

44 JORNADA NOTARIAL BONAERENSE

TEMA 1. ACTOS Y CONTRATOS CON EFECTOS EN TERCERAS PERSONAS

a. Intervención por sí o por otros. Representación voluntaria, orgánica y legal. b. Poder. Mandato. Mandato sin representación. Mandato oculto. c. Gestión de negocios. Compra en comisión. Estipulación a favor de terceros. d. Compra por y para menores de edad. e. Representación y asistencia. Apoyo. Tutela y curatela.

Coordinador: Not. Rodolfo VIZCARRA (rvizcarra@grisoliayvizcarra.com.ar)

Subcoordinador: Not. Claudio F. ROSELLI (cfrosselli@gmail.com)

PAUTAS

Introducción

Las presentes pautas procuran delimitar el eje temático del Tema I, proponiendo un marco común de trabajo para quienes elaboren ponencias, trabajos y presentaciones gráficas. El hilo conductor es la incidencia de terceros en la contratación y en los actos jurídicos en general, ya sea porque intervienen por sí o por otros, porque quedan incorporados como beneficiarios o destinatarios finales, o porque, sin haber participado en el otorgamiento, resultan alcanzados por los efectos del acto en el plano obligacional, real o registral, sin perjuicio de otros efectos indirectos como los sucesorios o tributarios. En ese recorrido, el Tema I también comprende un segmento especialmente sensible relativo a la actuación en nombre o con intervención de personas en situación de vulnerabilidad, en particular niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad y personas mayores. La representación legal de los menores de edad, así como los institutos de tutela y curatela y, con un protagonismo creciente, las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, obligan a replantear cómo se construye, se accredita y se controla la legitimación para otorgar actos, cómo se documenta la intervención de quienes asisten o representan, y qué recaudos deben extremarse para asegurar accesibilidad, comprensión y resguardo de la voluntad, evitando tanto la sustitución indebida como la denegación de acceso al servicio notarial. En este punto, la lectura e interpretación de las sentencias, la delimitación de funciones y actos alcanzados y la identificación de barreras prácticas en la actuación notarial, constituyen un marco ineludible para orientar las discusiones que se propongan en la jornada. El Código Civil y Comercial de la Nación ofrece una arquitectura sistemática distinta a la del Código Civil derogado, lo que impone necesariamente una revisión crítica de fórmulas tradicionales de la práctica escrituraria y de la calificación registral que se consolidaron bajo el régimen anterior y que, aun cuando continúan utilizándose, no siempre se acomodan sin fricciones a las categorías y a los presupuestos

actuales. La experiencia demuestra que expresiones tales como “por cuenta de”, “por y para”, “para su hijo”, “en comisión”, “por persona a designar” o “para tercero” pueden encubrir realidades jurídicas heterogéneas y, por ello mismo, conducir a soluciones divergentes si no se explicita con precisión la causa del negocio, la estructura obligacional involucrada y el itinerario de transmisión patrimonial efectivamente querido por las partes.

Cabe recordar, además, que esta problemática no es novedosa en el ámbito notarial. Ya en el año 2009, en el marco de la JNB realizada en la ciudad de Necochea, el notariado argentino abordó estas cuestiones vinculadas a la actuación por sí o por intermedio de terceros, a las fórmulas de adquisición y a los riesgos de ambigüedad conceptual en la instrumentación de determinados negocios jurídicos. Sobre la base de los debates y conclusiones construidos en aquella oportunidad, y teniendo especialmente en cuenta el profundo cambio de régimen que supuso la transición desde el Código Civil de Vélez Sarsfield a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta hoy pertinente, transcurridos ya dieciséis años, replantear el tema a la luz de una nueva realidad jurídica, social y tecnológica, que interpela de manera directa tanto a la dogmática como a la práctica notarial y registral.

El propósito de estas pautas no es clausurar la discusión con soluciones uniformes, sino identificar zonas grises, exponer preguntas relevantes y alentar a que se propongan tesis alternativas, siempre con apoyo en el régimen vigente. En un ámbito como el notarial, donde la prevención del conflicto se apoya en la precisión documental, el modo de redactar importa tanto como la calificación jurídica que se adopte. Bajo esa premisa, los trabajos podrán abordar supuestos fácticos típicos, calificando los institutos que se consideren aplicables o las alternativas de encuadre, y justificar por qué una solución resulta preferible a otras, atendiendo a la seguridad jurídica, a la tutela de la buena fe y a la coherencia con el sistema de nuestro ordenamiento jurídico.

