

TEMA 3

ADULTOS MAYORES

Capacidad y vulnerabilidad. Vulnerabilidad digital. Directivas anticipadas. Actos de autoprotección y poder preventivo. Testamentos. Nombramiento e intervención de representantes y apoyos en documentos notariales. Poderes.

Coordinadores

Gonzalo M. VÁSQUEZ - vgonzalom@hotmail.com

María Cecilia LÓPEZ - mariacecilopez@hotmail.com

PAUTAS DE TRABAJO

Desde finales del Siglo XX, el mundo vive un evidente proceso de envejecimiento de su población, que, junto a los efectos del cambio climático y la revolución tecnológica, significan la mayor transformación demográfica y social desde la Segunda Guerra Mundial.¹

Según datos del informe "Perspectivas de la población mundial 2019", en 2050, una de cada seis personas en el mundo tendrá más de 65 años (16%), más que la proporción actual de una de cada 11 en este 2019 (9 %). Para 2050, una de cada cuatro personas que viven en Europa y América del Norte podría tener 65 años o más. En 2018, por primera vez en la historia, las personas de 65 años o más superaron en número a los niños menores de cinco años en todo el mundo. Se estima que el número de personas de 80 años o más se triplicará, de 143 millones en 2019 a 426 millones en 2050.

Las principales causas de este fenómeno son el aumento de la esperanza de vida producto de los avances en tratamientos y diagnóstico de enfermedades y la caída en la tasa de natalidad en todas las regiones del mundo, lo que conlleva a que existan cada vez más adultos mayores en las familias y la comunidad en general.

Consecuencia de ello es que en la realidad mundial actual, y producto del aumento de la expectativa de vida por avances médicos y científicos y que se han atrasado la maternidad y paternidad a edades más avanzadas, se observa un creciente número de hogares multigeneracionales, en los que en una misma familia pueden llegar a convivir una o más generaciones de adultos mayores vivos (padres, abuelos, bisnietos) que requieren en muchos casos de cuidados y asistencia en materias tanto físicas o de salud como recreativas,

¹ "El Envejecimiento de la población mundial". Diario La Nación. 12 de septiembre de 2023.

de rehabilitación y jurídicas, referidas estas últimas a la toma de decisiones, protección y ejercicio de derechos y otorgamiento de actos jurídicos que en muchos casos receptan derechos personalísimos.

Surgieron así nuevos términos y conceptos como los de Longevidad personal, consistente en el aumento en la expectativa de vida; *Gerontoglobalización*, referida al proceso de envejecimiento de la población mundial; y *Viejismo*, utilizado para referirse a la discriminación hacia los ancianos y que es causante del angostamiento de oportunidades, libertades y derechos.

Nuestro país no es ajeno a esta tendencia.

Si consideramos además que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, establece en su art. 2 que se entiende por persona mayor *“aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad de base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a 65 años”* y que en nuestro país la expectativa de vida hoy se encuentra en 78 años para hombres y 82 años para mujeres, vemos que se genera un grupo social denominado *“Personas Mayores”* que abarca un promedio de veinte años de vida durante los cuales los sujetos deben ser tutelados en sus necesidades y derechos.

En consecuencia, todas las sociedades son convocadas, como una de sus prioridades, a cuidar de los mayores entendiendo que la relación entre las dos generaciones en los extremos de la vida -los niños y los ancianos- ayuda también a las otras dos -los jóvenes y los adultos- a vincularse mutuamente para hacer la existencia de todos más rica en humanidad.

Como notarios, en tanto operadores del derecho y garantes de la seguridad jurídica en el ejercicio de una función pública, somos llamados a velar principalmente por los derechos de los más vulnerables, dentro de los cuales se encuentran los adultos mayores.

El notario brinda herramientas y asiste a las personas mayores en el ejercicio de sus derechos para que sus decisiones tengan respaldo legal y puedan ser ejecutadas.

En este sentido, **la 43 Jornada Notarial Bonaerense nos convoca a estudiar, analizar y sacar conclusiones sobre el rol del notario en la defensa, protección, promoción y concreción de los derechos de los adultos mayores.**

Es por ello que esta coordinación propone los siguientes temas:

1. LEGISLACIÓN

Nuestra Constitución Nacional establece en su art. 75 inc. 23 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”.

En este sentido se ha expresado la jurisprudencia nacional en diversos fallos y la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires al afirmar que las autoridades tienen la obligación de preservar el derecho a la salud como integrante del concepto general de derecho a la vida, según criterios sentados por la Constitución provincial, las constituciones provinciales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, supremas cortes provinciales y tribunales menores, contribuyendo no solo al cuidado de los adultos mayores sino a la perdurabilidad de nuestra sociedad.

La República Argentina ha sido pionera en el ámbito internacional instando desde el año 1948 hasta la fecha sobre la necesidad de que los Estados elaborasen convenciones internacionales sobre derechos de las personas mayores.

En consecuencia, en el año 1982 la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado un plan de acción sobre vejez destinado a los gobiernos de los Estados Parte, del que resultó luego la determinación en el año 1991 de los cinco principios de la ONU sobre personas adultas.

En el año 2002, las Naciones Unidas establecieron el segundo plan de acción de Madrid sobre adultos mayores que contiene derechos y libertades a tutelar y hace hincapié en la incidencia que tiene el cambio climático en el envejecimiento.

En el año 2010 se creó en el seno del mismo Organismo Internacional un Grupo de Trabajo para discutir la necesidad de la redacción de un Tratado Internacional Global sobre la materia, el que fue incorporado a la Agenda 2030 de la ONU.

