



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Lucero Eseverri, Roberto A.

Acceso al crédito vitalicio por personas con discapacidad

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. IV, núm. 26, 2010, pp. 126-139

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

Acceso al crédito vitalicio por personas con discapacidad*

Lifetime access to credit for people with disabilities

Roberto A. Lucero Eseverri**

RESUMEN

El crédito vitalicio con garantía hipotecaria, comúnmente denominado "hipoteca inversa", es una interesante fórmula financiera y legal que permite a las personas con discapacidad mantener sus necesidades básicas. Esta modalidad hipotecaria garantiza un crédito proveniente de un mutuo con desembolso del dinero en un pago único o en sumas periódicas durante un plazo determinado o vitalicio, en el que, a diferencia de los créditos tradicionales con garantía hipotecaria, el plazo de reembolso y eventual ejecución se encuentra diferido, ya que el capital e intereses adeudados no serán pagados por el deudor, sino por sus herederos al fallecimiento de aquél o del último beneficiario, conforme se haya pactado.

PALABRAS CLAVE: *Crédito vitalicio, garantía hipotecaria, hipoteca inversa, autoprotección, personas con discapacidad.*

ABSTRACT

Lifetime credit secured by mortgages, commonly referred to as "reverse mortgage" is an interesting legal and financial formula that allows people with disabilities, maintain their basic needs. This type mortgage loan guarantees from a mutual release of money in a lump sum or in periodic amounts over a specified period or for life, which, unlike traditional mortgage loans, the repayment period and eventual execution is deferred and the principal and interest due are not paid by the debtor, but by his heirs on the death of one or the last beneficiary, as has been agreed.

KEY WORDS: *Lifetime credit, mortgage, reverse mortgage, self-protection, people with disabilities.*

* Recibido: 3 de mayo de 2010. Aceptado: 18 de mayo de 2010.

** Notario de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina (robertoluceroes@gmail.com).

Dejar al discapaz derechos que son sólo teóricos es algo que hay que eliminar.

Mr. Gábor Gomos¹

Sumario

1. Introducción
2. Crédito vitalicio con garantía hipotecaria
 - A) El crédito vitalicio
 - B) La garantía hipotecaria
 - C) Elementos formales
3. Acceso al crédito vitalicio por personas con discapacidad
4. Finalidad social del crédito vitalicio
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

El propósito de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condición de igualdad de todos los seres humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.²

El artículo 4 de la Convención establece que los Estados partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos. Asimismo, el artículo 12, inciso 5, establece:

[...] los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Se debe implementar un sistema de apoyo que garantice a la persona con discapacidad, la efectiva toma de decisiones sobre sus bienes, evitando que sea despojada de su administración, disposición o gravamen de forma arbitraria.

¹ Senior Advocacy Officer, Mental Disability Advocacy Center-Hungría, en el marco del *Symposium on the legal capacity of persons with disabilities in light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, celebrado en Bruselas, 4 de junio de 2009.

² Véase artículo 1 de la Convención.

Como operadores de derecho debemos abrirnos y utilizar las herramientas jurídicas disponibles; buscar dentro de los principios generales del derecho soluciones que acompañen el vertiginoso avance de la realidad, ya sea en materia humana, institucional, de negocios, que garanticen a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de todos los derechos.

El acceso al crédito vitalicio con garantía hipotecaria por parte de personas con discapacidad se observa como una importante herramienta en miras de mejorar su calidad de vida.

2. Crédito vitalicio con garantía hipotecaria

El crédito vitalicio con garantía hipotecaria, comúnmente denominado “hipoteca inversa”, es una nueva herramienta de autoprotección que nos permitirá mantener un nivel de vida adecuado ante una situación de discapacidad.

La denominación “hipoteca inversa” resulta de la traducción de la figura sajona *reserve mortgage*, que tiene su origen en Gran Bretaña en 1965. Sucesivamente los países más desarrollados han incorporado en su legislación la regulación de esta figura en miras de dar un marco legal de protección a las personas “afectadas de dependencia severa o gran dependencia”.³

Esta modalidad hipotecaria garantiza un crédito proveniente de un mutuo con desembolso del dinero en un pago único o en sumas periódicas durante un plazo determinado o vitalicio, en el que, a diferencia de los créditos tradicionales con garantía hipotecaria, el plazo de reembolso y eventual ejecución se encuentra diferido, ya que el capital e intereses adeudados no serán pagados por el deudor, sino por sus herederos al fallecimiento de aquél o del último beneficiario, conforme se haya pactado.

