24 Conforme al art. 1° del decreto: "Sustitúyese el artículo 2° del Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal - Decreto 2080/80 - T.O. 1999, aprobado como anexo I por el artículo 4° del decreto 466/99, por el siguiente: 'Artículo 2°.- El Registro de la Propiedad Inmueble tomará razón de los documentos indicados en el artículo 2° de la ley 17.801 y sus modificatorias, siempre que se refieran a inmuebles ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con relación a los boletos de compraventa, en los términos de lo previsto en el artículo 1170 del Código Civil y Comercial de la Nación, tomará nota de los referidos a futuras unidades funcionales o complementarias, respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual'".

25 Conforme al art. 3° del decreto: "Sustitúyese el artículo 4° del Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal - Decreto 2080/80 - T.O. 1999, aprobado como anexo I por el artículo 4° del decreto 466/99, por el siguiente: 'Artículo 4°.- Los documentos autorizados por funcionarios de jurisdicción provincial, deberán estar debidamente legalizados. Se considera cumplido este requisito en los casos de documentos electrónicos firmados digitalmente en los sistemas de Gestión Documental Electrónica - GDE contemplados en el artículo 7° de la ley 27.446, siendo éstos automáticamente interoperables'".

VII. Procedimiento previsto en este contexto

A. Decreto 962/18

El procedimiento previsto por el decreto parte del otorgamiento de una escritura que recepte la voluntad de implementar el sistema por el titular registral legitimado al efecto.

Se establece así que la solicitud del registro de los boletos de compraventa de futuras unidades funcionales o complementarias respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual deberá estar acompañada de testimonio de la escritura pública por la cual el titular registral del inmueble bajo su dominio exprese su voluntad de afectar el mismo, en la oportunidad en la que sea posible de acuerdo con las normas aplicables, al régimen de propiedad horizontal; debiendo además contener los siguientes datos y requisitos: a. identificar el inmueble que será objeto de la futura afectación; b. individualizar cada una de las unidades que serán objeto de los boletos de compraventa a ser registrados, incluyendo superficie, ubicación y las restantes características esenciales de las mismas; c. incorporar un croquis preliminar realizado por agrimensor que incluya los datos enumerados en el inciso anterior; y d. acreditar la aprobación y/o visado de la documentación del proyecto por la autoridad local competente.

Una vez que el Registro de la Propiedad Inmueble tome razón de esta escritura, *se podrán inscribir los boletos de compraventa de futuras unidades funcionales o complementarias (nuevas, a construir o en etapa de construcción) y sus cesiones*, si se observan los siguientes alcances dispuestos por el art. 6º:

- a. El boleto de compraventa debe haber sido celebrado por el titular registral del inmueble o por quien sea su sucesor a título particular o universal;
- b. En el texto del boleto de compraventa, o en un documento complementario al mismo, debe constar que se ha pagado, como mínimo, *el veinticinco por ciento del precio total de adquisición pactado* y, de corresponder, que el titular registral del inmueble y/o el comprador o sus sucesores se comprometen a ceder sus derechos bajo el mismo en garantía de las obligaciones a su cargo frente a la institución financiera que hubiera otorgado el financiamiento a los fines de realizar la obra, en los términos de lo previsto en el art. 1615 del CCyC; y

- c. El boleto de compraventa presentado para su inscripción y –en su caso– el documento complementario conforme a lo previsto en el inciso anterior, *deberá ser firmado digitalmente por las partes, y presentado mediante la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) del sistema de Gestión Documental Electrónica*. Se podrá asimismo solicitar la inscripción de toda cesión de los boletos de compraventa que cumplan con las condiciones precedentemente enunciadas, siempre que haya sido firmada digitalmente y gestionada mediante la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD). Se prevé en este caso que si las partes no cuentan con firma digital pueden celebrar el boleto de compraventa o su cesión mediante la intervención de un escribano público, quien deberá presentarlo a través de la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) ante el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, con su firma digital.
- d. Podrá solicitarse, en forma simultánea, la inscripción del boleto de compraventa y de su primera cesión. Para cualquier cesión posterior del boleto el solicitante deberá acreditar el tracto sucesivo.

Sobre esta base, reflexiona Leiva Fernández que “[a] efectos de otorgar la prioridad prevista en el art. 1170 del Cód. Civ. y Com., el art. 2º del dec. 2080/1980 modificado por el art. 1º del dec. 962/2018, dispone que el Registro tome nota de los boletos de compraventa referidos a futuras unidades funcionales o complementarias, respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual. Destaco el carácter imperativo de la indicación dada al Registro, ‘tomará nota’ es ‘deberá tomar nota’. Queda claro que no prohíbe la inscripción de instrumentos privados en soporte papel, sino que solo autoriza la nueva modalidad de boletos en instrumentos privados electrónicos, firmados digitalmente por las partes. Por su parte, el art. 2º del dec. 962/2018 que reformula el texto del art. 3º del dec. 2080/1980 pasa a admitir la inscripción de documentos electrónicos firmados digitalmente por las partes, presentados mediante la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) del Sistema de Gestión Documental Electrónica - GDE, la que otorgará fecha cierta al documento. Aunque el dec. 962/2018 no menciona el art. 1171 del Código Civil y Comercial, el otorgamiento de fecha cierta y demás recaudos previstos en el texto del nuevo art. 31 bis del dec. 2080/1980 (art. 6º del dec. 962/2018) otorgan al boleto sobre unidades futuras también la protección del art. 1171 del mismo Código”²⁶.

26 Leiva Fernández, Luis. “La inscripción de boletos de compraventa sobre unidades futuras”, en La Ley, 18/12/2018, 18/12/2018, 1-LALEY2018-F, 988 - ADLA2019-1, 22, Cita Online: AR/DOC/2739/2018.

Reiteramos, por último, que en este marco el art. 2º del decreto 962/18 determinó: "Sustitúyese el art. 3º del Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal - Decreto 2080/80 - T.O. 1999, aprobado como anexo I por el art. 4º del decreto 466/99, por el siguiente: 'Art. 3º.- A los efectos del último párrafo del art. 3º de la ley 17.801 se admitirán los documentos electrónicos firmados digitalmente por las partes, presentados mediante la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) del sistema de Gestión Documental Electrónica - GDE, la que otorgará fecha cierta del documento y de su presentación ante el Registro de la Propiedad Inmueble. *Se considera que la firma digital del documento electrónico satisface el requisito de certificación por escribano público, juez de paz o funcionario competente*'"²⁷.

B. ¿Qué ocurre ante la inobservancia del procedimiento descripto?

Al establecer el decreto en estudio que "se podrán inscribir los boletos de compraventa de futuras unidades funcionales o complementarias", un sector de la doctrina sostiene que este procedimiento es facultativo, postura que se refuerza al considerar que no se imponen sanciones frente a su inobservancia.

De allí que, por ejemplo, Leiva Fernández señale que "... la inscripción del instrumento por el que se declara la afectación del inmueble, en caso de no realizarse, no tiene sanción alguna. Al no ser obligatorio, ya no podría aplicarse una doctrina como la del plenario 'Cotton c. Tutundjian' basado en la excepción de incumplimiento contractual, hoy denominada suspensión de cumplimiento por el art. 1031 del Cód. Civ. y Com. (...) la redacción que asigna al art. 31 bis del dec. 2080/1980 el nuevo art. 6º del dec. 962/2018, en cuanto utiliza las expresiones 'podrá inscribir', 'podrá ser solicitada', indica que la inscripción del boleto de adquisición no es obligatoria, sino facultativa. A su vez el titular del dominio no está obligado a la inscripción de la afectación (art. 21 del dec. 2080/1980 en su nueva redacción) ni dejar de hacerlo le acarrea sanción alguna. Pero ser facultativo y carecer de sanción no le quita el carácter de regulación de derecho común. Es común, aunque -barrunto- de eficacia dudosa"²⁸.

27 El destacado nos pertenece.

28 Leiva Fernández, Luis. "La inscripción de boletos de compraventa sobre unidades futuras", en La Ley, 18/12/2018, 18/12/2018, 1-LALEY2018-F, 988 - ADLA2019-1, 22, Cita Online: AR/DOC/2739/2018.

C. Instrucción de trabajo 1/2019 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires²⁹

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires dictó, el 28 de enero de 2019, la instrucción de trabajo 1/2019. Destacamos de sus considerandos los siguientes:

- Que el decreto 962/2018, introduce modificaciones en el decreto reglamentario para la Capital Federal - Dec. 2080/1980 - T.O. s/Dec. 466/1999, en dos aspectos fundamentales: a) la inscripción de boletos de compraventa en relación con futuras unidades funcionales o complementarias respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual y b) la presentación de documentos electrónicos, firmados digitalmente por las partes, mediante la plataforma de Trámites a Distancia (TAD) del sistema de Gestión Documental Electrónica.
- Que, en síntesis, las normas citadas confluyen en que: a) la firma y presentación de los boletos de compraventa de futuras unidades funcionales (o su cesión) para su toma de razón en este registro debe ser exclusivamente digital y canalizada a través del ordenamiento diario del registro; b) que de firmarse en TAD, esa plataforma resulta la exclusiva para su presentación al organismo; sin embargo no debe excluirse la posibilidad de que cualquiera de las partes firmen el boleto de compraventa bajo la forma que acuerden (art. 1015 CCyC –libertad de formas– y decreto 733/2018) de tal forma que se puedan utilizar otros medios técnicos habilitados por la Dirección General de este Registro aptos para la presentación "on line", tal como se realiza con los informes y certificados que se encuentran habilitados/disponibles en el sitio web del organismo, cuyo ingreso se cumple por el ordenamiento diario –lo que a la fecha no ocurre con TAD–, y el despacho se realiza "on line", con firma digital por parte del Registro; c) que compete al Registro, resolver sobre los requisitos de inscripción de los documentos traídos a registración, en especial en este caso en que se trata de documentos privados que no son título suficiente al dominio, derecho real o asiento practicable (art. 3 inc. "c" ley 17.801).