Si bien en la actualidad no contamos aún con una pieza de derecho internacional global en la materia, en el año 2014 se creó dentro de la estructura de la ONU el cargo de Experto Independiente sobre Derechos de la Ancianidad, el que resultó fundamental durante la Pandemia efectuando denuncias por el acoso sufrido por adultos mayores al ser requeridos para liberar camas de hospitales en beneficio de los jóvenes; y en el año 2023 los Estados de Portugal y Brasil fueron designados como países facilitadores para lograr el texto final de la Convención.

No hace muchos años que se logró además que la Organización Mundial de la Salud eliminara de entre la nómina de enfermedades a la vejez como tal.

En el ámbito del derecho internacional americano contamos con la única Convención Internacional en el mundo que aborda la temática de los adultos mayores.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores fue aprobada en el año 2017, luego de un proceso iniciado en el año 2006 con la Declaración de Brasilia en la que los países sudamericanos, presididos por la Argentina, decidieron comenzar a trabajar en la redacción del acuerdo.

Es un documento único en la materia que se redactó en base a normas internacionales de lectura fácil.

Nuestro país adhirió al mismo mediante la sanción de la Ley 27.306 el día 23 de octubre de 2017, que le otorgó además jerarquía constitucional. Hoy son once los países del continente que adhieren a su texto.

El Tratado se estructura en los principios de autorregulación de la persona, independencia, participación, derechos de cuidados y derecho a la protección judicial, siendo el primer documento internacional que refiere a los cuidados como derechos y dotándolos de perspectiva de género.

Establece además una tutela judicial efectiva de los adultos mayores otorgándoles un trato preferente en el acceso a la justicia.

Tiene como eje central la autonomía, protegiendo la independencia de los adultos mayores, lo que se plasma en los arts. 5, 7, 16 y 30 del texto, garantizando la no discriminación y respeto por las diferencias, igualdad ante la ley, capacidad jurídica y derechos personalísimos sobre el cuerpo, la sexualidad, integridad e intimidad, libertades, patrimonio y vivienda.

Resulta interesante mencionar y consultar dos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictados en virtud del texto de la Convención, sobre dos casos ocurridos en Chile y Perú.²

Mención especial corresponde al art. 32 inc. 1° de la ley 9020/78, en tanto establece como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales, la edad de 75 años.

El mentado precepto, dispone una suerte de presunción *jure et de jure* en cuanto que quienes alcanzan la edad en cuestión, no estarían en condiciones para ejercer la función notarial solo por motivos de edad, lo que podría resultar arbitrario y discriminatorio, además

² Casos “Poblete Vilches y otros contra Chile” del 8 de marzo de 2018 y “Muelle Flores contra Perú” del 6 de marzo de 2019.

de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley consagrados en los arts. 27 y 11 de la Constitución Provincial, en los arts. 14 y 16 de la Carta Nacional y en tratados internacionales de rango constitucional (art. 75 C.N.).

Por lo tanto, se propone el estudio sobre la necesidad de modificar este precepto en base a los fundamentos generales planteados y la jurisprudencia aplicable al tema.

2. CAPACIDAD Y VULNERABILIDAD

Constituye uno de los pilares fundamentales del tema, y quizás el que mayores diferencias genera entre la doctrina, jurisprudencia y notarios en actividad.

Invitamos al abordaje del punto, con la intención de brindar pautas y conclusiones claras que nos permitan disipar las dudas y temores de colegas a la hora de atender los requerimientos de personas mayores, y que nos respalden al brindarles servicios notariales con la finalidad de no dejar desprotegido a este grupo social.

En este sentido, partimos de la base del art. 31 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece la presunción de capacidad de cualquier persona, con las excepciones previstas en el art. 32 del mismo cuerpo normativo al referirse a las restricciones a la capacidad.

Hoy tanto la legislación como la doctrina y jurisprudencia son contestes en que vejez y discapacidad no son sinónimos, sino que las restricciones a la capacidad solo deben determinarse cuando resultan estrictamente necesarias y en la medida de cada caso en concreto.

El concepto de capacidad restringida tiende hoy a buscar un “traje a medida”, dejándose atrás el concepto de discapacidad general, analizando cada caso en concreto y eliminándose la figura del curador o apoyo general (que solo se aplica en casos muy extremos), pasándose a un curador o apoyo para determinadas cuestiones o actos en los que la persona tenga su capacidad restringida (como por ejemplo administración o disposición de bienes). La designación judicial de curadores o apoyos en determinados actos no afecta la capacidad de la persona en otras cuestiones.

Las ciencias médicas acompañan este proceso, disipando dudas y aclarando que los adultos mayores suelen tener afectaciones varias (físicas y/o psíquicas) que no significan una discapacidad.

La gerontología distingue así hoy tres niveles de valores: 1. funcionalidad plena; 2. umbral de fragilidad y 3. umbral de dependencia; los que a su vez pueden verse afectados por

patologías de tres tipos: 1. enfermedad crónica o física, 2. enfermedad degenerativa o cognitiva y 3. enfermedad oncológica.

La persona mayor podrá transitar por uno u otro valor de acuerdo a su grado de vulnerabilidad física, cognitiva y social, los que no necesariamente derivan en un grado de dependencia que amerite una restricción a la capacidad. Quienes atravesaron un proceso de dependencia pueden además recuperarse hacia niveles de fragilidad o funcionalidad plena.

Por otra parte, y según estadísticas oficiales, hoy el 46 % de las personas que tienen una determinación de restricción a la capacidad son adultos mayores, los que además y por lo general tienen más de una afectación a su capacidad a diferencia de personas jóvenes con restricciones a la capacidad que tienden a presentar una sola discapacidad.

Invitamos a abordar así la cuestión sobre si el notario debe o no requerir certificado médico que determine suficiente discernimiento de la persona mayor, o si por el contrario corresponde al escribano discernir con las herramientas a su alcance, como el asesoramiento previo y el ejercicio del principio de intermediación, si el requirente mayor se encuentra en uso de sus facultades mentales.