Ahora bien, ¿qué es lo realmente inverso, la hipoteca o el derecho de crédito? Concretamente estamos frente a una línea de crédito inversa a la habitual, ya que el tomador del crédito recibirá en préstamo una cantidad de dinero (capital) en un desembolso único o en cuotas partes periódicas; este capital más los intereses pactados no será pagado por el tomador del crédito sino por quien, a su fallecimiento, resulte obligado, y garantizada esta circunstancia con una hipoteca sobre el inmueble de titularidad del tomador.

³ Véase España: Ley 41/2007, del 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, del 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria; Estados Unidos: *Home Equity Conversion Mortgage*, del 22 de diciembre de 1987; Francia: *Prêt viager hypothécaire* al tenor de lo regulado en la Ordenanza 2006-346, del 23 de marzo de 2006 en desarrollo de la Ley 2005-842, del 26 de julio de 2005, modificando así el *Code de la Consommation*.

En virtud de lo expuesto consideramos que lo “inverso” de esta figura es la forma de desembolso de las sumas de dinero comprometidas por el acreedor prestamista, situación a la que se le anexa, como eje central de la figura, un diferimiento del plazo de exigibilidad de la deuda al momento incierto de la muerte del tomador o del último de los beneficiarios.

Desde nuestra óptica, estamos frente a dos negocios jurídicos conexos entre sí pero con particularidades específicas. El principal, un contrato de préstamo (mutuo) con una modalidad de pago diferido en el cual se pacta un plazo incierto de comienzo del reintegro del capital e intereses pactados, denominado “crédito vitalicio”, y el accesorio, un contrato que hace nacer el derecho real de hipoteca como garantía del cumplimiento de las obligaciones que nacen del principal. En virtud de lo expuesto consideramos correcta la denominación “crédito vitalicio con garantía hipotecaria”.

Sin embargo, en el derecho español el contrato de préstamo hipotecario es considerado un negocio jurídico complejo. Así, explica ROCA SASTRE:

En nuestro sistema la hipoteca es un derecho accesorio del crédito asegurado; aquella nace y muere con este. Rige el criterio romano de la accesoriedad de la hipoteca en relación con el crédito garantido, de modo que aquella subsiste mientras subsiste éste (y no viceversa), lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica. La Hipoteca no es un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio de un crédito; por ello no es concebible que la hipoteca pueda corresponder a persona distinta a la del titular del crédito garantido y, por tanto, que pueda transferirse independientemente del crédito. Está íntimamente ligada y subordinada, en su existencia, extensión y extinción con el crédito. Por tanto, la hipoteca es un derecho conectado al crédito y que sigue su suerte.⁴

Partiendo de la consideración precedente, el legislador español, al regular la hipoteca inversa, ha valorado al presente contrato como un negocio jurídico único, atiende a un solo resultado buscado por las partes, que es colocar la vivienda de las personas mayores en el mercado con el fin de obtener liquidez con ella. De este modo parecería apoyarse en la doctrina de don Federico DE CASTRO Y BRAVO,⁵ quien define la función de la causa en derecho español como “la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hallan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones negociales”. Desde un punto de vista subjetivo, sigue diciendo el indicado autor, la causa será: “lo

⁴ Véase ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA *et al.*, *Derecho hipotecario*, 9a. ed., Barcelona, Bosch, 2009, t. VIII, p. 97.

⁵ Véase DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de derecho civil*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967, vol. x, p. 191.

que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico”.