Representación y actuación por sí o por otros

El primer gran capítulo de nuestro Tema I abarca la intervención por sí o por otros, con especial atención a la representación voluntaria, orgánica y legal, y a su articulación con la asistencia mediante sistemas de apoyo, tutela y curatela. El Código Civil y Comercial regula la representación como técnica de imputación y organiza un régimen que obliga a precisar, en cada caso, si quien comparece lo hace en nombre y por cuenta del representado, si actúa en nombre propio por cuenta ajena, o si interviene con funciones de asistencia o acompañamiento en el ejercicio de la capacidad jurídica.

En materia de representación voluntaria, la figura del poder impone revisar cuestiones clásicas, hoy atravesadas por un mayor estándar de control de suficiencia y por la necesidad de coherencia entre la letra del instrumento y el acto a otorgar. Resulta fértil orientar trabajos hacia problemas tales como la

delimitación del alcance de las facultades, la necesidad de atribuciones expresas para actos determinados, la compatibilidad entre poderes generales y actos de disposición relevantes, y la subsistencia del poder frente a situaciones de revocación, muerte o restricción a la capacidad del poderdante. Se sugiere, asimismo, plantear preguntas vinculadas con la conservación de la seguridad del tráfico cuando el tercero contratante ha actuado confiando en la apariencia de facultades, y con el estándar probatorio que corresponde exigir para admitir o descartar esa confianza legítima en el marco del instrumento público.

La representación orgánica, propia de las personas jurídicas, añade la problemática del órgano competente, de la personería y de la oponibilidad de limitaciones internas. En este tramo, el Tema I habilita a interrogar hasta dónde puede el notario basarse exclusivamente en la documentación societaria presentada, qué prácticas de control se consideran razonables en función del tipo social y del acto, cómo se evalúa la suficiencia cuando la voluntad social se expresa por vías múltiples, y qué incidencia tienen las restricciones internas no publicitadas frente a terceros. La tensión entre autonomía privada interna y protección del tercero externo, especialmente en operaciones de alto impacto económico, ofrece un campo relevante de análisis. Desde ya que la *compra para* una sociedad que pueda encontrarse en formación, o que incluso podría no estar aún constituida, también constituyen puntos de necesario análisis.

La representación legal plantea, a su vez, cuestiones vinculadas con menores de edad, personas por nacer, tutela, curatela y sistemas de apoyo. El CCyC enfatiza la autonomía progresiva en niños, niñas y adolescentes y reconoce el derecho a ejercer derechos con apoyos, lo que desplaza el eje desde una lógica de sustitución hacia una lógica de asistencia y acompañamiento. Sin perjuicio de ello, el notariado debe resolver con criterios técnicos quién es parte, quién representa, quién asiste y cuáles son los recaudos y autorizaciones exigibles para que el acto sea eficaz y estable frente a terceros. Nada perjudica más a la persona vulnerable que la sospecha de ineeficacia de los negocios jurídicos que legítimamente realiza. El debate, además, puede enriquecerse con interrogantes relativos a la documentación de los apoyos, a su alcance funcional, a la publicidad de las restricciones o directrices judiciales y a los efectos de la actuación cuando el esquema de apoyos no fue adecuadamente exteriorizado en la escritura o no fue oportunamente comunicado en el circuito registral.

Mandato, poderes y actuación en nombre propio por cuenta ajena

Un segundo capítulo está constituido por el mandato y su vínculo con la representación, incluyendo el mandato sin representación y el llamado mandato oculto. El CCyC regula el mandato como contrato, contempla la representación y reconoce expresamente la actuación en nombre propio por cuenta ajena, lo que vuelve especialmente pertinente revisar el lugar de estas figuras en la práctica

escrituraria, sobre todo en operaciones inmobiliarias, de administración patrimonial y de contratación seriada.

En particular, el mandato sin representación, regulado en el art. 1321 del CCyC, visibiliza la disociación entre quien aparece como parte y quien es titular del interés económico. Ello invita a explorar los límites y las ventajas de mantener en reserva la identidad del interesado final, así como las consecuencias de esa decisión en la transmisión de derechos, en la responsabilidad frente a la contraparte y en la oponibilidad frente a terceros. Resulta útil preguntarse si, y en qué condiciones, la reserva de la identidad puede sostenerse sin afectar exigencias contemporáneas de trazabilidad, identificación de beneficiario final y justificación del origen de fondos, de modo de compatibilizar institutos civiles con deberes administrativos y regulatorios de cumplimiento ineludible.