Cabe tener en cuenta al respecto que las corrientes de gerontología médicas modernas descartaron el uso del certificado médico general sobre la capacidad de la persona, expedido antiguamente por el gerontólogo o médico clínico, y que fue reemplazado por la práctica de expedir certificados de capacidad por los profesionales de cada área médica (neurólogo, traumatólogo, psiquiatra, etc.).

Resulta interesante analizar además qué criterios debe tener en cuenta el notario a la hora de valorar el discernimiento de la persona mayor, siendo algunos ejemplos la comprensión de la realidad, grado de autonomía, desempeño de actividades básicas, comprensión, comunicación, ubicación en tiempo y espacio.

Sobre la vulnerabilidad de los adultos mayores, que puede ser causada por envejecimiento natural, estilo de vida como alimentación y ejercicio y/o factores de comorbilidad, los notarios estamos llamados como operadores del derecho, garantes de la seguridad jurídica y en ejercicio de una función pública, a atender la necesidad de este grupo social, sin caer en prejuicios y en cumplimiento de las normas nacionales e internacionales asistirlos en sus necesidades y voluntad jurídica.

Para ello el escribano deberá mantener un contacto directo con su requirente, no subestimando al adulto mayor, que es en definitiva el protagonista del acto notarial y

evitando la opinión de familiares, allegados o cuidadores que puedan sustituir su voluntad, lo que además representa el valor agregado de la intervención del notario persona humana por sobre la que pueda efectuarse por medios tecnológicos.³

En relación a la audiencia de asesoramiento o de intermediación con el requirente, cabe preguntarnos cómo debe realizarse, y qué parámetros deben tomarse en cuenta, siempre bajo la premisa de que no se tiene capacidad restringida solo por ser mayor, sino por lo que la sociedad percibe de éstos.

3. VULNERABILIDAD DIGITAL

Dado el avance de las tecnologías ocurrido durante los últimos años, acelerado además por la Pandemia, creemos que un tema importante a considerar es el de la vulnerabilidad digital en que pueden encontrarse los adultos mayores, al quedar al margen de procesos informáticos o digitalizados.

El notariado de tipo latino a nivel mundial marca una tendencia clara hacia la digitalización de los procesos notariales, producto de lo cual comenzaron a desarrollarse plataformas de actuación notarial remota o a distancia y herramientas que permiten o requieren realizar ciertos trámites de forma totalmente digital (como son en nuestro país los trámites de AFIP y otras reparticiones públicas).

El notario como operador del derecho debe capacitarse y actualizarse para brindar estos servicios de acuerdo con las necesidades de nuestro tiempo, y asesorar y acompañar a sus requirentes en la adaptación a estos procesos.

En este sentido, y en el campo del derecho al consumidor por ejemplo (contratos de *e-commerce*, contratos celebrados por internet) ya existen fallos judiciales contra empresas que buscaron explotar la vulnerabilidad del contratante.

En materia Legislativa contamos en nuestro país con la sanción de la ley 27.736, modificatoria de la ley 26.485, denominada Ley Olimpia, que regula los casos de violencia digital.

Asimismo, resulta interesante analizar la experiencia en la materia de legislaciones e iniciativas de otros países integrantes de la Unión Internacional del Notariado Latino, como la de España que ha diseñado una plataforma digital denominada “Documentos Notariales para Seniors” que busca eliminar la brecha digital como barrera para que los adultos

³ Al respecto la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci alertó sobre la intervención de familiares o allegados en los actos dispositivos de personas mayores, por cuanto muchas veces éstas son titulares de bienes y derechos que han adquirido producto de su trabajo y esfuerzo personal y que muchas veces son codiciadas por los primeros.

mayores accedan a servicios notariales online, facilitando a este grupo social su acceso a los mismos. La herramienta ha incrementado su uso en un 198 % entre los años 2021 y 2023.

4. INTERVENCIÓN EN LOS DOCUMENTOS NOTARIALES DE REPRESENTANTES Y APOYOS. NOMBRAMIENTO DE APOYOS

Otro de los temas de interés notarial es de la intervención en los actos notariales de representantes y apoyos de las personas adultas cuando haya sobrevenido una restricción a la capacidad declarada judicialmente, y en especial la calificación del notario en cuanto al nombramiento del mismo.

Como quedó expresado anteriormente, debemos partir de la base de que la legislación argentina presume siempre la capacidad plena de la persona. Solo en caso de que la misma se viera afectada por alguna restricción, ésta se deberá declarar en forma precisa por sentencia judicial.

La instancia de la acción de reducción de la capacidad puede corresponder a familiares, funcionarios judiciales de oficio o terceras personas según lo establezca la legislación de cada país, que a su vez puede requerir para ello de certificado médico que acredite la afectación.

A su vez las legislaciones nacionales difieren en cuanto a la participación de la persona en la elección de su apoyo, permitiéndola algunas jurisdicciones y otras no. Hay estados en los cuales la persona además puede ejercer un derecho a veto en la designación de su representante o apoyo.

En algunas legislaciones además se exige que la persona designada cuente con un certificado o título habilitante para ejercer la representación, y en otras se establece en suma que determinadas personas no pueden ejercer el cargo, como en el caso de los administradores de establecimientos de internación del adulto mayor.

Hay legislaciones que prevén prioridades entre personas para ejercer la representación (hijos, familiares, amigos, vecinos), y otras determinan que la tarea se encomiende a un proveedor de salud cuando la persona no tenga familia conocida.

Otras legislaciones recomiendan que no sean familiares sino terceros los que se encarguen del apoyo por cuanto en el primero de los casos podría haber intereses contrapuestos.

En algunos supuestos, y a pesar de la restricción a la capacidad declarada judicialmente, la legislación siempre reserva a la persona su libre voluntad de contraer nupcias o ejercer derechos personalísimos como por ejemplo el de testar.