La hipoteca inversa, entendida como préstamo hipotecario inverso, indivisible por la caracterización propia de la figura, es llamada así ya que comúnmente se recurre a un préstamo hipotecario a los efectos de comprar una vivienda a plazos, en cambio, en la hipoteca inversa se va recibiendo a plazos el dinero que se obtendría por la venta de la vivienda. Esta denominación es la adoptada por la legislación española en Ley 41/2007 del 7 de diciembre.⁶

A) El crédito vitalicio

Las partes, conforme el principio de convencionalidad, podrán reglar sus derechos y obligaciones a su medida, siempre que dichas convenciones se encuadren dentro de los límites legales permitidos. Sin perjuicio de lo expuesto, el contrato de crédito vitalicio consiste básicamente en la obtención de un préstamo, cuyo importe será entregado al deudor en una suma única o como una renta mensual de carácter temporal o vitalicio, pero el reembolso de capital más intereses no se hará efectivo por el tomador del préstamo, sino por sus herederos, una vez acaecido el fallecimiento de éste o, en su caso, el del último beneficiario designado.

a. Partes contratantes

En cuanto al tomador del crédito, deberá ser éste una persona física, y en virtud que la deuda recién será exigible acaecida la muerte de ésta (o del último beneficiario, como se explicará posteriormente) es de trascendental importancia la consideración de su expectativa de vida, ya que cuanto menor sea ésta, mayor será la renta.

En cuanto al acreedor parece aconsejable que sea una persona jurídica con acreditada solvencia económica, a efectos de poder garantizar, al tomador del crédito y sus eventuales beneficiarios, la obtención total del capital prestado en el supuesto de prestaciones periódicas. Esto también será imprescindible para poder diferir por un plazo incierto la recuperación del capital e intereses.

La Ley española 41/2007, en su disposición adicional primera, inciso 2, establece que “Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser conce-

⁶ No obstante, algunas entidades financieras han utilizado denominaciones tales como “vivienda pensión”, “pensión hipotecaria”, “complemento hipotecario”, lo que a nuestro juicio puede inducir a confusión, al utilizar para la misma figura distintos nombres.

didadas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España”.

En Francia deberá ser un establecimiento de crédito o un establecimiento financiero. Estados Unidos, va aún más lejos, ya que la hipoteca inversa, denominada *Home Equity Conversion Mortgage* (HECM), se ve garantizada por la administración pública a través de la Administración Federal de la Vivienda (*Federal Housing Administration*), estableciéndose un seguro contra el riesgo de patrimonio negativo; organismo que, asimismo, garantiza que las entidades cumplan con sus obligaciones.

Creemos que como personas concedentes del crédito no debe limitarse a las entidades de crédito y entidades aseguradoras, ya que para el supuesto de personas con discapacidad, el crédito podría darse por cooperativas o asociaciones que persigan un fin benéfico para sus miembros.

b. El tercero beneficiario

La mencionada legislación española, en su disposición adicional primera, inciso *a*, introduce la figura del beneficiario, estableciendo: “que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia”.

La posibilidad de designar a uno o más beneficiarios, que recibirán las utilidades del capital prestado, es una verdadera innovación introducida por la Ley española.

Según el mencionado cuerpo legal, para que exista la posibilidad de incluir al beneficiario se deberán reunir, al momento de celebración del contrato de crédito, dos requisitos: 1. Tener una edad igual o superior a los 65 años o estar afectado de dependencia severa o gran dependencia. 2. Haber sido designado por el solicitante-deudor.⁷

El legislador español, con gran acierto, ha incorporado un nuevo mecanismo de protección para personas en estado de vulnerabilidad: podrán ser beneficiarios las personas afectadas de “dependencia severa o gran dependencia”. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 39/2006 del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, existirá dependencia severa “cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades

⁷ Véase JIMÉNEZ CLAR, A. J., “La hipoteca inversa con instrumento de protección social”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Valladolid, año xxviii, núm. 113, 2009, p. 112.

de apoyo intenso para su autonomía personal”, y gran dependencia “cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal”.

La designación de beneficiario dentro del contrato de crédito vitalicio es, sin duda alguna, una estipulación en favor de tercero, ya que se trata de una persona distinta de los contratantes, pero que obtiene un beneficio estipulado.

El tercero beneficiario, a quien irá la prestación prometida, no es parte en la celebración del contrato.⁸ Su designación estará dada por el tomador del crédito-estipulante, y aceptada por el acreedor-promitente. La designación podrá ser coetánea a la celebración del contrato o posterior a éste.

c. Posibilidades de su configuración

El hecho de que el crédito sea vitalicio implica que su devolución se dará una vez acaecida la muerte del tomador o del último beneficiario, conforme se tratará más adelante.