Las problemáticas derivadas de la irrevocabilidad de los poderes y su eficacia *post mortem* claramente componen los temas a tratar. Sin necesidad de anticipar una respuesta única, se invita a analizar cuáles son los presupuestos de validez y de eficacia de estas cláusulas en el régimen vigente, qué se entiende por interés que justifica la irrevocabilidad, cuál es el alcance temporal razonable y qué efectos producen frente a herederos, acreedores y terceros contratantes. Asimismo, cabe proponer interrogantes sobre la incidencia de la pérdida de discernimiento, de la restricción de capacidad o de la necesidad de apoyos en la subsistencia del esquema representativo, y sobre el modo en que el notario debe documentar el asesoramiento y la advertencia de riesgos cuando se adopten diseños de representación intensivos o de larga duración. Todo ello, desde ya, en necesaria consonancia con los principales tratados internacionales que tratan sobre capacidad jurídica (personas con discapacidad, ONU, y personas mayores, OEA).

Gestión de negocios y compra para otro

El tercer capítulo comprende la gestión de negocios ajenos, sin mandato, regulada en los arts. 1781 y siguientes del CCyC y las cláusulas de compra para otro en su diversidad de hipótesis. El art. 1781 define la gestión de negocios como la asunción oficiosa de un negocio ajeno por motivo razonable, sin autorización ni obligación y sin intención de realizar una liberalidad. Este último elemento delimita dogmáticamente el instituto y resulta especialmente productivo para analizar compras “para” cuando existe parentesco o una finalidad de atribución gratuita, escenario en el cual la calificación como gestión puede ser discutida.

Se propone revisar cómo se articula la ratificación posterior, con sus efectos retroactivos, con la publicidad registral, con la existencia de medidas cautelares y, eventualmente, con el dominio revocable. Por ejemplo, la ratificación puede exigir la asunción de medidas cautelares vigentes al menos a los efectos registrales y el registrador carecería de competencia material para desplazarlas.

Este punto abre preguntas relevantes sobre la distribución de riesgos en la operación, ¿qué debe conocer y aceptar el dueño del negocio al ratificar?, ¿qué debe advertir el notario, y en qué medida el diseño documental puede reducir la litigiosidad sin desnaturalizar el instituto?

También merece examen el supuesto de acto dispositivo del gestor antes de la ratificación. Si el gestor dispone del inmueble, la transferencia es válida y eficaz frente a terceros, quedando la relación entre gestor y dueño en el plano personal, aun cuando se haya utilizado dinero del dueño del negocio. En ese punto, cabe indagar sobre la medida de protección del gestionado, sobre la responsabilidad del gestor y sobre el deber de advertencia del notario.

En paralelo a la gestión de negocios ajenos, la doctrina ha discutido si ciertas *compras para* terceros encubren en realidad una donación pendiente de aceptación, sobre todo cuando el adquirente aparente utiliza fondos propios y el beneficiario no participa en el acto. La discusión engrosa su trascendencia cuando el beneficiario es menor de edad y el adquirente fallece antes de que aquel pueda aceptar. Según la calificación adoptada, el desenlace sucesorio, la necesidad de trámite judicial, la legitimación para exigir la escrituración, el rol de los herederos del adquirente y el tratamiento frente a acreedores pueden variar de modo sustantivo. La invitación es a formular, sobre supuestos concretos, preguntas como: ¿en qué medida la intención de liberalidad se prueba por indicios?, ¿qué relevancia tiene el origen de los fondos?, ¿cómo juega la aceptación del beneficiario/dueño? y ¿cuál es el momento en que se consolida una situación oponible *erga omnes*?

Estipulación a favor de terceros y contratos con beneficiarios externos

El cuarto capítulo comprende la estipulación a favor de terceros, regulada en los arts. 1027 y 1028 del CCyC, y su diferenciación con la gestión de negocios y con otras técnicas de incorporación de terceros. La figura presupone que el promitente se obligue frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de un tercero, quien adquiere un derecho directamente del promitente una vez que acepta. Es una herramienta valiosa cuando se pretende atribuir a un tercero un derecho exigible sin que haya intervenido como parte, y permite pensar en diseños contractuales con beneficiarios externos de modo controlado.

La discusión se vuelve especialmente interesante cuando se pretende aplicar el instituto a escrituras traslativas de dominio en las que la obligación principal del vendedor (promitente) se cumple (y extingue por *pago*) con su otorgamiento. Allí se abren dudas que ameritan exploración, tales como qué rol juega la aceptación del tercero, cuál es su oportunidad, y si puede un mismo negocio ser calificado como estipulación a favor de tercero cuando el promitente ya cumplió con su obligación. También es relevante discutir el alcance de la revocabilidad previa a la aceptación y cómo se documenta esa contingencia para evitar incertidumbre en el trato sucesivo.