29 Disponible en http://www.dnrpi.jus.gob.ar/normativa/it_01-2020.pdf

- Que lo expuesto en el apartado "c" del párrafo anterior importa diferenciar la presentación de los boletos de compraventa de futuras unidades funcionales ante este organismo para su toma de razón, de la calificación registral para la anotación de los boletos de compraventa, función exclusiva que lleva adelante el Registro por cuanto es a este a quien compete examinar la legalidad de las formas extrínsecas ateniéndose a lo que resulta de dichos documentos y de los asientos (art. 8 ley 17.801).
- Que tal como lo sostiene la doctrina, siendo los boletos de compraventa – en el caso de futuras unidades funcionales (o sus cesiones)–, documentos privados sujetos a la autonomía de la voluntad que rige la materia contractual, que confieren derechos personales y cuya "relación" con el derecho real de dominio es la de otorgar al adquirente del boleto un derecho creditorio para obtener el título y modo suficiente (art. 1892 del CCyC), resulta no solo conveniente sino que constituye requisito imprescindible para la anotación de estos documentos (art. 7 dec. 2080/80), una previa y especial calificación por parte de profesional idóneo sobre la legalidad del contenido, la legitimación de los firmantes y el cumplimiento de la demás normativa aplicable, tal como las disposiciones en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo, de forma que ella se constituya como rogatoria a registrar, asegurando la legalidad del acto instrumentado y simplificando el proceso inscriptorio. De acuerdo a lo dispuesto por la normativa vigente, corresponde dicha función a los escribanos de Registro.

Sobre esta base, la instrucción dispone:

- Art. 1º: A efectos de la anotación de boletos de compraventa de futuras unidades funcionales o, en su caso, las cesiones de esos boletos, es menester la previa registración de la escritura pública establecida en el art. 21 del decreto reglamentario para la Capital Federal - Dec. 2080/1980 - T.O. s/dec. 466/1999 modificado parcialmente por el dec. 962/2018. Con respecto a los boletos de compraventa o sus cesiones, una vez inscripta en forma definitiva la escritura de afectación, se procederá tan solo:
- A calificar la rogatoria digital, presentada a efectos de la anotación del documento, que deberá contener la siguiente información: Matrícula del inmueble, su ubicación, Nomenclatura Catastral completa, datos de las partes del contrato (Documento de Identidad - Denominación social - Clave de Identificación Tributaria); de la futura unidad funcional: identificación según proyecto de obra,

y posibles futuras complementarias; fecha del boleto de compraventa, y de tratarse de una cesión de boleto, el perfecto encadenamiento a partir del titular de dominio que vende la futura unidad funcional con los sucesivos adquirentes cuya registración se solicite.

- En la rogatoria deberá constar certificación del escribano, referida a: a) que la futura unidad funcional vendida se ajusta al proyecto de edificio que fue conformado por la autoridad de aplicación; b) que surge haberse abonado como mínimo el veinticinco por ciento (25 %) del precio de compra de dicha futura unidad funcional; c) que el adquirente expresa NO encontrarse en posesión de ella; d) que se exhibe póliza de caución vigente, conforme art. 2071 Código Civil y Comercial de la Nación; e) de corresponder, que se ha otorgado asentimiento conyugal o la conformidad por unión convivencial inscripta; f) que se ha verificado cumplimiento de la ley 25.246 y resoluciones de la UIF.

La rogatoria digital, deberá ser firmada digitalmente por escribano público y su firma digital validada por autoridad certificante. (...)

- Art. 3º: En el asiento registral, que se practicará en el rubro "Restricciones al Dominio" de la matrícula del inmueble objeto de anotación, deberá constar número y fecha de presentación de la rogatoria, la designación de la futura unidad funcional y sus complementarias, y los datos personales del o los adquirentes. (...)

D. Informe de los asesores registrales del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires sobre la instrucción 1/2019³⁰

Transcribimos, finalmente, las partes pertinentes del informe elaborado en el marco del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, referido a los alcances de la intervención de los notarios en este contexto: "... de acuerdo al decreto 962/2018 y [a la] instrucción de trabajo, se debe considerar que:

30 "Informe de los asesores registrales del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires sobre la Instrucción 1/2019", Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Disponible en: https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/2019_01_31_Informe_asesores_registrales_IT_1_19_RPI_CABA.pdf

- El trámite de registración de boletos de compraventa y/o cesiones de boleto ante el RPI es exclusivamente digital.
- Debe inscribirse previa y obligatoriamente la escritura de 'afectación' al régimen de inscripción de boletos, de acuerdo a las pautas dispuestas en dicho decreto.
- Una vez inscripta dicha escritura en el RPI, se podrá, a través de la rogatoria digital firmada digital y exclusivamente por escribano, rogar la registración de boletos de compraventa y/o cesiones.
- La rogatoria digital para la registración está disponible en el sitio web del RPI.
- Esa rogatoria digital presupone la calificación del escribano respecto del contenido del boleto de compraventa y/o cesión de boleto, del cumplimiento de las pautas dispuestas por dicho decreto, normas sobre lavado de activos y asentimiento conyugal o del conviviente en su caso.
- En síntesis, el escribano al completar la rogatoria digital, es el responsable de calificar el contenido del negocio jurídico que se registra y la identificación de sus otorgantes. El Registro de la Propiedad se limitará a calificar esa rogatoria digital firmada digitalmente por el escribano, a la que, al ser enviada, se le asignará fecha y número de presentación ante el organismo. De cumplir la normativa, será remitida al escribano con constancia de su inscripción en el rubro 7º de la matrícula del inmueble objeto de la afectación. La constancia de inscripción referirá el número de presentación y fecha de la rogatoria, los datos de la futura unidad objeto del boleto de compraventa y los datos del adquirente".

E. DTR 6/2019 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires

En línea con este desarrollo, *y si bien el sistema fue posteriormente derogado por la DTR 4/20³¹*, mencionamos que el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires dictó el 6 de abril de 2019 la disposición técnico registral 6/2019, de cuyos considerandos surgía: "... Que el decreto

31 De los considerandos de esta DTR se desprende lo siguiente: "Que por disposición técnico registral 6/2019 se procedió a implementar el 'Registro Especial de Boleto de Compraventa de Unidades Futuras', previendo su funcionamiento dentro del ámbito del Departamento Anotaciones Especiales; Que cuestiones de variada índole obligan a dejar sin efecto el procedimiento establecido en la normativa citada, hasta tanto se redefinan los objetivos que se desean alcanzar; (...)" Sobre esta base, el art. 1 deroga la disposición técnico registral 6/2019.

nacional 962/2018 implementó, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la registración de boletos de compraventa con respecto a futuras unidades funcionales o complementarias, respecto de las cuales no se puede ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual; Que dicho decreto, en su art. 7º, invita a las provincias a adoptar, por sí o a través de la autoridad local o dependencia que resulta competente, las medidas que fueren necesarias para la implementación de la registración de los instrumentos en cuestión; ...”

Sobre esta base, se implementaba un “Registro Especial de Boletos de Compraventa de Unidades Futuras”, “en el cual se practicarán las registraciones relativas a boletos de compraventa que tengan como objeto futuras unidades funcionales o complementarias dentro de un régimen de propiedad horizontal sobre las que no se ejerza posesión, en razón de su inexistencia actual”³². Observamos que, como señalan di Castelnuovo y Falbo, la instrucción de trabajo 1/2019 de Ciudad de Buenos Aires y la DTR 6/19 de Provincia de Buenos Aires se diferenciaban principalmente en que, mientras el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal solo admite un procedimiento de inscripción digital, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires admitía su ingreso en formato papel con las firmas de sus otorgantes certificadas en sede notarial, o a través de la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) firmados digitalmente³³.

VIII. Críticas efectuadas

El decreto 962/18 recibió grandes críticas, que se centraron, principalmente, en dos aspectos: la asimilación efectuada entre la firma digital y la firma certificada; y la confusión que puede generarse en el común de la sociedad entre la celebración de un boleto de compraventa y la adquisición de dominio a través de escritura pública, a partir del procedimiento dispuesto.

32 Conforme al art. 1 de la derogada disposición.

33 Di Castelnuovo, Franco; Falbo, Santiago. “Incidencias de las nuevas tecnologías en la función notarial”, en LXXVII Seminario Laureano Moreira, 4 y 5/7/2019, Academia Nacional del Notariado, Ed. Júpiter, p. 184.

En cuanto a esto último, al momento de dictarse el decreto 962/18 el Consejo Federal del Notariado Argentino expresó su preocupación "en razón de que la celebración de un boleto de compraventa no brinda la seguridad jurídica que la comunidad requiere, siendo una herramienta eminentemente transitoria con el fin superior de alcanzar la escritura pública, que es el único instrumento que garantiza la adquisición definitiva del inmueble. Asimismo afirmamos que utilizar el boleto de compraventa como elemento esencial de toda la operatoria, ataca claramente los principios consagrados en nuestras leyes de fondo, habiendo además fracasado en oportunidades anteriores como sucediera con el régimen de prehorizontalidad"³⁴.

A la par, se señaló que "No es posible soslayar que, si bien los boletos de compraventa resultan inscribibles, por aplicación de la preceptiva del art. 1170, inc. d), del Código Civil y Comercial, lo cierto es que esa inscripción debe cumplir con los requisitos claramente establecidos por el art. 3 de la ley 17.801, que no puede ser modificada por decreto (...) Se pretende con el decreto en análisis que las entidades financieras otorguen créditos para la construcción de edificios en propiedad horizontal, obteniendo como garantía de los mismos los boletos de compraventa inscriptos a través del sistema previsto en la norma en análisis. La única garantía real inmobiliaria es la hipotecaria y esta, conforme al Código Civil y Comercial de la Nación, no puede tener como objeto derechos emergentes de un boleto de compraventa. Por otra parte el mecanismo previsto en el decreto 962 no brinda las protecciones que otorgaban las leyes 14.005 para la venta de inmuebles fraccionados en lotes y a plazos o la ley 19.724 de prehorizontalidad, hoy derogadas. Tal como está regulado no cabe equiparación alguna"³⁵.