El crédito podrá obtenerse a través de una prestación única o de prestaciones periódicas, con la posibilidad de ser estas últimas temporales o vitalicias, o bien a través de líneas de crédito, en las cuales el tomador podrá efectuar disposiciones hasta una suma determinada. Asimismo, se podrán combinar estos sistemas, por lo que nada impide la entrega de un capital inicial y luego prestaciones periódicas, ya sean éstas temporales o vitalicias, o bien una renta mensual con posibilidad de extraer sumas adicionales a través de una línea de crédito. En todos los casos los intereses se generarán desde el momento en el cual se toma el dinero hasta el momento de su reintegro.

d. Exigibilidad

La deuda (capital + intereses)⁹ será exigible a partir del fallecimiento del tomador del crédito o bien cuando fallezca el último beneficiario designado, porque en

⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español del 6 de febrero de 1989, "la estipulación en provecho de un tercero supone una relación contractual en la que el acreedor deriva la prestación del deudor hacia otra persona que no ha intervenido en el contrato" y sentencia del mismo Tribunal del 8 de octubre de 1984 "la estipulación a favor de tercero requiere la atribución de un derecho a quien no ha sido parte en la celebración del negocio", *cit.* PÉREZ GALLARDO, LEONARDO BERNARDINO, *Del contrato a favor de tercero*, Mendoza, Ediciones Dike-Foro de Cuyo, 2001.

⁹ En lo relativo a intereses, dentro de la legislación española, hay que tener presente el artículo 114 de la Ley Hipo-

este contrato existe un diferimiento del ejercicio del derecho del prestamista al cobro hasta el momento del fallecimiento del tomador o último beneficiario, momento en el cual la obligación se considerará de plazo vencido. La exigibilidad del derecho del prestamista se encuentra sometida a un plazo suspensivo incierto, ya que depende del hecho incierto de la muerte del deudor o el último de los beneficiarios.

A los efectos de otorgar al acreedor privilegio de cobro frente a la deuda generada, el crédito vitalicio deberá estar garantizado con derecho real de hipoteca.

B) La garantía hipotecaria

Partiendo del concepto que considera que:

La hipoteca es un derecho real mediante el cual, el titular del dominio de un inmueble determinado (especialidad objetiva) que queda bajo su poder, lo afecta a favor de otra persona (convencionalidad) por una suma de dinero determinada (especialidad subjetiva) en garantía del cumplimiento de una obligación actual o eventual en sus efectos emergente de un contrato u otro hecho o acto jurídico preexistente a su constitución (accesoriedad).¹⁰

Consideramos viable el uso del derecho real de hipoteca como garantía del contrato de crédito vitalicio.

El inmueble cuyo dominio se hipoteca será la garantía del crédito vitalicio, por cuanto su valor incidirá directamente en el monto del préstamo. La determinación de la cuantía del crédito máximo a conceder estará dada por la proyección del capital a entregar, más los intereses, costos operativos, impuestos, primas de seguros y demás cantidades incluidas en la contratación.¹¹ Los

tecaria: "Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años", en relación con lo dispuesto por el inciso 6 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, que establece: "Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria".

¹⁰ Véase Gil, J. A., "La Hipoteca del acreedor o abierta: un choque de culturas", *Gaceta del Notariado*, Rosario, año 57, núm. 116, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2009, p. 102.

¹¹ Véase MUÑOZ VILLALÓN, J. V., *La hipoteca inversa en jornadas sobre la Ley 2/1981 de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiera, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2008, p. 158.

parámetros a tener en cuenta a los efectos de determinar la cuantía del crédito a otorgar se basarán en la tasación del inmueble y la expectativa de vida del tomador del crédito y de los beneficiarios.

Como la muerte es un acontecimiento futuro, *certus an incertus quando*, en cuanto a que acontecerá, pero se desconoce el momento en el que ha de producirse, pueden darse supuestos de supervivencia en los cuales la cantidad total adeudada pueda ser superior al monto garantizado con hipoteca. En los países donde funciona actualmente el crédito vitalicio, para prever tal supuesto, las instituciones prestamistas suelen establecer como requisito la contratación de un seguro de supervivencia que cubra tal contingencia.¹²

C) Elementos formales

Como toda hipoteca, la constituida en garantía de un crédito vitalicio deberá otorgarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Las legislaciones que regulan la figura suelen imponer ciertos requisitos para el otorgamiento de este tipo de hipotecas, con el fin de conceder beneficios fiscales y de protección jurídica, pero de ningún modo prohíben este tipo hipotecario.