Contrato para persona a designar, compra en comisión y cesión de la posición contractual

Un quinto capítulo, íntimamente conectado con los anteriores, aborda el contrato para persona a designar, regulado en el art. 1029, la compra en comisión como práctica negocial y las figuras afines de cesión de contrato, regulada en los arts. 1636 y siguientes, junto con el mandato sin representación. Se trata de mecanismos que habilitan, con matices, la incorporación posterior de un tercero como parte o la sustitución de una posición contractual y cuyo uso es frecuente en el tráfico inmobiliario, en estructuras de inversión y en operaciones de *retransmisión* planificada.

El contrato para persona a designar introduce un fenómeno de sustitución previsto desde el origen, con efectos retroactivos una vez designada y aceptado por la persona/tercero. Ello plantea interrogantes sobre el plazo y las modalidades de la designación, la instrumentación necesaria, la oponibilidad frente a terceros y acreedores, y la interacción con la registración inmobiliaria cuando el contrato base es una compraventa no traslativa de dominio (por ejemplo, boleto). Se invita a discutir en qué medida la retroactividad debe ser entendida como regla absoluta, cómo se armoniza con la buena fe del tercero y con el orden público registral, y qué recaudos documentales son aconsejables para evitar que la sustitución devenga una fuente de litigiosidad o de fraude tributario.

La compra en comisión, utilizada para mantener abierta la identidad del adquirente final o para estructurar operaciones con inversores, se encuentra hoy atravesada por normas de transparencia, por el control de origen de fondos y por el interés tributario en la determinación del sujeto real. Esto invita a discutir si el notariado debe tender a sustituir fórmulas históricas por estructuras más explícitas, como la cesión instrumentada de la posición contractual, la designación conforme al art. 1029 o el uso de esquemas fiduciarios. También habilita a preguntar cuál es la frontera entre una sustitución prevista desde el origen y una cesión sobreviniente, y cómo incide esa distinción en la necesidad de consentimiento de la contraparte, en la publicidad de la operación y en garantizar los derechos de los acreedores.

Sin perjuicio de las diferencias con la cesión, puede plantearse si aquella designación del 1029 se causa únicamente en el contrato principal (casi de manera abstracta) o si necesariamente posee una causa autónoma que vincula a designante y designado. Es decir, ¿podría entenderse que la contratación por persona a designar habilita y regula el funcionamiento de la mutación subjetiva en el contrato principal, pero que igualmente la relación entre designante y designado cuenta con su propia causa y correspondiente calificación jurídica? En ese caso, el negocio entre designante y designado: ¿podría ser una cesión (gratuita u onerosa)?, ¿un mandato?, ¿una transmisión por compensación? Esta posición plantea desafíos de legitimación jurídica y de incidencia tributaria sumamente relevantes.

Compra por y para menores de edad y actuación bajo responsabilidad parental

Un capítulo específico, por su relevancia práctica y por la litigiosidad que suele generar, se refiere a la *compra por y para* menores de edad. La práctica histórica de adquirir para un hijo menor, sin una representación formal exteriorizada, continúa apareciendo en estudios de títulos, aunque su instrumentación cesó fuertemente en las últimas décadas. El régimen vigente obliga a repensar tales operaciones a la luz de la responsabilidad parental, de la administración de bienes de los hijos, de la autonomía progresiva y de la exigencia de autorización judicial para actos de disposición, con especial referencia al art. 692 del CCyC, además de las normas concordantes aplicables a tutela y curatela, según corresponda.

Se abren aquí disyuntivas relevantes. Si el acto es celebrado por progenitores en nombre y representación del hijo, con acreditación de personería y cumplimiento de recaudos legales, podría sostenerse una adquisición directa por el menor. Pero cuando comparecen adultos como compradores en nombre propio y se limita a consignarse la mera mención de que la compra es *para el menor*, el cuadro cambia y podrían entrar en juego la gestión de negocios, la estipulación a favor de tercero, la oferta de donación u otro negocio innominado. La invitación es a analizar qué indicadores de texto y de contexto permiten inclinarse por una u otra calificación, qué efectos produce cada encuadre frente a sucesivas transmisiones, y cómo se resuelven los supuestos en los que el beneficiario, al alcanzar la mayoría de edad, pretende consolidar un derecho que no aparece con claridad en el antecedente.