Finalmente, y en cuanto a la designación de apoyo o representantes, existen sistemas en los que la misma se produce automáticamente y sin intervención judicial cuando sobreviene la causa de incapacidad certificada médicamente, y otros como el de nuestro país que siempre requieren intervención judicial. Asimismo, es materia de discusión doctrinaria sobre si puede designarse apoyo sin restricción a la capacidad, lo que es considerado positivamente por una parte de los autores, que ven en el representante una persona de cuidado o advertencia, y quienes se oponen a esta alternativa por considerarla una restricción a la capacidad de facto que perjudica la autonomía de la voluntad de la persona sana.

Y en este supuesto proponemos especialmente el estudio de la legislación española, que regula que la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad pueda prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes; incluyendo el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo. Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Invitamos desde la coordinación a estudiar los diferentes sistemas y de considerarlo oportuno proponer acciones que tiendan al mejoramiento u optimización del que rige en nuestro país.

En relación con la restricción de la capacidad son varios los fallos judiciales que se han dictado y en los que se establecen sus requisitos (entrevista personal con el Juez, informe social, informe médico) y que establecen que la capacidad de ejercicio en nuestra legislación solo puede limitarse en los casos prescriptos por el Código Civil y Comercial de la Nación.

El notario debe realizar una correcta lectura del fallo, teniendo en cuenta que los criterios jurisprudenciales actuales requieren que en la sentencia se establezcan los actos puntuales para los que se restringe la capacidad. En este sentido, podemos encontrarnos con pronunciamientos judiciales claros, en los que el Juez determine qué actos no puede realizar la persona sin asistencia del representante o apoyo (para todos los demás mantiene su plena capacidad); o fallos genéricos o poco claros, respecto de los cuales la doctrina recomienda

apelar para que se determine la restricción a la capacidad de acuerdo con estándares actuales.

Proponemos el análisis de la materia, a fin de despejar las dudas que pudiera tener el notario interviniente en la interpretación de la sentencia y sus alcances.

Cabe aclarar que la jurisprudencia ha sufrido un importante avance en la materia, evolucionando desde fallos que restringían la capacidad de la persona nombrando representante o apoyo cuando por ejemplo el sujeto se encontraba imposibilitado físicamente para realizar actos como el cobro de su jubilación, sin presentar limitaciones cognitivas (casos para los cuales puede resultar relevante el asesoramiento notarial tendiente a fomentar otras figuras como las del poder), hacia la corriente moderna en que la restricción es una excepción de última instancia y limitada a ciertos actos determinados, en los que incluso se ha considerado como válida la manifestación de voluntad de una persona por sonidos guturales o se ha permitido al sujeto que tiene una restricción a su capacidad decidir por sí en qué lugar desea vivir.

¿Qué sucede además con la posibilidad de ejercer por sí misma derechos personalísimos aún existiendo una sentencia que restringe la capacidad?

Contamos en este punto con la doctrina del Ministerio Público de la Provincia, y en especial de la Curaduría Oficial que tiene regulado en el Artículo 49 de la Resolución 983/16 del Organismo los casos en que interviene el representante.

El Ministerio Público ha determinado que no deben confundirse los casos en que se necesita la intervención de un apoyo o representante por una incapacidad sobreviniente, con los de la necesidad de un asesoramiento gratuito y de calidad sobre el acto, instancia en la que el notario tiene especial injerencia.

Finalmente, cabe analizar en relación con la actuación notarial si la intervención del apoyo o representante designado reemplaza en su totalidad a la del sujeto del acto o si éste último debe comparecer a otorgar el acto, en compañía del segundo, lo que dependerá de los alcances de la sentencia restrictiva.

En consecuencia, nos surgen las siguientes preguntas que invitamos a responder:

¿Cómo debemos operar los notarios frente a la declaración de capacidad restringida?

¿Qué debe requerir el notario al autorizar un acto con apoyos? ¿Basta solamente con la sentencia para acreditar la intervención del apoyo en los actos en que el sujeto tiene su capacidad restringida, o se necesita además orden judicial que autorice expresamente el

acto? ¿Y para los casos en que el sujeto no tenga su capacidad restringida, basta su sola intervención sin más o se requiere algún otro elemento como por ejemplo certificado médico?

5. ACTOS NOTARIALES DE CONTENIDO PATRIMONIAL

Adentrándonos específicamente en los actos notariales en los que suelen intervenir personas mayores, proponemos no detenernos en sus aspectos técnicos y especificidades genéricas, sino abordarlos desde la óptica de la intervención de este grupo social en particular, señalando su conveniencia, utilidad, efectos, en miras de la voluntad e intereses de las personas adultas. Poniendo especial atención en los deberes del notario (asesoramiento, recabar la voluntad y plasmarla en un documento, garantizar la libertad de expresión y adecuación de la voluntad a las intenciones de las partes) en relación con los más vulnerables.

Para ello resulta sumamente importante analizar el concepto y alcance del consentimiento informado, que debe basarse en información clara sobre las alternativas jurídicas, garantizar la comprensión del acto que se instrumentará y calificar la voluntariedad del sujeto en su otorgamiento.

Producto de los efectos de la Pandemia, observamos hoy en nuestra labor diaria un aumento en las consultas y autorización de actos notariales por parte de adultos mayores, que buscan en el escribano contención, asesoramiento y que sus actos tengan vigencia aún después de su fallecimiento, demandas que estamos llamados a satisfacer.