34 Dictamen CFNA s/Decreto 962/18 - Nota decretos 182-2019 y 962-2018. Disponible en <http://colegionotarialrn.org/rionegro/nota-a-colegios-decreto-182-2019/>. Más aun, el entonces presidente de esta institución, escribano Aguilar, remarcó que el hecho de que "el decreto 962/2018 permita ahora inscribir un boleto de compraventa en el Registro de la Propiedad Inmueble puede ser bienvenido, pero no significa que el comprador pase a ser dueño del inmueble, sino solamente que se publicita a través del Registro de la Propiedad la existencia de ese acuerdo de partes, de ese compromiso a, en un futuro, suscribir la escritura, para recién en ese momento convertirse, el comprador, en dueño. (...) Se genera confusión en la sociedad pretendiendo darle al compromiso de compra un efecto que no tiene. Solo la escritura pública produce el efecto de transformar en dueño al comprador". Véase "Repudio del Notariado Argentino al decreto 962/2018", disponible en <https://www.elnotariado.com/repudio-notariado-argentino-decreto-9622018--6202.html>

35 Dictamen CFNA s/Decreto 962/18 - Nota decretos 182-2019 y 962-2018. Disponible en <http://colegionotarialrn.org/rionegro/nota-a-colegios-decreto-182-2019/>

Por último, en cuanto a la instrucción de trabajo 1/2019 de la Ciudad de Buenos Aires y a la DTR 6/19 de la Provincia de Buenos Aires³⁶, compartimos con di Castelnuevo y Falbo que "... ambas normas ordenan que la rogación será efectuada por escribano público, quien deberá calificar diversos recaudos relativos al objeto del boleto de compraventa cuya anotación se ruega. Destacamos el loable propósito de afianzar la seguridad jurídica buscado por los registros mencionados al exigir la intervención notarial para rogar la inscripción de los boletos de compraventa. Sin embargo, dicha intervención dilatada al momento de la rogación no bastará para garantizar la seguridad jurídica y evitar el conflicto, puesto que la única forma de alcanzar una seguridad jurídica duradera es que la misma sea el resultado de una relación jurídica justa y equitativa, en la que las partes actuando en el ámbito de la autonomía de la voluntad cuenten con el debido asesoramiento y consejo que les permita comprender los alcances y consecuencias del acto jurídico. Uno de los medios para lograr eso es la intervención notarial al momento del nacimiento de la relación jurídica, y no luego de que esta ya ha sido celebrada"³⁷.

Por todo ello, atento al tenor de los conflictos suscitados, nos abocaremos a continuación al desarrollo de la importancia de la escritura pública como título suficiente para la adquisición, constitución, transmisión y extinción de derechos reales; al análisis de constitucionalidad de las disposiciones del art. 2° del decreto 962/18; y al estudio de la firma digital y de la firma certificada, mostrando por qué estas figuras no deben ser asimiladas.

IX. Nuestro parecer con respecto a las polémicas suscitadas

A. Sobre el boleto de compraventa, la escritura pública y la adquisición de derechos reales

Hemos señalado que, a nuestro parecer, no debemos incluir al boleto de compraventa dentro de los contratos preliminares, sino que sostenemos que el mismo conforma un contrato definitivo de compraventa, constituyendo la escritura

36 Esta última derogada por la DTR 4/20, conforme lo anteriormente señalado.

37 Di Castelnuevo, Franco; Falbo, Santiago. "Incidencias de las nuevas tecnologías en la función notarial", en LXXVII Seminario Laureano Moreira, 04 y 05/07/2019, Academia Nacional del Notariado, Ed. Júpiter, p. 184.

pública el cumplimiento de obligación pendiente necesaria para transmitir el dominio.

Dicho esto, y centrándonos en este último aspecto, destacamos que, conforme lo establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación, los modos de adquisición de derechos reales consisten en título y modo suficientes, voluntad de la ley, prescripción adquisitiva y sucesión. Al respecto, expresa Kiper que estos modos de adquisición "son generales, aplicables a la mayoría de los derechos (v. gr.: no todos se pueden adquirir por prescripción), pero cabe aclarar que existen modos especiales de adquisición de algunos derechos reales. Así, por ejemplo, el dominio tiene otros medios regulados especialmente al tratar este derecho real (arts. 1947 y ss.)"³⁸.

Observamos entonces que, tal como enseña Sabene, "... el esquema de adquisición derivada de derechos reales sobre inmuebles por actos entre vivos se mantiene sustancialmente igual [que en el Código velezano], de modo que, para ella, es necesario conjugar un *título suficiente* con un *modo suficiente*. El recaudo de la inscripción registral se ha conservado, en materia inmobiliaria, con fines meramente declarativos"³⁹.

Es por ello que resultan centrales en este análisis los arts. 1892 y 1893 del CCyC, que regulan el *título suficiente*, el *modo suficiente* y la *inscripción* a efectos de oponibilidad⁴⁰.

Del primer artículo mencionado se desprende como novedad normativa una definición de *título suficiente*: "es el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir un derecho real". En esta línea, se ha dicho que el título suficiente consiste en la "posibilidad jurídica de la adquisición, y en la causa justificativa de la sucesiva adquisición (...) La palabra 'título' responde al concepto de 'causa', es decir, el acto jurídico que sirve de causa a la tradición (...) los derechos reales, en nuestro sistema, requieren la confluencia de un título y un modo para tener existencia"⁴¹.

38 Kiper, Claudio. *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*, Rubinzal - Culzoni Editores, 2016, T.1, p. 54.

39 Sabene, Sebastián E. "Registro de la Propiedad Inmueble y catastro territorial", en *Derecho registral. Una perspectiva multidisciplinaria*, Sebastián E. Sabene (dir.) - Leopoldo Panizza (coord.), 2017, vol. 1, p. 5.

40 Recordamos que la idea originaria del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, finalmente modificada y excluida de la legislación actualmente vigente, era establecer la inscripción constitutiva como elemento necesario para la adquisición de derechos reales.

41 Kiper, Claudio. *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*, Rubinzal - Culzoni Editores, 2016, T. 1, p. 56 y ss.

Por otro lado, al tratar el *modo*, el Código unificado determina que la tradición posesoria es el modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión, no siendo esta necesaria cuando la cosa es tenida a nombre del propietario y este por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre (supuesto de la *traditio brevi manu*, en la cual el tenedor "asciende" de categoría y pasa a ser poseedor de la cosa), ni cuando el que la poseía a nombre del propietario principia a poseerla a nombre de otro (supuesto de la *traditio brevi manu impropia*, en la cual el tenedor pasa a serlo respecto de otra persona, como en el caso del locatario en el supuesto en que el propietario transmite el dominio del inmueble a un tercero), ni cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente (supuesto del *constituto posesorio*, en el cual el poseedor "desciende" de categoría y pasa a ser tenedor de la cosa). De allí que Kiper exprese que "La tradición, como acto jurídico real, importa la entrega material de la cosa, desplazándose desde el *tradens* hacia el *accipiens*. Es un recaudo indispensable para la transmisión de los derechos reales, pero es insuficiente para ocasionarla por sí misma..."⁴².

Destacamos finalmente las palabras de Sabene con respecto a la oponibilidad, al señalar que "La oponibilidad de los títulos portantes de actos que sirvan de causa a la adquisición, transmisión, declaración, modificación o extinción de derechos reales se nutre, en materia de inmuebles, de la publicidad registral"; no siendo el destinatario de ello cualquier tercero, "porque el derecho real es, por definición, absoluto, es decir, oponible *erga omnes*. La cuestión ha dado lugar a grandes debates en nuestro derecho antecedente a partir de la entrada en vigencia de la ley 17.711 y la posterior sanción de la ley 17.801, habiendo triunfado la doctrina que entendió que el recaudo de la inscripción registral del título tiene por fin mejorar la oponibilidad frente a terceros interesados y de buena fe; entonces, son estos últimos a quienes va destinada la publicidad registral"⁴³.

42 Kiper, Claudio. *Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*, Rubinzal - Culzoni Editores, 2016, T. 1, p. 59.

43 Sabene, Sebastián E. "Registro de la Propiedad Inmueble y catastro territorial", en *Derecho registral. Una perspectiva multidisciplinaria*, Sebastián E. Sabene (dir.) - Leopoldo Panizza (coord.), 2017, vol. 1, p. 10 y ss.

Por todo ello, *remarcamos que, por conformar el título suficiente, la escritura pública constituye la forma de adquisición de derechos reales, cualidad que no reviste el boleto de compraventa.*

B. Sobre las disposiciones establecidas por el art. 2° del decreto 962/18. Análisis de constitucionalidad

Partiendo del hecho de que *un decreto reglamentario no puede modificar los alcances de una ley nacional*, destacamos que según el art. 3 de la ley 17.801:

"Para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos: a) estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda; b) tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales o copias por quien esté facultado para hacerlo; c) revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismo o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración, sirviendo inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable.

Para los casos de excepción que establezcan las leyes, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, **siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente**⁴⁴.

A efectos de nuestro análisis, reiteramos una vez más aquí las disposiciones del art. 2° del decreto 962/18: "Sustitúyese el art. 3° del Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal - Decreto 2080/80 - T.O. 1999, aprobado como anexo I por el art. 4° del decreto 466/99, por el siguiente: 'Art. 3°.- A los efectos del último párrafo del art. 3° de la ley 17.801 se admitirán los documentos electrónicos firmados digitalmente por las partes, presentados mediante la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) del sistema de Gestión Documental Electrónica - GDE, la que otorgará fecha cierta del documento y de su presentación ante el Registro de la Propiedad Inmueble. **Se considera que la firma digital del documento electrónico satisface el requisito de certificación por escribano público, juez de paz o funcionario competente**'"⁴⁵.

44 El destacado nos pertenece.

45 El destacado nos pertenece.

Observamos entonces que *se produce una colisión entre lo dispuesto por la norma nacional* (que exige para los supuestos previstos en el último párrafo de su art. 3º certificación de firmas por escribano público, juez de paz o funcionario competente), y *los alcances que pretende establecer el decreto* (satisfacción del mencionado requisito de certificación de firmas a través de la firma digital).