Asimismo, las entidades prestamistas suelen establecer requisitos para el otorgamiento de créditos vitalicios con garantía hipotecaria, los cuales de ningún modo importan elementos formales para la constitución del derecho real de hipoteca.

3. Acceso al crédito vitalicio por personas con discapacidad

En primer lugar cabe aclarar que la falta de regulación legal de la figura del crédito vitalicio no impide la aplicación de la figura, que tendrá su basamento en la autonomía de la voluntad y el beneficio que trae aparejado, todo ello sin perjuicio de la conveniencia de una regulación legal que otorgue beneficios fiscales y que, por sobre todas las cosas, garantice su correcto funcionamiento.

Sin lugar a dudas las personas con discapacidad podrán ser designadas como beneficiarias de un crédito vitalicio. Ahora bien, conforme a lo establecido en

¹² En Estados Unidos la Administración Federal de la Vivienda (*Federal Housing Administration*) asegura los préstamos HCEM para proteger a los prestamistas de las pérdidas en el supuesto de que la cantidad final recibida por el prestatario exceda el valor neto de la vivienda.

el inciso 5 del artículo 12 de la Convención se debe garantizar a las personas con discapacidad el “acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios”.

Conforme lo normado por el Código Civil argentino, ante el supuesto de una sentencia judicial de incapacitación, habrá que solicitar una venia judicial, por medio de la cual se autorice el otorgamiento de dicho crédito, autorización que muchas veces puede ser negada por los jueces, más aún ante la negativa de sus familiares.

La primera solución la encontramos en los llamados “actos de autoprotección” o “directivas anticipadas”, entendidos como:

[...] actos voluntarios, de carácter preventivo, decididos libremente por una persona, que contienen declaraciones, previsiones y directivas para que sean ejecutadas en el caso de que la misma se encuentre imposibilitada en forma transitoria o permanente de decidir por sí misma debido a la disminución o alteración de sus aptitudes físicas o psíquicas.¹³

Doctrina y jurisprudencia¹⁴ han apoyado la validez de los actos de autoprotección, contemplando tanto la protección de la dignidad de las personas como de su familia. Así, las Primeras Jornadas Nacionales de Autoprotección, Autotutela y Registro¹⁵ han concluido en la plena validez de las decisiones que toda persona adopta en ejercicio de la autonomía de la voluntad, consistentes en previsiones anticipadas o actos de autoprotección para ser ejecutadas ante eventuales disminuciones o alteraciones de su capacidad. Al insertar la voluntad del disponente en la escritura pública, y desde que ésta hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta al acto y cuenta con la seguridad que le da la matricidad, es el notario el profesional idóneo para captar esa voluntad incorporándola a un documento autosuficiente.

En España, con la modificación del artículo 1.732 del Código Civil,¹⁶ se permite que a pesar de la incapacitación de una persona puedan seguir vigentes los poderes que hubiera dado, pues no es causa de extinción si ésta ha dispuesto expresamente en dicho poder su continuación a pesar de la incapacitación.

Sin duda, es en los derechos fundamentales del ser humano, que consagran los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, donde se encuentra el fundamento incuestionable y el más válido sustento a los actos de autoprotec-

¹³ Véase VARIOS AUTORES, *Actos de autoprotección – Directivas anticipadas*, Rosario, Instituto de Derecho Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2a. circunscripción, cuaderno 6, 2007, p. 9.

¹⁴ Juzgado Criminal Correccional de Transición núm. 1 de la ciudad de Mar del Plata el 25 de julio de 2005, Caso "M".

¹⁵ *Primeras Jornadas Nacionales de Autoprotección, Autotutela y Registro*, Rosario, 29 de septiembre de 2006.

¹⁶ Modificado por Ley 41/2003, del 18 de noviembre.

ción. La libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos son sus principios rectores, reconocidos por la comunidad internacional como derechos humanos.¹⁷

De este modo, toda persona podrá, a través de actos de autoprotección o poderes preventivos, manifestarse libremente, considerando, entre otras cosas, la posibilidad del otorgamiento de créditos vitalicios con garantía hipotecaria, y, en su caso, las personas designadas para hacer cumplir tales directivas, analizando la conveniencia o no de la toma del crédito y el efectivo cumplimiento de sus derechos.