Sin pretender realizar una enumeración taxativa de actos notariales de contenido patrimonial que se adaptan especialmente a las necesidades de este grupo social, mencionamos los siguientes como posibilidad para su estudio; más allá de ciertos supuestos cuyo estudio proponemos con mayor detenimiento:

- Donaciones.
- Cesión de Herencia. Cesión sobre la ganancialidad.
- Partición por ascendiente.
- Reserva de usufructo y habitación.
- Mejora a favor del heredero con discapacidad.
- Pactos de herencia futura sobre explotaciones productivas.
- Partición societaria para evitar conflictos entre herederos.

- Indivisión hereditaria de todo o parte de la herencia.
 - Atribución de bienes en la partición de comunidades.
 - Derecho de habitación del cónyuge supérstite en particiones y cesiones de herencia.
- Derecho a seguir morando en la última vivienda familiar del causante.
- Régimen de afectación a vivienda con consecuencias sucesorias.
 - Legados (bienes, usufructo, uso, habitación, alimentos, prestaciones periódicas).
 - Testamentos.
 - Testamentos donde se dejen asentadas causales de indignidad.
 - Actos de Autoprotección.
 - Consentimiento informado en prácticas médicas.
 - Fideicomiso testamentario. En especial cuando el mismo se constituye en favor de un adulto mayor con capacidad restringida.
 - Poderes. Merecen un capítulo aparte por cuanto resultan una herramienta eficaz a la hora de asistir a adultos que se encuentran imposibilitados de desplazarse físicamente, pero que no presentan alteraciones cognitivas. El notario interviniente deberá poner especial cuidado y atención en el asesoramiento sobre sus alcances y contenido y respetar la voluntad del requirente, evitando agregar facultades que excedan las solicitadas por pedido de los apoderados.

En relación a la mejora estricta en favor del heredero con discapacidad contemplada en el artículo 2448 del Código Civil y Comercial, cabe aclarar que la misma no sólo puede abordarse desde la perspectiva del adulto mayor en relación con un descendiente que sufra alguna discapacidad, sino que el mismo artículo permite realizarla en beneficio de un ascendiente (que puede ser un adulto mayor) que se encuentre en estado de vulnerabilidad, sin ser necesario para ello que tenga su capacidad restringida (según lo ha entendido la jurisprudencia). En otras palabras, puede recurrirse a esta mejora en beneficio de un adulto mayor ascendiente.

Invitamos asimismo a analizar figuras contempladas en legislación comparada como:

- Contrato de Alimentos (que rige en la legislación española).
- Hipoteca Inversa.
- *Cohousing*.

Así pues, proponemos el estudio de ciertos supuestos específicos:

El instituto de la donación, con reserva de usufructo / con cargo

Considerando que el cargo puede tener contenido patrimonial o extrapatrimonial, puede desarrollarse como opción para definir ciertas cuestiones patrimoniales del disponente.

Transferencia de la nuda propiedad con reserva de usufructo

Herramienta que puede resultar de utilidad para los casos en que una persona adulta mayor decidiera transferir el dominio a un tercero a título gratuito (como agradecimiento por los cuidados prestados) u onerosa (para costear gastos de salud o internación) reservándose para sí el derecho real de usufructo.

Contrato de renta vitalicia

Regulado en los arts. 2070 a 2088 del Código Civil, sigue siendo en la actualidad una figura poco utilizada que consiste en la firma de un contrato por el cual una persona (constituyente) entrega un capital u otra prestación mensurable en dinero a otra (deudor), que se obliga a pagar una renta en forma periódica, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato (cabeza de renta).

La obligación de pagar la renta vitalicia se extingue con la muerte de la persona en cabeza de quien ha sido constituida, y esa cabeza de renta debe determinarse en el contrato inicial.

En el caso de las personas adultas mayores sugerimos el abordaje del contrato como forma de garantizarse la seguridad económica necesaria para transitar su vejez de una manera digna.

Podremos sugerir la celebración de este contrato, toda vez que nos encontremos con requirentes que siendo titulares de un bien pueden contratar una renta vitalicia periódica, lo que les permitirá percibir ingresos para afrontar sus gastos de mantenimiento, además de satisfacer necesidades básicas, o en ocasiones, por ejemplo, en donde las personas mayores cuentan con una vivienda, pero que les sea imposible mantenerla o no dispongan de recursos para solventar los gastos corrientes.

Habrán quienes prefieran reservarse el usufructo además de obtener la renta y otros que quizás utilicen las rentas para pagar el alquiler de otra vivienda y sus gastos, o de una residencia para adultos mayores.

Lo importante es que esta modalidad podría permitirles a las personas mayores, transitar por una vejez tranquilamente. Las posibilidades de este contrato son variadas y es por ello

que resaltamos la importancia de la audiencia notarial, donde escuchar los deseos de la persona, nos indica cuales serían las mejores herramientas que se ajustan a su voluntad, para que ellos puedan tomar sus propias decisiones, sentirse seguros de sí mismos y vean garantizados sus derechos.

Otra de las variantes que encontramos es que, en garantía del cumplimiento de la renta, el deudor constituya hipoteca en primer grado sobre el inmueble que recibe. El monto estimado de la hipoteca suele fijarse en una suma equivalente al valor del inmueble, para cumplir el principio de especialidad.

Emprendimientos inmobiliarios de *cohousing*

Buscando garantizar el derecho humano de acceso a una vivienda digna, para satisfacer las necesidades especiales de las personas mayores, proponemos ahondar en el estudio de diferentes soluciones habitacionales para este grupo poblacional.

Profundizando especialmente en el estudio de las viviendas colaborativas (*senior cohousing*) con las siguientes características: debe ser un proceso participativo, con diseño intencional, servicios comunes, autogestión y promoción. De esta manera además de brindar el acceso a la vivienda de una persona adulta, se fomenta un estilo de vida en el que prime el intercambio social, evitando la tendencia al aislamiento de la persona promoviendo un envejecimiento activo y saludable.