En este subtema adquiere especial interés la interacción con el derecho registral y con las prácticas de publicidad formal (ver DTR 17/91 RPI PBA). Aun cuando se sostenga que ciertos actos posteriores no constituyen actos dispositivos típicos, la prudencia notarial puede exigir recaudos que minimicen el riesgo de inoponibilidades o inexactitudes registrales. También se sugiere incorporar la dimensión tributaria, pues según la calificación adoptada puede variar el hecho imponible, la base, el sujeto pasivo y la oportunidad de la imposición, y pueden presentarse cuestiones sobre valuación, justificación de fondos y eventual aplicación de regímenes locales en materia de transmisión gratuita.

Por otro lado, también en materia de menores de edad, y sin perder de vista que la responsabilidad parental es un estatuto legal cuyo ejercicio puede presentar supuestos de delegación (643 CCyC) y/o de actuación por intermedio de terceros, interesa abrir el análisis sobre su articulación con la representación voluntaria mediante mandato o poder. En particular, cabe interrogarse en qué medida ciertos actos usuales del tráfico pueden canalizarse mediante apoderamiento (por ejemplo, gestiones educativas, autorizaciones para actividades deportivas o decisiones ordinarias de cuidado) y cuáles serían los límites cuando se trata de decisiones especialmente sensibles o estructurales, tales como el cambio de centro de vida o residencia.

Desde la óptica notarial y registral propia del Tema I, nos preguntamos si es admisible un poder general “para ejercer la responsabilidad parental”, o el estándar razonable exige facultades específicas, concretas y acotadas según el acto de que se trate. ¿Qué recaudos deberían extremarse para que el tercero contratante pueda confiar en la suficiencia de la representación? El apoderado: ¿puede ser el otro progenitor o un tercero (familiar o no)? Estos interrogantes se vuelven particularmente visibles en materia de autorizaciones de viaje, donde se plantea la duda sobre la viabilidad de otorgar estas autorizaciones a través de representantes de los progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental.

Tecnologías digitales, trazabilidad e incorporación de terceros en la contratación contemporánea

Las problemáticas presentadas en los subtemas anteriores se proyectan, asimismo, hacia ciertos fenómenos contemporáneos vinculados con la utilización de tecnologías digitales y con nuevas formas de intermediación contractual, en la medida en que estas impactan directamente sobre los esquemas de representación y sobre las modalidades de incorporación de terceros al contrato. La contratación en entornos electrónicos, la utilización de plataformas digitales y la progresiva desmaterialización de los soportes documentales introducen escenarios en los que quien actúa, quien decide, quien asume el interés económico y quien aparece formalmente como parte pueden no coincidir, lo que reaviva interrogantes clásicos del derecho civil bajo nuevas configuraciones fácticas. En estos contextos, figuras tradicionales como la estipulación a favor de tercero, la cesión de posición contractual, la contratación por persona a designar, la gestión de negocios o el mandato (expreso, tácito o aparente) adquieren renovada centralidad interpretativa.

La circulación digital de derechos o de expectativas económicas asociadas a activos, incluso cuando se presenta bajo formatos tecnológicos novedosos, plantea preguntas específicas desde la óptica de la representación y de la legitimación para contratar. Cabe interrogarse, por ejemplo, cómo se identifica al verdadero sujeto del interés cuando intervienen plataformas, custodios digitales o intermediarios tecnológicos; en qué medida esas intervenciones configuran supuestos de representación voluntaria, orgánica o meramente instrumental; qué exigencias deben satisfacerse para considerar válidamente incorporado a un tercero que no comparece en el acto, pero resulta beneficiario o eventual adquirente; y cómo se documenta y controla esa incorporación en un entorno digital caracterizado por la rapidez y la deslocalización. Asimismo, resulta pertinente examinar si las tecnologías de trazabilidad pueden colaborar en la explicitación del iter representativo y en la reconstrucción del consentimiento, o si, por el contrario, introducen nuevas zonas de opacidad que desafían los controles notariales y registrales tradicionales.

Desde esta perspectiva, el interés no reside en la tecnología en sí misma, sino en su capacidad para tensionar categorías jurídicas conocidas. Se propone, entonces, analizar qué ajustes interpretativos requieren los institutos clásicos de la representación y de la incorporación de terceros frente a esquemas contractuales y documentales mediados por tecnología; cuáles son los límites que impone el ordenamiento para admitir designaciones posteriores, la revocación del poder instrumentado en soporte digital, actuaciones por cuenta ajena o estructuras de gestión en entornos digitales; y hasta qué punto la exigencia de publicidad, de determinación subjetiva y de control de legitimación puede satisfacerse mediante instrumentos electrónicos, firmas digitales o sistemas de registro complementarios. Estas preguntas buscan abrir el debate, sin anticipar soluciones cerradas, sobre la adecuación de los institutos del derecho civil a nuevas prácticas contractuales que, aun innovadoras en su forma, remiten a problemas jurídicos estructurales que integran el núcleo del tema que nos convoca.