En segundo lugar nos planteamos la posibilidad de acceso al crédito ante la inexistencia de directivas anticipadas. Los apartados tercero y cuarto del mencionado artículo 12 hacen referencia al ejercicio de la capacidad jurídica, que no es otra cosa que la llamada capacidad de obrar, estableciendo que los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo.

En primer lugar debemos entender a “la capacidad como variable”, “que en tiempo y en espacio, representa un elemento descriptivo de la sociedad que la expresa”.¹⁸ La capacidad de una persona siempre será diferente a la de otra porque son diferentes las circunstancias tiempo, espacio, calidad de vida, económicas, inserción social de cada individuo.

Un Estado socialmente responsable debe aportar los mecanismos necesarios para hacer efectiva la capacidad de obrar de todas las personas sin importar su condición actual o futura.

La capacidad debe ser entendida como la regla, y el régimen de tutela y/o curatela debe ser la excepción para situaciones concretas donde las circunstancias de la persona con discapacidad hagan imposible su expresión de voluntad.

Un sistema de apoyo debe consistir en la efectiva toma de decisiones por parte de las personas con discapacidad, quienes deben ser escuchadas y a quienes se les debe dar el debido asesoramiento (por los jueces, notarios, abogados, oficial de créditos de la entidad financiera). Asimismo, la figura del tutor y/o curador debe ser modificada por una persona que, lejos de sustituir a la persona con discapacidad, acompañe a ésta en la toma de decisiones, quien, como mucho y si así surge de la importancia del acto jurídico y la decisión judicial, deberá ratificar las decisiones tomadas por la persona con discapacidad.

¹⁷ Véase LLORENS, L. R. y RAJMIL, A. B., “Derecho de autoprotección”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe*, Rosario, 2a. circunscripción, año 1, núm. 1, 2009, pp. 55 y 56.

¹⁸ Véase CALO, E., *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2000, p. 67.

En virtud de lo expuesto, una persona con discapacidad podrá expresar libremente su voluntad de tomar un crédito vitalicio con garantía hipotecaria, ya que no siempre la constitución de un gravamen implica un perjuicio para ésta. Más aún en este supuesto donde la persona con discapacidad cuenta con bienes de los cuales no se desprende y obtiene para sí liquidez al patrimonio que posibilita mejorar su calidad de vida.

4. Finalidad social del crédito vitalicio

El derecho no es una ciencia exacta, muta constantemente y lo hace siempre en torno a las nuevas necesidades sociales o bien en reconocimiento de realidades sociales preexistentes pero que carecían de regulación legal hasta el momento.

Creemos que el crédito vitalicio es una herramienta jurídica eficaz para dar solución adecuada a nuevas inquietudes y necesidades de este colectivo social. Ahora bien, la sola factibilidad legal de la figura no es suficiente para que funcione correctamente. Para ello es necesario que se den dos supuestos: 1. Cambio de conciencia social. 2. Responsabilidad social pública por parte del Estado.

Cuando nos referimos a cambio de conciencia social lo decimos en el sentido de comprender que de nada sirve una sobreprotección al patrimonio de la persona con discapacidad, entendiendo que gravar el bien implica una reducción en su patrimonio sin permitir que éste decida sobre la conveniencia o no de obtener liquidez con éste.

Tenemos el deber social de revalorizar los principios fundamentales de igualdad, dignidad y libertad, reconocidos por la comunidad internacional y por todas las Constituciones nacionales de los Estados democráticos, como derechos universales inherentes a todos los seres humanos más allá de su condición. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las mayores permite expresiones tanto de carácter personal como patrimonial.