En virtud de ello, la Comisión de Legislación del Consejo Federal del Notariado Argentino, mediante un dictamen de la notaria Massiccioni, que contó con la colaboración de los escribanos Lorenzo y Posteraro Sánchez, sostuvo que “No es posible soslayar que, si bien los boletos de compraventa resultan inscribibles, por aplicación de la preceptiva del art. 1170, inc. d), del Código Civil y Comercial, lo cierto es que esa inscripción debe cumplir con los requisitos claramente establecidos por el art. 3 de la ley 17.801, que no puede ser modificada por decreto. (...) En consecuencia, mal puede un decreto reglamentario establecer consideraciones, interpretaciones o sustituciones (en este caso que la firma digital satisface el requisito de la certificación de firmas notarial, juez de paz o funcionario competente) que no surgen de la letra expresa de la ley sin vulnerarla. Así pues, conforme al ordenamiento jurídico nacional vigente no debe ni puede un decreto modificar una ley nacional de fondo atento lo dispuesto en el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional. Con lo cual, se concluye: (...) b) La consideración establecida en el decreto 962/2018 respecto que la firma digital satisface el requisito de certificación de firmas *avanza sobre el derecho de fondo (ley 17.801 y Código Civil y Comercial), competencia exclusiva del Congreso de la Nación y en consecuencia resulta vulneratoria de nuestra Constitución Nacional (art. 75 inc. 12)*”⁴⁶.

En esta misma línea, Padilla y Villagra Vélez han expresado que “el decreto 962/18 tiene por objeto reglamentar y modificar el novel Código Civil y Comercial (...), algunas leyes nacionales de importancia radical en nuestro país (vgr. la ley 17.801), y ‘otros’ decretos que allí se mencionan. Casi evidente es que nuestro primer reparo sea de orden constitucional. Primero entendemos que el Código Civil y Comercial no debe ser objeto de regla-

46 Dictamen CFNA S/Decreto 962/18 - Nota decretos 182-2019 y 962-2018. Disponible en <http://colegionotarialrn.org/rionegro/nota-a-colegios-decreto-182-2019/>. El destacado nos pertenece.

mentación alguna, ni la necesita, pues sus normas son inmediatamente operativas bajo los cánones que en el mismo se determinan (art. 7 CCyC); en todo caso podrán modificarse conforme al procedimiento establecido (...). Es claro que algunas leyes son objeto de ulterior reglamentación y claramente delegan dicha misión al Poder Ejecutivo. Pero otras leyes solo pueden modificarse por normas del mismo rango, so pena de desvirtuar la 'pirámide jurídica' y romper con la división de poderes al avanzar el Ejecutivo sobre el Legislativo, cuando ello no está permitido o delegado por este último y dicho proceder resulta, *a priori*, repugnante (sic) a nuestra Constitución Nacional y al sistema republicano de Gobierno"⁴⁷.

Consideran así estos últimos autores que el decreto desnaturaliza totalmente la función que cumplen los notarios en la sociedad, al equiparar la firma digital del documento electrónico con la certificación que otorgan los escribanos públicos, de manera que se desvirtúa "la función notarial, todas las leyes que rigen la misma, y [se echa] por la borda la función 'tutelar' de los escribanos (...), la 'cautelar' (...), la fiscal, asesora, etc. En pocas palabras se olvidó el Poder Ejecutivo que la función (delegada por el propio Estado) que cumple el escribano tiene como fundamento la 'paz jurídica', la realización espontánea y fecunda del Derecho, en el campo de las relaciones privadas que siempre requieren de forma y autenticidad"⁴⁸.

Destacamos por último las palabras de Laplacette, quien señala que, al equiparar la firma digital del documento electrónico a inscribir con la certificación efectuada por escribano público o autoridad competente, el decreto presume que la firma es del titular y que no es portador de vicios, de modo que "Aún sin intención de hacerlo, la medida se desvía de su objeto que es el de brindar protección a los compradores de buena fe de inmuebles y produce incertidumbre al asiento registral. Excluye la presencia del notario,

47 Padilla, Rodrigo; Villagra Vélez, Macarena. "Boleto de compraventa inmobiliaria: un desafortunado decreto que deja más dudas que 'certezas'. Comentario al decreto 962/18", en La Ley, número especial "Inscripción boletos de compraventa", 26 de noviembre de 2018. Disponible en <https://www.acaderc.org.ar/2020/02/12/boleto-de-compraventa-inmobiliaria-un-desafortunado-decreto-que-deja-mas-dudas-que-certezas-comentario-al-decreto-962-18/>

48 Padilla, Rodrigo; Villagra Vélez, Macarena. "Boleto de compraventa inmobiliaria: un desafortunado decreto que deja más dudas que 'certezas'. Comentario al decreto 962/18", en La Ley, número especial "Inscripción boletos de compraventa", 26 de noviembre de 2018. Disponible en <https://www.acaderc.org.ar/2020/02/12/boleto-de-compraventa-inmobiliaria-un-desafortunado-decreto-que-deja-mas-dudas-que-certezas-comentario-al-decreto-962-18/>

sin percibir que es el garante de la seguridad jurídica de la operación económica que protege, asesora y recibe la voluntad de las partes y le da forma requerida por la normativa vigente, controla la legalidad del acto, identifica a los contratantes y, en su caso, verifica la legitimidad de la representación invocada (...) Esta medida modifica las leyes que invoca como antecedentes de la decisión que establece, elimina el control de los vicios de la voluntad, irrumpe en incumbencias notariales atribuidas por Ley Orgánica Notarial y resta seguridad jurídica a las operaciones económicas de que se trate. De modo que, invade facultades legisferantes (sic), es contraria al espíritu de la ley que dice reglamentar e impide ejercer toda industria lícita. Resulta que el decreto produce efectos opuestos a los que se propone, priva de seguridad jurídica a los administrados según el principio de supremacía de la Constitución, contenido en los arts. 28, 31, 75, inc. 12 y 99, inc. 2° de la CN y el art. 14, CN⁴⁹.

Nos pronunciamos, en consecuencia, por la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el último párrafo del art. 2° del decreto 962/18.

c. Sobre la asimilación establecida por el decreto entre la aplicación de una firma digital y la certificación notarial de firmas⁵⁰

Desarrollaremos a continuación distintas características de la firma digital y diversas particularidades que se presentan en el marco de su aplicación, y efectuaremos a la par comparaciones con la tarea que realiza el escribano al practicar una certificación y con los requisitos que este debe observar en su actuar.

Esto nos permitirá ver los riesgos y peligros que se evitan al contar con la intervención notarial.

49 Laplacette, Dora R., "Decreto 962/2018, reparos constitucionales y sus soluciones," en Revista Código Civil y Comercial, 08/02/2019, 10-ADLA2019-4, 147. Cita Online: AR/DOC/2762/2018. Véase este trabajo para un mayor desarrollo de esta perspectiva constitucional.

50 Para un mayor desarrollo de este aspecto véase Latino, Jorge A. "La aplicación de una firma digital no importa una certificación notarial, no tiene sus alcances, ni produce sus efectos", en *Técnica Notarial*, Vol. 1, dir. Jorge A. Latino, Hammurabi, 2021, p. 191 a 223; y Latino, Jorge A., *Certificaciones Notariales*, colección "Práctica de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario", dir. Latino, Jorge A., vol. 1, Hammurabi, 2019.

C.1. Aproximación general. Sobre la firma digital y la firma electrónica

La Ley 25.506 de Firma Digital dispone en su art. 1º que "Se reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones que establece la presente ley", y define en su art. 2º a la firma digital de la siguiente manera: "Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control", agregando que "La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la autoridad de aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes".

Trata, a su vez, en el art. 9º qué es lo que se necesita para que la firma digital sea considerada válida: "Una firma digital es válida si cumple con los siguientes requisitos: a) haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante; b) ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente; c) que dicho certificado haya sido emitido o reconocido, según el art. 16 de la presente, por un certificador licenciado".

En base a ello, podemos precisar que *no es firma digital* la imagen escaneada o digitalizada de una firma ológrafa; ni el nombre, apellido o imagen agregada al final de un correo electrónico; ni la firma ológrafa estampada en un dispositivo digital (como ser una tableta o un celular)⁵¹, por solo mencionar algunos ejemplos. Compartimos así con Ventura que "suele sorprender al nuevo usuario del servicio de firma digital (...) que en el documento suscripto no aparece dibujo holográfico alguno; no se advierte firma en sentido tradicional. Ello ocurre justamente porque esta ha sido sustituida por la encriptación del documento, lo que garantiza, si

51 Para una opinión distinta sobre este aspecto véase Alterini, Ignacio E.; Alterini, Francisco J. "El instrumento ante las nuevas tecnologías. Quid de la firma digitalizada", en Derecho e Innovación, Suplemento La Ley, T. 2020-D, Año LXXXIV, N° 144, 5/08/2020, p. 2 y siguientes.

puede descriptarse, tanto su autoría como la integridad e inalterabilidad de su contenido"⁵².

Dicho esto, *debemos diferenciar esta figura de la firma electrónica*, que se encuentra contenida en el art. 5º de la ley 25.506 con el siguiente alcance: "Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez".

Se desprende de este desarrollo que, *en comparación con la firma digital, la firma electrónica carece de alguno o algunos de sus requisitos*, lo que trae aparejado una serie de consecuencias, *entre ellas que la firma electrónica no quede equiparada a la firma manuscrita, ni goce de presunción de autoría ni de integridad; alcances que sí se verifican en la firma digital atento a lo dispuesto por los arts. 3⁵³, 7⁵⁴ y 8⁵⁵ de la ley 25.506 y por el art. 288 del CCyC⁵⁶*. Sumamos a ello que si la firma es electrónica, y no digital, se produce una *inversión de la carga de la prueba* conforme al citado art. 5º ("... En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez")⁵⁷.

52 Ventura, Gabriel. "Certificado registral expedido con firma digital", en Revista Notarial 95, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, 2017, p. 28.

53 "Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia".

54 "Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma".

55 "Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma".

56 "La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento".

57 Destacamos que, para un sector de la doctrina, todo esto no implica que la firma electrónica no pueda refutar eventuales rechazos de integridad y de autoría, pero sí que dicha refutación deba ser acreditada caso por caso, mediante pericias informáticas sobre los respectivos sistemas. Véase Latino, Jorge A. *Certificaciones Notariales*, colección "Práctica de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario", dir. Latino, Jorge A., vol. 1, Hammurabi, 2019, p. 304.