Apoyos

Para poder lograr un acercamiento a este tema, comenzaremos por la referencia normativa principal que es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de las Naciones Unidas, aprobada en el 2006 y en vigor para Argentina desde el año 2008. Esta convención cambia el paradigma de las personas con discapacidad, dejando de lado el criterio asistencialista (médico-rehabilitador) que existía hasta ese momento, adoptando el modelo social, que sostiene que las personas con discapacidad pueden contribuir a la comunidad y participar en la vida sociojurídica y económica en condiciones de igualdad con el resto de los hombres y mujeres. De esta forma, se reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos efectivos, y se obliga a los estados a garantizar igualdad, accesibilidad, participación y autonomía a las personas con discapacidad y al reconocimiento de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con la de cualquier otra persona, sin posibilidad de restricción alguna basada en discapacidad.

El reconocimiento de la capacidad jurídica implica no solo a ser titular de un derecho sino también poder ejercerlo por sí mismo, aún con asistencia de apoyos o mediando la realización de ajustes, tomando decisiones y asumiendo las responsabilidades que las mismas implican. En el plano notarial, esta premisa se vincula de modo directo con los ejes del Tema I, en tanto obliga a interrogarse cómo se construye y acredita la representación, cómo se delimitan y controlan las facultades de quienes actúan por otro, y qué eficacia tienen esos actos frente a terceros cuando intervienen sistemas de apoyo, representantes legales, tutores o curadores. En ese marco, se presentan como desafíos típicos la correcta identificación del sujeto del interés, la verificación de legitimación, y la interpretación de

las sentencias donde se designan apoyos o se establecen restricciones, por su impacto en la validez y oponibilidad de los actos instrumentados.

El art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se refiere al tema poniendo en cabeza de los estados tomar todas las medidas que sean pertinentes para garantizar el derecho de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás para ser propietarias, heredar bienes, tomar decisiones sobre sus actividades económicas y acceso igualitario a créditos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito, cuidando que las personas con discapacidad no sean privadas arbitrariamente de sus bienes. El mismo Comité General en la Observación 1 hace una importante distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad mental. La distinción llega a la conclusión de que la capacidad mental hace referencia al grado de aptitud para tomar decisiones, que seguramente será distinto en cada persona. En la definición subyace el criterio de autonomía de la voluntad y del respeto de las decisiones de las personas con discapacidad, lo que podría aplicar a adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, pudiendo presentarse varias vulnerabilidades también en forma conjunta, lo cual establece la consideración respecto a extremar los cuidados para que, en caso de necesidad, se pueda designar un apoyo para poder llevar adelante el otorgamiento del acto. Todas las personas humanas tienen capacidad jurídica, aunque presenten capacidades mentales diferentes. El notario tiene una labor de asesoramiento, consejo y asistencia hacia este grupo de requirentes que implica un refuerzo en su práctica profesional, lo cual lleva a la necesidad de aplicar ajustes necesarios que faciliten el otorgamiento del acto por parte del requirente vulnerable, garantizando de este modo el pleno ejercicio de sus derechos. El profesional debe considerar que, si negare inadecuadamente el acceso al servicio notarial absteniéndose de intervenir, se estaría negando el ejercicio de un derecho humano.

En base a lo expuesto, se propone trabajar sobre las buenas prácticas que el notario debe conocer y aplicar en aquellos actos donde intervienen personas en situación de vulnerabilidad, focalizando especialmente en la eficacia de la intervención por sí o en interés ajeno y en la proyección frente a terceros. Así, pueden plantearse interrogantes como: ¿qué salvaguardas puede establecer el notario como garantía del cumplimiento de las obligaciones establecidas a los apoyos y cuáles son las barreras a vencer en la actividad notarial respecto a la actuación de personas vulnerables, cuando se trata de acreditar representación, asistencia o legitimación para contratar?

En efecto, el Informe de la Relatora Especial para los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas Aguilar dice: “Los estados deben promover la capacitación adecuada de quienes ejercen de notarios, ya que desempeñan una función importante en la conclusión y formación de transacciones jurídicas (...) [y] 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. Asimismo, deben recibir una formación apropiada en la facilitación de medidas de accesibilidad y ajustes razonables".¹ La capacitación en los principios de este nuevo paradigma es uno de los objetivos que fomenta la investigación, el análisis y el debate en esta Jornada Notarial Bonaerense.