Fideicomisos

Dentro de este supuesto, proponemos el estudio de distintas variables, de entre las que destacamos:

fideicomiso de administración: si dentro del patrimonio de la persona adulta mayor existieran bienes que requieran conocimientos específicos para ser administrados (una empresa o un establecimiento comercial o agropecuario), existe la opción de constitución de un fideicomiso para la administración y explotación de éstos. De esa forma se transfiere la propiedad a un fiduciario (ya sea persona física o jurídica) con aptitudes para su manejo. El fiduciario deberá administrarlos conforme las pautas que establezca el fiduciante, y los resultados se podrían utilizar para atender gastos y necesidades del fiduciante o los beneficiarios designados, debiendo entregar los bienes a los designados fideicomisarios al vencimiento del plazo o extinción del fideicomiso.

Hipoteca inversa

La operatividad de la hipoteca inversa también puede ofrecerse como estrategia jurídica para garantizar una vida digna a las personas mayores, permitiendo al titular de un inmueble solicitar un préstamo, garantizando su propiedad, sin estar obligado a hacer pagos mensuales mientras él habite en dicho inmueble. De esta manera la hipoteca genera una renta potencial.

Esta figura está consagrada en el derecho español, siendo pensada para personas que tienen un inmueble en su patrimonio, pero que cuenten con pocos recursos para mantenerlo. En otras palabras, el adulto mayor podrá obtener un crédito que le permita obtener un ingreso extra sin necesidad de vender su vivienda. Constituye una modalidad específica de préstamo hipotecario, y mientras el propietario viva en el inmueble no se requiere hacer pagos mensuales, diferenciándose así de otros tipos de hipoteca. El crédito puede entregarse en cuotas mensuales, durante un lapso que se calcula evaluando los años de expectativa de vida promedio de quien lo solicita y el valor del inmueble.

El deudor no está obligado a devolver suma alguna al acreedor, ya que el crédito será exigible a partir de su fallecimiento.

Los herederos del deudor podrán optar por abonar el crédito y cancelar la hipoteca o dejar que el inmueble sea subastado.

Si abonado capital, intereses y costas quedara remanente será liquidado a los sucesores.

Poderes/Mandatos

Dentro de la teoría general de los poderes/mandatos encontramos varias opciones y posibilidades que le brindaran al adulto mayor un medio para lograr la colaboración de otras personas en cuestiones de distinta índole que puedan llegar a necesitar.

Es así que dentro de este vasto tema, proponemos el estudio de cualquiera de todas las variables posibles para brindar una solución que se adapte a las necesidades de este grupo etario.

Ahora bien, la principal característica del instituto del poder / mandato, es que cesa por fallecimiento o incapacidad sobreviniente del otorgante.

6. ACTOS NOTARIALES DE CONTENIDO EXTRAPATRIMONIAL

En el campo de los actos extrapatrimoniales nos encontramos con varias figuras que brindan seguridad jurídica al adulto mayor, cuando siendo plenamente capaz, expresa su voluntad en lo relativo a ciertas cuestiones que quisiera se llevaran a cabo efectivamente, en el supuesto de pérdida de su capacidad.

En consecuencia, resulta de trascendencia para esta Jornada el estudio de los **Actos de autoprotección y directivas anticipadas**.

La figura ha tenido una gran evolución en los últimos años y como consecuencia del aumento de la longevidad de las personas, se hace sumamente importante su análisis y estudio.

Ya desde el año 1996, los notarios Luis Rogelio Llores y Nelly A. Taiana de Brandi, publicaron el libro “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, brindando claras pautas para el desarrollo de un tema que para entonces era de enorme innovación.

Era así, según el prólogo a esa obra realizado por el Dr. Eduardo Zannoni, “un planteo auténticamente novedoso que, conjugaba categorías tradicionales, pero en su estructura y fines constituía un elemento de última generación”.

Desde los más de 30 años que transcurrieron desde su publicación, si bien existe normativa aplicable al tema, es este encuentro académico el marco adecuado para seguir profundizando el análisis de esta cuestión de tanta actualidad y necesidad de efectiva y continuada aplicación.

El acompañamiento notarial del adulto mayor puede materializarse a través de diferentes figuras jurídicas.

En este apartado, proponemos el estudio de aquellas opciones que busquen la protección del adulto, a través de un instrumento, por el cual él mismo, siendo plenamente capaz, disponga acerca de las medidas de protección de su persona o sus bienes para el supuesto de volverse incapaz, existiendo para ello según la doctrina diversas variables jurídicas:

Testamento vital

Directivas anticipadas

Disposiciones para la propia incapacidad

Decisiones o declaraciones vitales de voluntad

Actos de autoprotección

En definitiva, proponemos profundizar el análisis de aquellos documentos en los cuales, la persona plenamente capaz, expresa su voluntad en lo relativo a sus bienes o supuestos de

aceptación o rechazo de determinados tratamientos y/o terapias y/o los cuidados que deberán realizarse en el supuesto de enfermedad terminal y/o pérdida de su capacidad, sea que ésta se manifieste verbalmente o por escrito.

En relación con la legislación argentina, no existe en la actualidad norma expresa que los regule. Sin embargo, su reglamentación surge de diferentes normativas, que seguidamente se detallarán.

Los actos de autoprotección son decisiones autorreferentes que se desarrollan dentro de la esfera privada de cada ser humano. Estos actos son de carácter preventivo y cada instrumentación es única y especial. El nacimiento de esta figura converge dentro del ámbito notarial y surgen a requerimiento de las personas por diversas situaciones cotidianas de la vida.

Cuando efectivamente ese derecho se pone de manifiesto y es ejercido por las personas, es que nos encontramos frente a un “acto de autoprotección”, “estipulaciones para la propia incapacidad”, “voluntades anticipadas”, “directivas anticipadas”, siendo estas algunas de las vertientes en donde se pone en juego el derecho a disponer sobre la propia incapacidad.