Cerramos así esta aproximación general compartiendo una reflexión de Rodríguez Adrados, quien expresa que la firma digital y la firma electrónica no son, propiamente, firmas, destacando que "según Bonardell 'el mecanismo objeto de análisis no es propiamente una firma en el sentido que lo es la autógrafa, sino un procedimiento generador de una apariencia jurídica (...) a la que se asocian unos efectos parcialmente semejantes a los de aquella'; y, más precisamente, según Gomá Lanzón, la firma digital es 'un mecanismo de cifrado de un documento, un sello o marca en el mismo'. Efectivamente (...) no es otra cosa que un sello, un punzón o una estampilla (...) no en vano procede del mundo jurídico anglosajón, con sus raíces en el documento sellado, *act under seal*, del derecho inglés..."⁵⁸.

De allí que todo este proceso no pueda lograrse sin la existencia de un *intermediario en las comunicaciones o "tercero de confianza"*, cuya misión es verificar la autenticidad de cada envío, lo cual lleva al mencionado notario español a considerar que, a fin de cuentas, quien garantiza que la clave pertenece a una persona determinada no es la firma en sí, "sino el prestador de servicios de certificación por medio de un certificado digital incorporado a la firma (...). Estos prestadores de servicios de certificación han de ser 'terceros de confianza' de las partes (*trusted third party*, TTP), y su misión primaria es la de certificar que determinada clave pública pertenece a una persona y que se encuentra vigente, y podrán para ello generar, distribuir y controlar las parejas de claves..." En otras palabras, la clave pública es registrada por un tercero confiable, que actúa como autoridad certificante, vinculando ambas claves a una persona determinada⁵⁹.

C.2. Fortalezas y debilidades de la firma digital

El documento digital y la firma digital presentan, como grandes ventajas, facilitar el procesamiento de la información, contribuir a la celeridad de las operaciones electrónicas y permitir la despapelización.

58 Rodríguez Adrados, Antonio, *Firma electrónica y documento electrónico*, Consejo General del Notariado, España, 2004, p. 51.

59 Sáenz, Carlos A.; Giralt Font, Martín. Las nuevas tecnologías, la firma digital y el notariado, en Consejo Federal del Notariado Argentino, I Asamblea ordinaria 2013, disponible en www.cfna.org.ar/foros_repository/foros2013/FORO_I_ASAMBLEA__Las_Nuevas_Tecnologias_la_Firma_Digital_y_el_Notariado_-_SAENZ_y_GIRALT_FONT.pdf.

Como contrapartida, al centrarnos en sus puntos débiles, Rodríguez Adrados señala que la doctrina española pone el acento en la *escindibilidad entre la firma digital y su titular*, circunstancia que no ocurre con la firma ológrafa, y refleja esto a través de distintos autores: "[para] Barreiros Fernández: 'La firma manuscrita es inescindible de la persona. La firma digital no, *puede separarse el soporte físico de generación de la firma digital de su titular y ser suplantado por otra persona distinta*'. Bolás Alfonso: 'la firma manuscrita es inseparable de la persona', mientras que 'la firma electrónica es un mecanismo separado de la persona y, por tanto, *puede ser utilizado por otra distinta del titular*' (...) Bonardell: 'La segunda nota distintiva (entre la firma manuscrita y la electrónica) se encuentra en la escindibilidad de la persona que la posee. Mientras la firma manuscrita está indisolublemente unida a un sujeto, la firma electrónica resulta perfectamente separable de su titular, *de manera que la apropiación por otro del mecanismo de creación de firma (clave privada) permite la suplantación de aquel sin rastro alguno*'..."⁶⁰.

En esta línea, a nivel nacional, Orelle sostiene que la firma digital tiene limitaciones, que pueden focalizarse en dos puntos: que no se llega a poder vincular la firma digital con la persona viva, por ser "un sello que puede ser utilizado por cualquier persona, sin consentimiento de su titular"; y que no se han descubierto aún técnicas que aseguren con plena certeza la imposibilidad de acceso por parte de personas no autorizadas, para evitar de modo pleno accidentes informáticos⁶¹. También se presenta, entonces, el riesgo del *desarrollo de técnicas que puedan superar las medidas de seguridad establecidas*.

Dicho esto, al compararlo con el proceso de certificación de firmas, una primera aproximación nos muestra que el escribano debe identificar al requirente que se presenta ante él y justificar su identidad, *por lo que el riesgo de la suplantación del firmante se ve considerablemente reducido en virtud de la intervención notarial y de los recaudos que el escribano debe observar en su actuar*.

60 Rodríguez Adrados, Antonio. *Firma electrónica y documento electrónico*, Consejo General del Notariado, España, 2004, p. 50. Los destacados nos pertenecen.

61 Orelle, José M., en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, J. Alterini (dir.); I. Alterini (coord.), 2ª ed., J. Tobías (dir. del tomo), La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 423 y ss., comentario al art. 288.

De allí que Schmidt y Cosola destaquen que "La presencia notarial en el momento de firmar, dando fe de conocimiento o individualización de la persona que inserta la firma, controla no solo que quien inserta la firma lo haga voluntariamente y sin vicios de consentimiento, sino además que quien firma sea el titular de la clave privada"⁶².

C.3. Sobre el asesoramiento imparcial, el consentimiento libre y voluntario del firmante, y el control de legalidad, capacidad y legitimación

Sin perder de vista las desventajas y los riesgos expuestos en el punto anterior, reflexionemos ahora sobre qué es lo que ocurre con el asesoramiento, con el consentimiento del firmante y con el control de legalidad, capacidad y legitimación en este contexto, partiendo para ello de distintas conclusiones del Tema I ("Nuevas Tecnologías") de la XXXIII Jornada Notarial Argentina (San Carlos de Bariloche, 2018)⁶³:

- "La presunción de autoría que otorga la ley 25.506 a la firma digital no implica considerarla como una firma auténtica, en virtud de que el dispositivo de creación de la firma digital es escindible de su titular".
- "Seguridad informática no es seguridad jurídica. Desde una visión jurídica, para que un negocio sea válido no solo es necesario verificar la validación de las claves, sino que quien estampe la firma digital sea la persona titular de dicha firma y que además el consentimiento sea prestado libre y voluntariamente, es decir sin vicios".
- "La seguridad jurídica preventiva deriva de las tareas llevadas a cabo por el notario en el proceso de formación del contrato (el juicio de juridicidad, el deber de asesoramiento y consejo, el alumbramiento de la voluntad de los requirentes, la interpretación y traducción jurídica de dicha voluntad, la asistencia para alcanzar y determinar un acuerdo entre la voluntad de los otorgantes, la adecuación al ordenamiento jurídico,

62 Schmidt, Walter C.; Cosola, Sebastián J. *Coexistencia de dos mundos: el impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico*, Ponencia presentada en la XXXIII Jornada Notarial Argentina, San Carlos de Bariloche, 2018, p. 9 y ss., disponible en www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2018/jornada-notarial-argentina-xxxiii/TEMA_I_-_Schmidt-&-Cosola.pdf.

63 XXXIII Jornada Notarial Argentina, celebrada en San Carlos de Bariloche entre el 20 y el 22 de septiembre de 2018. Disponible en http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2018/jornada-notarial-argentina-2018_-_conclusiones-final-tema-I.pdf. Los destacados nos pertenecen.

la configuración del negocio jurídico, y la formalización y autorización del documento), que aseguran a las partes un cabal entendimiento del negocio y de las consecuencias jurídicas deseadas, reduciendo así las diferencias existentes entre ellas, mediante la libre prestación del consentimiento debidamente informado. Como tal no puede confundirse ni reducirse a la mera seguridad económica e informática".

- "El cambio del soporte documental en el que se plasme el desarrollo de nuestra función no implica modificación alguna respecto de los principios que la rigen, al modo en que debe ser ejercida y a las tareas que el notario lleva a cabo para cumplir cabalmente su misión, en el sistema de notariado latino".

Partiendo de estas conclusiones, encontramos sólidos argumentos que nos llevan a sostener que si bien, atento a lo dispuesto por el art. 7º de la ley 25.506, se produce una presunción *iuris tantum* de que fue el titular del dispositivo electrónico empleado (token) quien firmó digitalmente el instrumento, *ello no genera la certeza de que la firma digital haya sido efectivamente aplicada por su titular, ni de que este haya sido capaz y haya estado legitimado al efecto en ese momento, ni de que su consentimiento haya sido prestado libre y voluntariamente en un marco de información y asesoramiento*; siendo justamente estos los riesgos que se previenen si se cuenta con la intervención del escribano, quien cubre todos esos aspectos a la hora de certificar firmas, sea su actuación en soporte papel o digital.

Y así, en virtud de la naturaleza misma de la actuación notarial y de los requisitos que se imponen para certificar firmas (inmediación, calificación y control de legalidad, legitimación, justificación de identidad)⁶⁴, *el escribano resguarda la seguridad jurídica*, consagrándose, a su vez, el asesoramiento imparcial que el notario brinda⁶⁵ y el juicio que efectúa

64 Para un profundo desarrollo de cada uno de estos aspectos remitimos a Latino, Jorge A. *Certificaciones Notariales*, Colección "Práctica de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario", dir. Latino, Jorge A., Vol. 1, Hammurabi, 2019, p. 232 y siguientes, y Latino, Jorge A. "La aplicación de una firma digital no importa una certificación notarial, no tiene sus alcances, ni produce sus efectos", en *Técnica Notarial*, Vol. 1, dir. Jorge A. Latino, Hammurabi, 2021, p. 191 a 223.

65 Señala al respecto Lamber que la aplicación de la firma digital "también pone al firmante en la posibilidad de firmar sin abrir el documento, lo cual, si bien hace a su responsabilidad de completa lectura (acto propio), nos enfrenta a cuestionamientos de conductas de la parte fuerte en una relación de consumo, a los que se suma la limitación en la falta de completa comprensión adecuada

sobre la capacidad, la voluntad y la validez del consentimiento del requirente, todo lo cual no puede ser jurídicamente suplido por un sistema informático. Como expresa Lamber, en el marco de la aplicación de una firma digital, si medió el robo del dispositivo, si hubo abuso de confianza, si se usó después de fallecido el titular, o si este lo usó sin intención para el acto, sin capacidad, etcétera, son todas cuestiones que no se tienen en cuenta en la verificación de la firma digital⁶⁶.