Debido a la diversidad propia de la discapacidad, los apoyos y ajustes deben realizarse a medida, y se diseñan acorde a las características de cada persona. Se reconocen diferentes niveles de intensidad de apoyo para la toma de decisiones, pero nunca sustituirá la voluntad de la persona protegida. El apoyo puede ser propuesto por la misma persona a proteger, quien seguramente escogerá a alguien de su confianza, pero según el art. 43 del CCyC el juez evaluará los alcances de la designación. También se encuentran legitimados para proponer apoyos quienes pueden solicitar la restricción de la capacidad, enumerados en el art. 33 del CCyC. Este tema resulta controvertido y se abre a debate ya que, en otras legislaciones del mundo (notariado latino), la designación de apoyos se hace por vía notarial, facilitando a la persona protegida rapidez y seguridad en la designación, por contar con el asesoramiento del notario. Éste cumple un rol de apoyo institucional y autoridad encargada de la incorporación de salvaguardas, evitando así posibles perjuicios que el apoyo designado pudiera causarle a la persona con discapacidad. Asimismo, la designación en sede notarial evita los tiempos procesales siempre extensos y no acordes con las necesidades de las personas vulnerables. Este tema abre la instancia de estudio para proponer cambios en la legislación vigente, o fundamentar la posibilidad de su nombramiento en sede notarial.

Párrafo aparte merece el tema de la sentencia judicial donde el juez interviniendo tendría la facultad de establecer la restricción a la capacidad de la persona vulnerable (art 32 CCyC), donde debe prevalecer el interés y preferencias de la persona con discapacidad, y debe diagramar el régimen de apoyos de acuerdo a lo dispuesto por el art. 43 del CCyC (a nuestro entender, esta posibilidad de restricción de capacidad por vía judicial contraría lo dispuesto por el art. 12 de la CDPD). Respecto de este régimen, se trata de un sistema de asistencia donde la decisión y opinión del asistido son centrales, debiendo delimitarse la función y actos en los que asista el apoyo entendiendo que para todo lo no especificado la persona puede actuar sin necesidad de apoyos. Esta sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 40 del CCyC puede ser revisada en cualquier momento a solicitud del asistido y por el juez en un plazo no mayor a tres años, valiéndose de nuevos dictámenes interdisciplinarios y con audiencia personal con la persona vulnerable. En el ámbito del notariado, la lectura e interpretación de la sentencia es un acto de ejercicio fundamental, ya que dará al notario el encuadre para el acto jurídico

¹ 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.

que se pretende llevar a cabo y, especialmente, permitirá definir si la persona comparece por sí, si requiere asistencia, o si corresponde un régimen de representación que impacte en la eficacia del acto y su oponibilidad frente a terceros. Se presentan aquí interesantes aspectos para analizar y debatir, como por ejemplo qué hacer ante sentencias incompletas, donde no se detallan las funciones del apoyo ni los actos en los que debe intervenir; sentencias que tienen más de tres años de dictadas y no han sido revisadas por el juez interviniente, o simplemente determinar si al acto notarial concurre la persona con discapacidad por sí, o la representación está en cabeza del apoyo y esto, ¿necesariamente excluye la participación del sujeto en cuyo interés se actúa? Estos aspectos propuestos son solo algunos puntos de los que en esta jornada los asistentes podrán analizar y proponer soluciones, teniendo en cuenta la legislación nacional y el derecho comparado.

Curatela

La capacidad jurídica de las personas es la regla, sin embargo, nuestra normativa de fuente interna prevé que cuando la persona mayor de edad se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresarse por cualquier modo, medio o formato adecuado, en ese caso, y entendiendo que el sistema de apoyos no daría respuesta a la necesidad de la persona vulnerable, el juez resolverá la incapacidad de la persona mayor de edad, designando a un curador. El régimen de la curatela tiene como normas supletorias al régimen de la tutela. Del art. 138 del CCyC surge que “(...) 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 todo caso, el curador debe basar la toma de decisiones de acuerdo con las intenciones y deseos de la persona sujeta a la incapacitación judicial. De allí la importancia de las disposiciones anticipadas otorgadas a través de actos de autoprotección, dejando plasmados los deseos y preferencias respecto a la salud y patrimonio, lo que evita futuras judicializaciones, y permite el asesoramiento notarial a efectos de manifestar decisiones cuando todavía la persona cuenta con autonomía suficiente, para que produzcan efectos cuando ya le resulte imposible decidir por sí sola. Debe tenerse en cuenta que el curador deberá pedir venia judicial para el otorgamiento de actos de transmisión, constitución o modificación de derechos reales sobre los bienes del curado y aquellos que enumera el art. 121 del CCyC, debiendo el notario interviniente no solo exigir la presentación del testimonio de la sentencia de la declaración de incapacidad, sino también la designación del curador y su aceptación del cargo, sumada la autorización judicial para el otorgamiento del acto. Un posible punto de reflexión en este tema puede referirse a los actos que necesitan de la venia judicial y también al análisis de nuevas modalidades de inversión que implican riesgo, en tanto puedan incidir en la delimitación entre administración y disposición, y en los recaudos exigibles para su eficacia frente a terceros.