Mas allá de las distintas acepciones del tema en cuestión, la denominación autoprotección se adoptó a partir de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Veracruz, México, en el año 1998.

En consecuencia, resulta que autoprotección, es un término de doble acepción. Alude al **derecho subjetivo** de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su cuerpo, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su capacidad, encontrando su fundamento en el respeto a la libertad, la dignidad, la igualdad de las personas y la autonomía de la voluntad.

Y refiere también al **acto jurídico** a través del cual se ejerce ese derecho subjetivo, o el documento en el que el otorgante deja plasmada su voluntad en relación con los tratamientos médicos futuros y su patrimonio y con la manera en la que desea vivir en caso de no poder valerse por sí mismo.

Sugerimos analizar en primer lugar, el proyecto de ley que fuera presentado en el año 2022, como LEY NACIONAL DE AUTOPROTECCION Y PODERES PREVENTIVOS, que tiene estado parlamentario, en cuanto brinda claras pautas de actuación notarial en el referido tema, pudiendo estudiar anticipadamente distintos supuestos de incumbencias notariales en el tema.

El contenido de los actos de autoprotección puede ser, entre otros supuestos, cuya profundización se propone:

- Disposiciones para la vida cotidiana – calidad de vida (por ejemplo, cuidados personales, compañías y/o apoyo, lugar de residencia, etcétera).
- Elección y rechazo de la persona que desea como eventual administrador, curador o cuidador.
- Directivas patrimoniales sobre la administración y disposición de sus bienes.
- Directivas anticipadas de salud: designación de la persona que decida sobre cuestiones de salud, aceptación o rechazo de tratamientos médicos, lugar y condiciones de internación (Ley 26.529), ya sea para limitar los esfuerzos terapéuticos o para permitir todo lo que la ciencia pueda hacer.
- Cuestiones relativas a la identidad digital del sujeto.

Respecto de las **directivas anticipadas**, las mismas han de señalar la decisión del otorgante sobre cuestiones relativas a su salud, a los tratamientos aplicables al mismo, a su forma de transitar su muerte y hacerla de forma digna, debiendo aplicárselas durante la vida del otorgante y hasta el último momento.

No debemos confundir estas directivas y/o decisiones que se aplican en vida, con cuestiones que -ya sean de índole patrimonial y/o extrapatrimonial- se aplicaran desde el momento mismo del fallecimiento de alguien, a través del testamento oportunamente otorgado. Este delgado segundo entre la vida y la muerte, hacen a la diferencia del instituto que deberá aplicarse.

Siguiendo las pautas brindadas en la ley 26.742, su texto nos indica qué tipo de directivas pueden llevarse a cabo, diferenciándolas del del instituto de la eutanasia, que no esta permitido en nuestro país; siendo definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como aquella "acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente".

El estudio del tema de las directivas medicas anticipadas permitidas, se relaciona directamente con el contenido de ciertos documentos que pueden autorizar los notarios.

En este orden de ideas, el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Es así, que el paciente que curse una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en

forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de 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 (ensañamiento terapéutico). También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

A su vez, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir, en los términos de la Ley 26.061, a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

El instituto en estudio fue receptado por el legislador en el art. 60 del CCyC, y se refiere a la posibilidad de que cada ser humano pueda adoptar decisiones concernientes a su propia vida, sobre las que desee disponer una persona frente a una eventual disminución o pérdida de su discernimiento. Constituyen un documento unilateral donde convergen manifestaciones voluntarias sobre instrucciones que realiza una persona, con el objeto de que surta efecto cuando no pueda expresar su voluntad y revisten el carácter de esencialmente revocables. Puede decirse que es una forma de consentimiento informado por anticipación.

El otorgamiento de directivas anticipadas constituye un acto unilateral, en donde se reconoce como causa el Derecho de Autoprotección, y consecuentemente no se extingue por la incapacidad sobrevenida del otorgante.

Si bien, el legislador omitió hacer referencia en el artículo referido a la forma en que deben instrumentarse las directivas anticipadas, por lo que se infiere que sobre el instituto rige la libertad formal, creemos pertinente la aplicación de lo dispuesto por la ley 26.529 respecto a la temática y recomendar la intervención del notario a través de la escritura pública como la forma instrumental más adecuada para este tipo de actos, en virtud de su especialísimo contenido, la importancia de su eficacia, conveniencia y la publicidad.

En la mencionada ley, se indica claramente cuál es el significado del término Consentimiento Informado, que es de carácter obligatorio para los profesionales médicos actuantes, y que se caracteriza como aquella declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a diferentes alternativas

médicas, garantizando la comprensión del acto que se realizara y calificando la voluntariedad del sujeto en su otorgamiento.

Incluye también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable.

En definitiva, la norma se fundamenta en el derecho inalienable de toda persona a optar, mientras es capaz, del modo en que quiere sobrellevar el último tramo de su existencia.

De forma vinculada, con el tema que nos ocupa, proponemos el estudio específico de diferentes figuras y/o institutos, que brindan elementos para llevar a cabo el modo en que una persona adulta pueda disponer de su patrimonio.

Resulta interesante también abocarnos al estudio del sistema de registración de tales actos, para darles conocimiento y oponibilidad a los terceros, considerando que los instrumentos objeto de estudio son portadores de ciertas declaraciones de voluntad unilateral, vinculante, pero no ya para quien las realizó; sino para terceros (familiares, médicos y jueces), y atañen al declarante, a su propio interés personal y patrimonial, precisamente para cuando él no esté en condiciones de gobernar su persona o su patrimonio.

En este punto, resaltamos la posibilidad de anotar en el registro especial de actos de autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, creado el 23 de abril del año 2004, todos los actos de ese tipo que se autoricen, fomentando su estudio y desarrollo para lograr una mayor utilización del registro.