C.4. Sobre la actividad desarrollada por los escribanos y la desplegada por las autoridades certificadoras y autoridades de registro

Hemos señalado que el proceso de aplicación y verificación de firmas digitales no podría lograrse sin la existencia de un intermediario en las comunicaciones o "tercero de confianza" y, en este punto, es importante que no confundamos esta figura con los alcances de la actividad que despliega el notario al momento de practicar una certificación.

Así, Pérez Clouet expresa que no debe confundirse la función identificadora del solicitante de una firma digital, cumplida por el certificador licenciado o por las autoridades de registro, con la certificación notarial: el certificador licenciado y/o la autoridad de registro solo se encargará de individualizar al firmante antes de emitir el certificado digital y de garantizar su vigencia una vez emitido, siendo el notario "el único que podrá certificar la identidad del firmante en el acto de suscribir el documento electrónico"⁶⁷.

-
- de largas -y no siempre claras- cláusulas de términos y condiciones de uso de las aplicaciones generadoras de estos documentos electrónicos". Lamber, Néstor D. "Una adecuada distinción entre la firma electrónica y digital y el rol funcional de la forma en sus aspectos probatorio y de titularización", en Revista del Notariado 937, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, jul-sep 2019, disponible en <http://www.revista-notariado.org.ar/2020/06/una-adecuada-distincion-entre-la-firma-electronica-y-digital-y-el-rol-funcional-de-la-forma-en-sus-aspectos-probatorio-y-de-titularizacion/>
- 66 Lamber, Néstor D., "El documento notarial digital y su aporte frente a cuestionamientos jurídicos del documento". Extracto de la disertación brindada en la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado llevada a cabo el 26 de noviembre de 2018, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, publicado en Revista del Notariado 936, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, abr-jun 2019, disponible en <http://www.revista-notariado.org.ar/2020/03/el-documento-notarial-digital-y-su-aporte-frente-a-cuestionamientos-juridicos-del-documento/>
- 67 Pérez Clouet, María José. "El notario y la contratación electrónica: Documento electrónico y firma digital", en Revista Notarial 948, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2004, p. 352.

En esta línea, Cosola y Schmidt remarcan que las autoridades certificadoras "certifican únicamente la pertenencia de determinada clave pública con determinada persona física (...) Si bien la validación de las claves asimétricas es segura, *hay un aspecto que tecnológicamente no es posible verificar, como lo es la prestación válida del consentimiento* (...) Desde una visión jurídica, para que un negocio sea válido no solo es necesario verificar la validación de las claves sino que quien estampe la firma digital sea la persona titular de dicha firma y que además el consentimiento a dicho negocio sea prestado libre y voluntariamente, es decir sin vicios⁶⁸ (...) Cuando hablamos que la firma se valida, la autoridad certificante nos dice que dicha firma pertenece a una persona determinada, pero no necesariamente que el titular de la firma sea quien esté insertando la clave privada"⁶⁹.

También Lamber destaca que "En esencia, el acto público importa la intermediación de quien ejerce la función notarial con la persona y el acto, lo que no sucede en la verificación de la firma digital, donde el reconocimiento de la función delegada es solo al momento de otorgar el certificado de firma digital en abstracto o genérico, pero ajeno al acto jurídico en particular instrumentado y al momento de su firma o suscripción. Hete aquí dos funciones delegadas por el Estado claramente diferentes, la notarial junto al acto particular y la de la autoridad de registro de firma digital ajena a la actuación específica con efectos jurídicos de la persona"⁷⁰.

68 Estos autores plantean el peligro que significa la falta de presencia notarial en el uso de esta tecnología en, por ejemplo, "aquellas personas a las cuales les sobrevino una incapacidad volitiva una vez obtenida la firma digital, es decir, una persona capaz solicita una firma digital la cual es otorgada y, durante la vigencia del certificado, le sobreviene una incapacidad (...) la presencia notarial impediría la concreción del negocio viciado (generando la seguridad jurídica necesaria y requerida por el ordenamiento jurídico), mientras que la falta de presencia implicaría la verificación y validación de la clave privada. Verificada la concordancia de las claves pública y privada se reputaría, en principio, válido el negocio realizado (dando lugar a un eventual conflicto por la falta de control en la prestación del consentimiento)".

69 Schmidt, Walter C.; Cosola, Sebastián J. "Coexistencia de dos mundos: el impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico", ponencia presentada en la XXXIII Jornada Notarial Argentina, San Carlos de Bariloche, 2018, p. 9 y ss., disponible en www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2018/jornada-notarial-argentina-xxxiii/TEMA_I_-_Schmidt-&-Cosola.pdf. El destacado nos pertenece.

70 Lamber, Néstor D. "Una adecuada distinción entre la firma electrónica y digital y el rol funcional de la forma en sus aspectos probatorio y de titularización", en Revista del Notariado 937, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, jul-sep 2019, disponible en <http://www.revista-notariado.com>.

C.5. Seguridad jurídica y seguridad informática

Debemos ahora prestar atención a la distinción que existe entre la seguridad jurídica y la llamada "seguridad informática", que, a grandes rasgos, apunta a la protección de la privacidad, comunicación, integridad y confidencialidad de la información almacenada y compartida a través de sistemas y procesos informáticos.

Así, con respecto a esta separación conceptual, la citada XXXIII Jornada Notarial Argentina determinó que seguridad informática no es seguridad jurídica, y sumamos a ello que la XVI Jornada Notarial Iberoamericana⁷¹ (La Habana, 2014), concluyó que ambos conceptos son sumamente diferentes, y que existen determinados controles que no pueden ser suplidos por ningún sistema informático.

Sobre este punto, y específicamente en lo que hace al procedimiento previsto por el decreto 962/18, compartimos las apreciaciones de Di Castelnuovo y Falbo, quienes observan que "... se pretende dar a determinadas herramientas tecnológicas determinados alcances que no les son propios, confundiendo así los conceptos de seguridad jurídica con seguridad informática. Por ello debemos tener presente que al enfrentarnos al análisis de materias tan novedosas como la presente, donde las nuevas tecnologías se suelen presentar como sustitutivas de la función notarial, y, principalmente, como amenazas al logro de los fines más altos que la función notarial persigue, tales como la seguridad jurídica preventiva y la paz social en la esfera del imperio del derecho en la normalidad, observamos que se torna imprescindible dirigir nuestra atención a la esencia de la función jurídico-social del notario de tipo latino. Y allí encontraremos como fin máximo perseguido por el notariado, la función preventiva (*precaver*, o *cavere*) (...) evitando así controversias derivadas del aprovechamiento o desigualdad de las contraprestaciones, todo lo que conlleva, en última instancia, al logro de la mentada seguridad jurídica preventiva"⁷².

[org.ar/2020/06/una-adecuada-distincion-entre-la-firma-electronica-y-digital-y-el-rol-funcional-de-la-forma-en-sus-aspectos-probatorio-y-de-titularizacion/](https://www.argentina.gob.ar/2020/06/una-adecuada-distincion-entre-la-firma-electronica-y-digital-y-el-rol-funcional-de-la-forma-en-sus-aspectos-probatorio-y-de-titularizacion/)

71 XVI Jornada Notarial Iberoamericana, en Revista Notarial 979, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2015, p. 281 y ss. Los destacados nos pertenecen.

72 Di Castelnuovo, Franco; Falbo, Santiago. "Incidencias de las nuevas tecnologías en la función notarial", en LXXVII Seminario Laureano Moreira, 4 y 5/7/2019, Academia Nacional del Notariado, Ed. Júpiter, p. 193.

C.6. El sistema anglosajón y el sistema latino en este contexto

Destacamos, por último, que existen dos grupos de instrumentos para combatir el riesgo: los instrumentos que lo evitan y los instrumentos que lo compensan económicamente; de manera que no es lo mismo garantizar el fin pretendido con el negocio, que garantizar una compensación económica en caso de frustración (que es el riesgo) de la finalidad comercial. En este marco, el notario Tena identifica al seguro como un ejemplo de instrumento que no evita el riesgo, pero que lo compensa, lo cual es propio del sistema americano de transmisión inmobiliaria, que no impide que se reivindique una propiedad sino que indemniza en tal caso la pérdida económica sufrida, todo lo cual lleva a Vallet de Goytisolo a denominar a estos mecanismos *instrumentos de seguridad económica, pero no jurídica*⁷³.

Se desprende de ello que el control de legalidad y la calificación conforman uno de los pilares de los sistemas de seguridad jurídica preventiva, e integran la columna vertebral de nuestro sistema notarial de tipo latino, mas no de los sistemas de seguridad jurídica paliativa, que actúan *ex post facto*, proporcionando, por la vía del seguro, una indemnización al requirente defraudado en su expectativa. Es justamente por esto que la función notarial "ha sido calificada por la literatura económica con el nombre de '*gatekeeping*' (o función del guardabarreras)..."⁷⁴.

De allí que, al estudiar la certificación de firmas, Lascala señale que la función notarial se sustenta en la prudencia que, de la mano con el recto obrar, conducen al fortalecimiento de la seguridad jurídica y del tráfico comercial, y para tal logro "el certificante deberá analizar y leer el documento en cuestión, y si contuviera cláusulas o atestaciones contrarias a las leyes, a la moral o las buenas costumbres, o menciones que desvirtuaren la certificación de la firma propiamente dicha dándoles visto de certificación integral del documento, o si versare sobre negocios o actos jurídicos que requieran para su validez una forma instrumental específica y determinada (...) o por algún otro motivo importante que el escribano,

73 Tena Arregui, Rodrigo. "Valor del documento notarial", en AA.VV., *Suelo y vivienda en el siglo XXI*, 2005, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 271 y ss.

74 Tena Arregui, Rodrigo, "Valor del documento notarial", en AA.VV., *Suelo y vivienda en el siglo XXI*, 2005, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 274 y ss. El destacado nos pertenece.

conforme las reglas de la sana crítica, estime pertinente, debe excusarse de actuar sin que de ello pueda derivarse responsabilidad profesional ante la negativa del requerimiento", evitándose de esta manera "la circulación de documentos con una falsa imagen de validez y la desvirtuación del régimen legal imperante en materia de formas, introduciendo prácticas ajenas al sistema romanístico (como la del anglosajón de libertad formal), o las confusiones que en personas inexpertas puede originar la intervención notarial con otros fines que se le asignan erróneamente"⁷⁵.