Finalmente, queremos destacar la importancia de la lectura e interpretación de las sentencias por parte del notario. Las mismas deben delimitar las funciones del curador y qué actos serían objeto de restricción. ¿Qué determinación debería tomar el notario al recibir una sentencia que no reúna esas delimitaciones?, y respecto a las sentencias dictadas con anterioridad al CCyC que no contemplan el nuevo paradigma de la capacidad, ¿mantienen su vigencia?, ¿deben ser revisadas y adecuadas a las nuevas normativas? Todos estos interrogantes se le presentan al notario, cuando se enfrenta al caso concreto y debe tomar decisiones en la soledad de su notaría. La Jornada Notarial Bonaerense servirá para poder plantearlos y buscar soluciones en forma conjunta.

Tutela

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1989, ha sido un hecho trascendental para el tratamiento de los derechos de la infancia y la adolescencia, implementando la doctrina o modelo de la protección integral de derechos. Esta doctrina concibe al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos, no como objeto de protección y teniendo el derecho a ser oído y su opinión tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Si bien la capacidad para actuar se adquiere de manera plena a los dieciocho años, en relación con muchos actos los menores de edad pueden intervenir. Aquí se aplica el principio de “autonomía progresiva” de acuerdo con las características que presente el menor respecto a su desarrollo psicofísico y aptitudes; con la mayor autonomía del menor, la representación de los padres será de menor intensidad. La comparecencia de menores de edad en el otorgamiento de actos notariales ya se ha consolidado, aunque aún se observan ciertas reticencias, fundamentalmente basadas en temor o desconocimiento del operador jurídico. Abrir a debate los casos en que los progenitores ven limitada su posibilidad de representar a sus hijos, o esta representación debe ser complementada con la participación de éstos en el ámbito notarial, constituye un eje de trabajo de sumo interés.

El art. 104 del CCyC presenta otro instituto relacionado con el cuidado del menor que se denomina “guarda del menor”. Buscar las coincidencias y diferencias del instituto con la tutela, la forma de designación del guardador, plazos de la guarda, conversión de la guarda en tutela, y las posibles intervenciones en el ámbito notarial del guardador y del menor, abre un camino para completar la visión de la representación y otras intervenciones en interés de los menores en algunos casos concretos donde los padres no pueden ejercer por sí la responsabilidad parental.

Otro punto donde se puede profundizar se vincula al carácter de intransmisible del cargo de tutor. Esta disposición que se encuentra en el art. 105 del CCyC lleva a la reflexión sobre si el tutor puede otorgar mandato para ejecutar ciertos actos. Si la respuesta es afirmativa, debe determinarse si existiría alguna limitación respecto de los actos a delegar a través del mandato, delimitar cuál es la responsabilidad de

tutor y mandatario, y también analizar si el mandato surtiría pleno efecto o se torna necesaria alguna intervención judicial.

Si bien el tutor es el representante legal del menor, el tutelado puede ser autorizado por la ley o por el juez para actuar por sí mismo y ejercer el derecho a ser oído, según su grado de desarrollo y madurez. En la actuación notarial donde interviene un tutor, el notario debe tener presente los actos que están prohibidos para el tutor y aquellos que requieren de autorización judicial (arts. 120 y 121 del CCyC).

Palabras finales

En suma, se invita a los participantes a elaborar trabajos que podrán contemplar casos reales o hipotéticos, formular criterios de distinción entre institutos, que identifiquen puntos de contacto y propongan soluciones documentales concretas, sin perder de vista que el propósito de una JNB es generar doctrina aplicable y práctica segura tanto para los fenómenos clásicos como para los nuevos desafíos. La discusión sobre terceros en los actos y contratos se renueva con cada innovación tecnológica, con la adecuación de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, con cada cambio en la estructura normativa y con cada tensión entre autonomía privada y tutela del tráfico jurídico, lo que convierte al Tema I en un espacio particularmente propicio para el aporte académico y práctico del notariado bonaerense.