Se genera en consecuencia una forma de consulta eficaz, ya que, con la inscripción, la persona otorgante del acto, se asegura que sus decisiones queden asentadas en un registro único, que permita conocer fehacientemente, cuándo y ante quién las expresó. Esto le permitirá que se haga valer su voluntad ante la eventual intervención de terceras personas que pretendan modificarla.

Se trata de un registro reservado, que sólo podrá ser consultado por el otorgante, el juez competente o, eventualmente, las personas autorizadas por el requirente para solicitarlo.

Recordamos que los jueces en el ámbito de la provincia de Buenos Aires tienen la obligación de librar oficio al Registro de Autoprotección al momento de iniciarse un procedimiento de determinación de la capacidad, a fin de que se les brinde información acerca de si la persona por la cual se solicita ha dispuesto o no la designación de una persona con fines de

asistencia, conforme los términos del art. 619 bis del Código de Procedimiento Civil y Comercial.

Podere/Mandatos preventivos

Poder preventivo: es el acto jurídico unilateral otorgado por una persona humana a favor de una o más personas humanas o jurídicas para que la representen en determinados actos en previsión de la pérdida del discernimiento o autonomía del poderdante. Se aplican las normas generales de la representación voluntaria.

Mandato preventivo: es el contrato por el cual una persona humana encomienda a otra u otras personas humanas o jurídicas, y éstas se obligan, a realizar uno o más actos jurídicos, en interés de la primera, en previsión de su pérdida de discernimiento o autonomía. Se aplican las normas generales del mandato.

La particularidad de las figuras es que los actos se autorizan para que surtan efectos jurídicos a partir del acaecimiento de alguna condición relacionada con la edad del otorgante o con alguna discapacidad sobreviniente, de modo tal, que no se extingue ante el acaecimiento de estos supuestos.

Resulta de interés especial el tratamiento que de la figura realiza el derecho español.

Testamentos

Dentro de este tema, existen enormes y amplias posibilidades para profundizar opciones que brinden al adulto mayor la definición de destino de su patrimonio para **después de su fallecimiento**.

Es importante brindar, al momento del asesoramiento, distintas opciones que sean instrumentos de colaboración para el adulto mayor, que los ayude a decidir cómo quiere que se disponga su patrimonio luego de su muerte.

Sugerimos avanzar en el estudio del tema enfocado en este grupo social, analizando las amplias y variadas posibilidades que nos da el instituto del testamento, en sus distintas variables: ológrafo o por instrumento publico, las fortalezas y debilidades de cada opción.

Así aparece la figura del testamento por acto público, que conforme el art. 2462 del Código Civil y Comercial establece que las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas,

mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; incluyendo en ese acto disposiciones extrapatrimoniales.

Es decir, que un adulto mayor, puede beneficiar a través de un testamento a las personas que se dediquen a su cuidado o realizar planificación sucesoria, pudiendo, por ejemplo, mejorar a un heredero con discapacidad, establecer indivisiones post comunitarias en beneficio de sus hijos menores de edad o su cónyuge supérstite y resolver cualquier inquietud que tuviera para luego de su fallecimiento.

Asimismo, podría disponer se constituya un fideicomiso testamentario, que, si bien se encuentra dentro del concepto general de testamento, se trataría de un supuesto más específico, considerando la complejidad de la figura y el necesario asesoramiento profesional para llevarlo a cabo.

Se podría disponer que el testador, como fiduciante, deje instruido que se transmita la propiedad fiduciaria de determinados bienes de su haber relicto, a favor de un heredero o legatario particular, en ambos casos como fiduciarios, para que éstos detenten la propiedad objeto del legado, en beneficio de quien indique la disposición testamentaria (beneficiario), con la manda de entregar esos bienes y sus acrecimientos, al cumplimiento de un plazo o condición, a un heredero, heredero instituido o legatario en carácter de fideicomisario.

Deberá contener ciertas enunciaciones requeridas por el art 1667 y no afectar la legítima de los herederos forzosos, pudiendo preverse la mejora al heredero con discapacidad. En el caso de que el fiduciario no acepte la designación, se aplica el art. 1679 del CCyC, por lo que es recomendable, que el testador nombre a un sustituto o establezca la forma de elegirlo, ya que de lo contrario deberá ser designado judicialmente.

Un aspecto importante a estudiar en lo relacionado a los actos notariales, sean estos de contenido patrimonial o extrapatrimonial en los que intervengan adultos mayores, es el de la posibilidad del notario de desplazarse al domicilio del requirente para asesorarlo a la hora de autorizar el acto, y ante la imposibilidad de éste de desplazarse, lo que suele ser frecuente en esta franja etaria.

Teniendo en cuenta que el notariado bonaerense está presente en los 135 partidos de la Provincia, ello puede dotar a nuestra función un valor agregado en la atención de grupos vulnerables.

En este sentido, cabe preguntarnos qué cuestiones debemos tener en cuenta como escribanos, en especial en el contenido del documento, para que nuestros actos en esas instancias sean plenamente válidos.

CONCLUSIÓN

Sin pretender con estas pautas limitar la temática de la intervención de los adultos mayores en actos notariales, y la función del notario en la atención, asesoramiento e instrumentación de estos documentos, invitamos a todo el notariado de la provincia, nacional, internacional, profesionales de otras ramas, estudiantes y todo aquel que participe de estas Jornadas, a abordar estas aristas, no desde sus consideraciones generales, sino aplicadas a brindar soluciones y asistencia a este grupo social, con la finalidad de disipar dudas y temores en miras a que nuestra función cumpla acabadamente con su finalidad de abarcar los actos más importantes de la sociedad, desde que la persona nace y aún hasta después de su fallecimiento.