Sumamos a lo dicho las consideraciones de Schmidt y Cosola, quienes enseñan que la industria del software se halla principalmente en los Estados Unidos, y es por eso que nos encontramos con la figura de la "autoridad certificante" en materia de firma digital, *al no existir en el sistema anglosajón el tercero imparcial que dota de fe pública a los actos jurídicos, controlando la legalidad y validez del consentimiento*, función que ejerce el escribano en el sistema notarial de tipo latino⁷⁶.

Concluyen entonces estos últimos autores que "cada vez que pensemos en tecnología y comencemos a tratar estos temas *nunca podemos dejar de lado que estas soluciones fueron pensadas a partir de la carencia de un notariado de tipo latino en el sistema anglosajón*". Sabiendo que seguridad informática no es seguridad jurídica, a partir de esta premisa debemos estudiar las soluciones que ellos encuentran a sus problemas. De esta forma se nos hará mucho más fácil comprenderlas y no caer en los errores habituales de creer que vienen a sustituir la profesión cuando en realidad no son más que nuevas herramientas al servicio de las personas, y en nuestro caso al servicio de la función notarial (...) Mientras que en los países de *common law* las modernas tecnologías [pueden] funcionar

75 Lascala, Jorge Hugo. "Certificación notarial de firmas e impresiones digitales", en Revista del Notariado 817, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, abr-may-jun 1989, p. 388 y siguientes. El destacado nos pertenece.

76 Schmidt, Walter C.; Cosola, Sebastián J. "Coexistencia de dos mundos: el impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico". Ponencia presentada en la XXXIII Jornada Notarial Argentina, San Carlos de Bariloche, 2018, p. 9 y ss., disponible en www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2018/jornada-notarial-argentina-xxxiii/TEMA_L_-_Schmidt-&-Cosola.pdf. Agregan en esta línea, junto a Gutiérrez Zaldívar, que el oficial que en general reconocen los países que presentan un sistema anglosajón es alguien que: cumple para el acceso mínimos requisitos formales (como tener la edad mínima requerida, y saber leer y escribir), no es un profesional del derecho, no brinda asesoramiento legal (salvo que sea abogado, lo que en la práctica es altamente infrecuente), y no puede aconsejar sobre la redacción jurídica de un documento.

de manera más eficaz para alcanzar, por estos medios, un mínimo de seguridad que no le brinda el sistema jurídico, en los demás países del notariado latino como el nuestro siempre serán herramientas útiles para acompañar los verdaderos fundamentos del derecho sustantivo..."⁷⁷.

C.7. Reflexión general

Los argumentos expuestos demuestran porqué no debe asimilarse la aplicación de una firma digital a una certificación de firmas, y reflejan cómo la actuación del escribano resguarda la seguridad jurídica en este contexto.

Insistimos, por ello, en que una cosa es equiparar la firma digital con la firma ológrafa, y otra muy distinta es hacerlo con la firma certificada. De allí que Lamber, al analizar el decreto 962/18, exprese que "... no es lo mismo un instrumento privado con firma certificada que un instrumento privado firmado digitalmente y solamente validado en ONTI. Para que el documento digital que se pretende inscribir en el Registro (boleto de compraventa) sea equivalente a la forma papel, *debe ser instrumento digital firmado digitalmente y también certificada notarialmente esa firma*"⁷⁸, agregando que este decreto se equivoca al señalar que es lo mismo una firma digital que una firma certificada, ya que "está violando directamente el art. 3 de la ley 25.506 y los arts. 287 y 288 del Código Civil y Comercial, porque no hay equivalencia. La equivalencia es entre firma certificada en papel y firma certificada digital; no firma certificada en papel contra firma digital solamente"⁷⁹.

77 Schmidt, Walter C.; Cosola, Sebastián J. "Coexistencia de dos mundos: el impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico". Ponencia presentada en la XXXIII Jornada Notarial Argentina, San Carlos de Bariloche, 2018, p. 9 y ss., disponible en www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2018/jornada-notarial-argentina-xxxiii/TEMA_I_-_Schmidt-&-Cosola.pdf. El destacado nos pertenece.

78 El destacado nos pertenece.

79 Lamber, Néstor D., "El documento notarial digital y su aporte frente a cuestionamientos jurídicos del documento". Extracto de la disertación brindada en la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado llevada a cabo el 26 de noviembre de 2018, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, publicado en Revista del Notariado 936, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, abr-jun 2019, disponible en <http://www.revista-notariado.org.ar/2020/03/el-documento-notarial-digital-y-su-aporte-frente-a-cuestionamientos-juridicos-del-documento/>

X. Conclusiones finales

Hemos abordado el tratamiento teórico-práctico del boleto de compraventa y de su registración, sus características a la luz de la normativa vigente y derogada, sus etapas de desarrollo, y su vinculación con las llamadas "nuevas tecnologías", sin dejar de dar nuestra opinión en cada uno de los debates planteados.

En este marco, hemos prestado especial atención a la tercera de las etapas identificadas, analizando el procedimiento previsto por el decreto 962/18 del Poder Ejecutivo Nacional y por la instrucción de trabajo 1/2019 del Registro de la Propiedad de la Ciudad de Buenos Aires; volcándonos de lleno, tras ello, a las críticas que el sistema ha recibido.

Finalmente, relacionamos estos desarrollos con el procedimiento de aplicación de firmas digitales y con el proceso de certificación notarial de firmas, concluyendo que una cosa es equiparar la firma digital con la firma ológrafa, y otra muy distinta es hacerlo con la firma certificada, por lo que estas figuras no deben ser asimiladas.

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENTE / Diego Leandro MOLINA

Unión Internacional del Notariado

Consejo Federal del Notariado Argentino (CFNA)

Encuentros plenarios de delegaciones

Relación con la Legislatura

Equipo de Comunicaciones Presidencia

Instituto de Documentación Digital

VICEPRESIDENTE 1° / Alicia Noemí BROCCARDO

Archivo de Actuaciones Notariales

Centro Institucional de Mediación

Departamento de Registros Especiales

Departamento de Inspección General

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

Tribunal de control de los RNRD

Comisión de Compromiso Social, Vivienda y Hábitat: Manuel José Carricajo (Presidente); Julia Irene Díaz; Francisco Alejandro Chicote; María Jimena Brusco; Emilio Ballina Benites; Carolina Boltiansky; Liliana Cossini; Pablo Javier Courett; Roberto Pablo Silbert.

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros:

Maximiliano Molina (Presidente); Vilma Claudia Roselló; Marina Susana Eyra Villar; Maisa Lorena Di Leo Recalde; Gabriela Dina Piccardo; Fernanda Morán de Cosola; Marcelo Falbo; Verónica Andrea Galiana; Ana Clara Sabatini Ayarra.

Comisión de Regularización Dominial: Marcela Voiscovich (Presidente); Carolina Rita Gerino; Esteban Bedoya; Cora María Barreto Peltzer; Juan Luis Cadierno; Luis Marinelli; Luciana Bernardo; Valeria Pierrot.

Comisión de Seguros: Pablo Alexander Balero Reche (Presidente); María Eugenia Grebol; Lidia Rossi; Armando Luis Arcone; María Belén Suares; María Cecilia Sardi; Maximina Zabala.

VICEPRESIDENTE 2° / Nelly Olga LÓPEZ

Tribunal Notarial

Asesoría Tributaria

Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Relación con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y el Ente Provincial

Instituto de Derecho Tributario

Comisión de Concursos: María Cecilia López (Presidente); Gastón Erramouspe; Estefanía Casati; Emiliano Raúl Villalba; Natalia Blasi Bucciarelli; Valeria Pepe; Estela Zubiaurre; Fabiana Balzano Scioletta.

Comisión de Noveles: Juan Andrés Bravo (Presidente); Agustín Valenti; Catalina Malara; Andrés Pianzola; Emilia Zylberg; Catalina Vattuone Marti; Emmanuel Ojeda Georgieff; Pilar Senra; Esteban Ebrecht (oyente).

Comisión de Bibliotecas: Graciela Curuchelar (Presidente); Fabiana Beatriz Ingrassia; Silvia Beatriz Salem; Marina María Copello (novel); Adela Lilia Marino de Vampa; María Guadalupe Eiras.

Comisión de Personas Jurídicas: Marcos Heredia (Presidente); Jano Pachó; Laura Isabel Bresso; Martín Leandro Russo; María de las Mercedes Lynn Berecibar; Marcela Alejandra Muscariello; Leonardo Daniel Villegas; Ariel Martín Moreno.

SECRETARIA DE GOBIERNO / Karen Maína WEISS

Asesoría Notarial Personalizada	Lavina; Guillermo Borges; Felipe Basanta; Milena García; Mario Germán Bordenave; Verónica Storti; Sebastián Ugalde; Gabriela Alejandra Vaccaro; Ana Antonieta Lavecchia; Laura Inés Vázquez; Pablo Adrián Álvarez; Delia María Miranda.
Coordinación de Gestión	
Relación con ARBA	
Relación con la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad	Comisión de Asuntos Fiscales y Administrativos: Brígida Gloria Raffo (Presidente); Osvaldo Natalio Togni; María Alejandra Re; Florencia Gómez; Nicolás Másoli; Bárbara Drake; Patricia Edith Montes; Juan Ignacio Rodríguez.
Relación con municipalidades	
Instituto de Derecho Registral	Comisión de Legislación y Jurisprudencia: Rodolfo Vizcarra (Presidente); Mariana Hefling; Daniela Villares; Juana Bovati; Andrea Fernanda Salvini; Marcela Spina; Gastón Renato di Castelnuovo; Franco Spaccasassi; María Losardo.
Comisión de Asesores Registrales: Magdalena de Vega; Alfredo Ceferino Troilo Marcos; Mariana Armendariz; Carlos Martín Pagni; María del Carmen Kiricos; Viviana Rita María Pellegrino de Scotto	

SECRETARIO DE ADMINISTRACIÓN / Patricio Rodolfo VILLAMAYOR

Desarrollos informáticos para la administración	Comisión de Personal y Administración: María Florencia Perés (Presidente); Juan Pablo González Fortini; Francisco Eitel Barreto Peltzer; Rodrigo Aguirre (novel); Estela Susana Luis; Marcela Pizarro; Nicolás Alejandro Ruzzante; Martín Guerrieri; Mariana Moral.
Departamento de Recursos Humanos	

SECRETARIA DE ASUNTOS PREVISIONALES / María Paula VELILLA

División Atención de la Salud	Comisión de Jubilaciones y Subsidios: Laura Susana Montani (Presidente); Roberto Adrián Favelis; Alicia Susana Salvatore; Susana María Wallace; María del Carmen Gaudino; Rebeca Waisman; Horacio Ramón Iribarren; Stella Maris Perdiel.
División Jubilaciones y Subsidios	
División Préstamos y Turismo	Comisión de Préstamos y Turismo: Gustavo Emanuel Mittica (Presidente); Juan Pedro Calou; Matías Wertheimer; Eugenia Irene María Bagnoli; Gustavo Görg; Pedro Ilarregui; María Florencia Moussou; Daniel Cristian Franco; Lorena Suanno.
Comisión de Atención de la Salud: María Nélica Dómina (Presidente); Natalia Martínez Dodda; Pablo Alejandro Di Giano; Silvina Verónica Bento; María Lía Iriarte; Haydée Sabina Podrez Yaniz; Raúl Alberto Borges; Juan Pablo Giannini; Ramiro María Flores; Aldana Miliozzi; Esteban Morcillo; Juan Esteban Fal; Gustavo Alfredo Silva; Mónica Esther Saluppo; Laura Marisa Patricio; María Fernanda Lorenzo Mendy; María Carolina Méndez.	