El segundo punto es la responsabilidad social de los poderes públicos. La misma implica un plus de compromiso mayor por parte de éstos, puesto que, en el seno de un deber genérico de actuar como garantes de los derechos de los ciudadanos, tienen el compromiso de “vincularse en la defensa del interés general mediante la protección y promoción de los bienes y derechos que garanticen (también) las expectativas ciudadanas”.¹⁹

En un Estado democrático de derecho deben adoptarse políticas públicas tendentes a mejorar la calidad de vida y garantizar los derechos de aquellas per-

¹⁹ Véase PUIG I CAMPANY, M. y MARTÍNEZ I HERNÁNDEZ, A., *La responsabilidad social de la administración. Un reto para el siglo XXI*, Barcelona, Diputación de Barcelona. Área de Desarrollo Económico, 2008, p. 49.

sonas que por diferentes circunstancias, ya sea edad, discapacidad, diferencias étnicas, religiosas, culturales u otras situaciones de vulnerabilidad, requieran de una especial protección jurídica que garantice su plena integración a la sociedad en igualdad de condiciones y oportunidades.²⁰

De este modo, el Estado deberá adoptar medidas que garanticen el funcionamiento de esta figura, limitando los costes del préstamo, interviniendo y subsidiando (en caso de ser necesario) a las entidades prestamistas y garantizando el cumplimiento contractual.

Los notarios, intérpretes necesarios e imparciales de las voluntades de nuestros requirentes, debemos asesorar correctamente, informando las consecuencias jurídicas y de índole económica que trae aparejado el presente contrato.

El asesoramiento, si bien ha de tener naturaleza técnica, está dirigido a personas con discapacidad, por cuanto debe contener términos claros y comprensibles, expresando las posibles modalidades para disposición del capital solicitado, tipo y forma de interés, comisiones, seguros y demás gastos adicionales, sugiriendo, en caso de creerlo conveniente, otros negocios jurídicos que puedan adaptarse más a sus necesidades concretas.

5. Conclusiones

Las personas con discapacidad tienen derecho al ejercicio pleno de su capacidad de obrar.

Se debe implementar un sistema de apoyo que garantice a la persona con discapacidad la efectiva toma de decisiones sobre sus bienes, evitando que sea despojada de su administración, disposición o gravamen de forma arbitraria.

El crédito vitalicio se presenta como una importante herramienta de protección social de personas vulnerables.

La falta de regulación legal no impide la aplicación de la figura, que tendrá su basamento en la autonomía de la voluntad. Debemos entender que “la sobreprotección transforma al discapaz en un objeto, donde se comprueba la eliminación de todos sus derechos”.²¹

El cambio de conciencia social y la responsabilidad social pública por parte del Estado es fundamental para que la figura prospere.

²⁰ Conforme nuestro objetivo trazado dentro del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2a. circunscripción. Véase www.el-observatorio.org/2009/05/revista-instituto-de-derecho-e-integracionnum-1-2009-pdf/.

²¹ QUINN, GERARD (Director of the Centre for Disability Law and Policy at the NUI Galway School of Law – Irlanda) en el marco del *Symposium on the legal capacity of persons with disabilities in light of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, celebrado en Bruselas, 4 de junio de 2009.

Si pretendemos un Estado socialmente responsable debemos primero cambiar como sociedad, ya que el Estado es el reflejo de ésta.

6. Bibliografía

- Calo, E., *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2000.
- De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de derecho civil*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967, vol. x.
- Gil, J. A., “La hipoteca del acreedor o abierta: un choque de culturas”, *Gaceta del Notariado*, Rosario, año 57, núm. 116, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2009.
- Jiménez Clar, A. J., “La hipoteca inversa con instrumento de protección social”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Valladolid, año xxviii, núm. 113, 2009.
- Llorens, L. R. y Rajmil, A. B., “Derecho de autoprotección”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe*, Rosario, 2a. circunscripción, año 1, núm. 1, 2009.
- Muro Villalón, J. V., *La hipoteca inversa en jornadas sobre la Ley 2/1981 de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008.
- Pérez Gallardo, Leonardo Bernardino, *Del contrato a favor de tercero*, Mendoza, Ediciones Dike-Foro de Cuyo, 2001.
- Puig I Campmany, M. y Martínez I Hernández, A., *La responsabilidad social de la administración. Un reto para el siglo XXI*, Barcelona, Diputación de Barcelona. Área de Desarrollo Económico, 2008.
- Roca Sastre, Ramón María *et al.*, *Derecho hipotecario*, 9a. ed., Barcelona, Bosch, 2009, t. viii.
- Varios autores, *Actos de autoprotección – Directivas anticipadas*, Rosario, Instituto de Derecho Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2a. circunscripción, cuaderno 6, 2007. ■