SECRETARIA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / Carina PÉREZ LOZANO

Boletín Informativo

Universidad Notarial Argentina (UNA)

Curso de Ética

Delegados de la Universidad Notarial Argentina

Escuelas apadrinadas

Comisión de Extensión Cultural: Otilia Zito Fontán (Presidente); María Cecilia Sacoski; Patricia Mónica Etchegoyen; María Sol Togni; Gerardo Agustín Clavin; Nilda Beatriz Rosa; Ana María Unchalo; Silvia Ugalde; Haydeé Susana Maggiolo.

Federación de Entidades Profesionales Universitarias (FEPUBA)

Fundación Editora Notarial (FEN)

Comisión de Género y Derechos Humanos: Susana Mabel Surace (Presidente); René Carlos Casas; Kelina Dinet López; María Andrea Sánchez Negrete; María Paula Etchart; Lucía Gianfrancesco; María Lucía Cajarville; Gabriela Samantha Porpich.

Revista Notarial

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

SECRETARIO DE APORTES / Andrés MARTÍNEZ (h)

Asesoría de Aportes

Echeverría; María Emilia Chalela; Romina Trentin; Sebastián de Salas; Sonia Mabel Cardozo; María Alejandra Valero.

Convenio con Fundación Æquitas

Comisión de Aportes: Marina José Catania (Presidente); Cintia Edith Pesciallo; Santiago Martín Taborda; Eugenia Inés Zarranz; Gustavo Aníbal Bras; Marcia Della Rosa; Jorge Daniel Biglieri; Josefina Laurens.

Comisión de Deportes y Recreación: Carla Merlini (Presidente); Fiorella Pía Cacace; Juan Manuel Espil; Julián Eduardo De Marco; Fausto Basanta; Francisco Amaya; Raúl Fernando Das Neves Vargas; Luciano José Loraschi.

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales: María de los Ángeles Pablos (Presidente); Alexis Baltazar Molina; Verónica

TESORERO / Juan Manuel AREA

Auditoría externa

Sitio web institucional (www.colescba.org.ar)

Redes sociales

App institucional

Taller de Producción Gráfica

Departamento Comunicaciones

Comisión de Bancos: Silvia Gabriela Giler (Presidente); Federico Lallement; Javier Francisco Santarone; Juan Antonio Vilanova (h); Enrique Javier Jonas; Fernando Olaberria; Benjamín Tenti; Francisco Calou; Amalia Suhilar.

Comisión Comunicaciones: Gonzalo Matías Vásquez (Presidente); Mariana Ronchetti; María Natalia

Sequeiro; Paula Benegas Laria; Cecilia Cuitiño; Carolina Andrea Martínez; María del Pilar Llorens Rocha; Isabel Rosana Soto.

Comisión Especial Registral: María Eugenia Monarca (Presidente); Gabriela Figueredo; Esteban Rafael Tisnés; Suplentes: Jorge Ignacio Cambet; Fernando de Salas; Gonzalo Ricardo Arizmendi.

Comisión de Finanzas: Diego Gustavo Giacomelli (Presidente); Franco de Zorzi; Christian Mauricio Flavio Troglio; Diego Ariel Hollmann; Nicolás Cavagna; Pedro Salvador Coccoza; Ignacio Agustín Vilhena; Eduardo Bras.

Comisión de Imprenta: Carlos Federico Ballestrin (Presidente); Luca Emanuel Paladino Toledo (novel); Gonzalo Castellar; Delfina Etchart; María Julia Vázquez; María Luciana Villate; Santiago Pinto; Fernando Riaño Laboranti.

PROTESORERA / María Beatriz AGUIRRE

Comisión de Edificios: Alejandro Alberto Glaría (Presidente); Rubén Santiago Stradiot; Eduardo Mario de Jesús Rivarola; Sandra Mirna Fernández; Ignacio Fioramonti; Ana Laura Bastián; Guillermo Agustín Lagier; Julio César Antollini.

Comisión de Hacienda: Juan Ignacio Cavagna (Presidente); Esteban Horacio Colabella; Simón Enrique Labaqui; Juan Matías Morrone; Gastón

Javier Bavera; María Florencia Segura; Eduardo Atilio Brizuela; Maricel Hermida; Cecilia Dubini; Hernán Itoiz; Marisa Alejandra Martín; Marta Catalina Loidi; José Luis Inda; Paola Julieta Pierri; Luis Eugenio Manassero Vilar; Diego Daniel de San Pablo; Mauro Lionel Antinori.

Organismos Notariales

Archivo de Actuaciones Notariales

Centro Institucional de Mediación

Directora: Graciela Beatriz Curuchelar
Secretaria: Carla Gabriela Balducci
Tesorera: Graciela Vilalta
Colaboradora: María Cristina García
Colaboradora académica:
Mariana Rospide

Departamento de Inspección General

Inspectora General: Olga Haydée Arreseygor
Cuerpo de inspectores:
Ana María Bucciarelli, Carlota Caracciolo, María
Cristina Catalano, Ramiro Hernán Ceballos Depaoli,
Silvia Elena Doratti, Julieta Glaría, María Antonia
Maggi, Paula Mariana Marelló, Luis Alberto Milani,
Virginia Milani, Evangelina Moreno, Selene Eva
Posteraro Sánchez, Matías Scandroglio, Martha
Susana Torre, Gladys Edith Verzeri

Departamento de Registros Especiales

(Registro de Testamentos, Registro de Rúbrica de
Libros de Consorcios de Copropietarios - Ley 13.512
y Registro de Actos de Autoprotección)
Directora: Claudia Maceroni

Fundación Editora Notarial

Comité Ejecutivo
Presidente:
Diego Leandro Molina
Vicepresidente y Directora Ejecutiva:
Alicia Noemí Broccardo
Tesorero: Juan Manuel Area
Secretaria: Karen Maína Weiss
Vocales: Juan Miguel Tamborenea y
Teresa María de los Milagros Gasparin

Tribunal Especial de Control del Funcionamiento de los RNRD

Miembros titulares:
María del Rosario Paso
Luis César Marinelli (h)
Osmar Ariel Pacho
Miembros subrogantes:
Luis Felipe Basanta
Silvia Nelly Fernández de Ayan



CONSEJO DIRECTIVO

Rector Sebastián Justo Cosola

Vicerrector Eduardo Gabriel Clusellas

Secretaria General Karina Vanesa Salierno

Prosecretaria Elba María de los Ángeles Frontini

Tesorero Fernando Sánchez

Consejeros

María Luján A. Lalanne

Néstor Daniel Lamber

Carlos Agustín Sáenz

Consejo Consultivo Honorario

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

Doctores Honoris Causa

Rafael Núñez Lagos (†)

José María Mustapich (†)

Carlos Alberto Pelosi (†)

Juan Vallet de Goytisolo (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

Sedes:
Avda. 51 N° 435
(B1900AVI) La Plata
Calle Guido 1841
(C1119AAA) Buenos Aires

Organismos con sede en el Colegio

Tribunal Notarial de la Provincia de Buenos Aires

Presidente: Cecilia Saling
Miembros Titulares:
Marcela Rapa
Gabriela Verna
Miembros Subrogantes:
Daniel Mayo
María del Rosario Paso
Alberto Malvino

Asociación de Jubilados y Pensionados Notariales

Presidente: Rubén Darío Barriviera
Vicepresidente: Leyla Leonor Palumbo de Acosta
Secretaria: Beatriz Alejandra López Cafasso
Prosecretaria: Beatriz Gladys Castrillo
Tesorera: Ana María Unchalo
Protesorero: Rafael Alberto Nievas
Vocales titulares
María Susana Torlo
Graciela Ángela Lobato
Martha Beatriz Salas de Mallo Rivas
Dora Rosa Mc Britton
Vocales suplentes
Gabriel Arturo García
Estanislao Raúl Vargas
Gladys Acosta de Peruggini
Revisores de cuentas
Alba Graciela Micheletti
Amanda Azucena Delavault
Lucía Elena Ruiz de Galarreta
Revisores de cuentas suplentes:
Mabel Eulalia Rodríguez
Adda Gramolini

REVISTA NOTARIAL ES MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN DE LA PRENSA TÉCNICA ARGENTINA

Distinciones recibidas:

Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1967 en la Categoría Revistas Especializadas
Premio APTA - RIZZUTO año 1974 a la Mejor Publicación Científica Argentina
Premio APTA - RIZZUTO año 1995 a la Trayectoria en la Categoría Publicaciones Científicas
Segundo Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1999 en la Categoría Publicaciones Científicas
Premio APTA - RIZZUTO año 2004 en Reconocimiento a la Trayectoria por sus 110 años de aparición ininterrumpida al servicio del periodismo especializado
Primer Accésit APTA - RIZZUTO año 2008 en la Categoría Revistas pertenecientes a Instituciones
Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas
Primer APTA - RIZZUTO año 2017/18 a la mejor Revista de Instituciones.

