

Crédito vitalicio con garantía hipotecaria

Roberto A. Lucero Eseverri

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Denominación. **III.** El crédito vitalicio: **a)** Partes contratantes. **b)** El tercero beneficiario. **c)** Posibilidades de su configuración. **d)** Exigibilidad. **IV.** La garantía hipotecaria: **a)** Caracteres de la hipoteca. **b)** El inmueble hipotecado. **c)** Vencimiento anticipado. **d)** El seguro contra daños del inmueble hipotecado. **e)** Hipoteca en garantía de deuda ajena. **f)** El usufructo del inmueble hipotecado. **g)** Legado de inmueble hipotecado. **h)** Elementos formales. **V.** Matrimonio y crédito vitalicio. **VI.** Disposiciones anticipadas y crédito vitalicio. **VII.** Finalidad social del crédito vitalicio. **VIII.** Conclusiones.

“Al examinar los pilares éticos notariales contemplamos la bondad y belleza de la profesión a la que hemos accedido, que vale la pena ejercerla en profundidad, que puede dar sentido a gran parte de nuestra vida y a nuestra contribución al desarrollo de la sociedad y de nuestro prójimo.”

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

I. Introducción

Como intérpretes de la voluntad de nuestros requirentes, los notarios encontramos en la sociedad un nuevo planteo: cómo mantener un nivel de vida adecuado cuando se afronta la etapa de la vejez¹. Una necesidad que requiere la respuesta desde el Derecho.

Observamos que muchas personas de más de sesenta y cinco años, a pesar de ser propietarios de una vivienda, no alcanzan el nivel económico deseado o incluso necesario para una subsistencia digna. Los jubilados o pensionados, por regla general, se encuentran frente a una disminución de sus ingresos netos, al tiempo que, y aún con independencia de los avatares económicos, su costo de vida personal normalmente se incrementa en virtud de necesidades médicas y asistenciales.

1. Ver nota extendida en p. 98.

Asimismo, ante esta realidad económica y social, encontramos que muchas de esas personas no cuentan con apoyo familiar para lograr cubrir tales necesidades, bien sea porque sus familiares no quieren o no pueden ayudarlos. Esta situación suele evidenciarse aún más por la presión psicológica que suele implicar para las personas mayores de sesenta años el contar con independencia económica.

La denominada *hipoteca inversa* es una de las respuestas que el Derecho brinda, consistente en una fórmula financiera y legal que permite a ese sector de la población mantener sus necesidades cubiertas de la mejor manera posible, ofreciendo a quien es propietario de un inmueble una alternativa diferente a las ya conocidas de vender el inmueble con reserva de usufructo, renta vitalicia, etcétera².

II. Denominación

La denominación *hipoteca inversa* resulta de la traducción de la figura sajona *reserve mortgage*, que tiene su origen en Gran Bretaña en el año 1965.

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 resulte obligado a su fallecimiento, y garantizada esta circunstancia con una hipoteca sobre el inmueble de titularidad del tomador.

2. ROMERO CANDAU, Pedro Antonio, "Hipoteca inversa", en *Hacia un Nuevo Derecho Hipotecario – Estudios sobre la ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario*, Academia Sevillana del Notariado – Consejo General del Notariado de España, Madrid, Consejo General del Notariado, 2008, pp. 307 y 308.

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 accesividad 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 suerte³.

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, cual es colocar la vivienda de las personas

3. ROCA SASTRE, Ramón María, Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y Joan BERNÁ I XIRGO, Derecho Hipotecario, tomo VIII, 9ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 2009, p. 97.

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 BRAVO⁴ que 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 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 N.º. 41/2007 de fecha 7 de diciembre⁵.

III. 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 de que la deuda recién será exigible acaecida la muerte de ésta (o del último beneficiario, como se explicará posteriormente), es de trascendental importancia la considera-

4. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico, Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, Vol. X, Editado por el Instituto de Estudios Jurídicos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967, p.191.

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

ción de su edad ya que cuanto menor sea su expectativa de vida mayor será la renta. Hay legislaciones que han establecido una edad mínima para la solicitud de este tipo de créditos. Así, por ejemplo, la legislación española establece una edad mínima de 65 años⁶ y en los Estados Unidos de 62 años⁷. Otras legislaciones, como la francesa, en su *Prêt viager hypothécaire*⁸, no limitan la edad para la solicitud de dichos créditos.

Es posible considerar la existencia de tomadores múltiples⁹. En este caso, todos los tomadores deberán reunir los requisitos necesarios para el otorgamiento del crédito, a diferencia de los beneficiarios, formarán parte del contrato de crédito vitalicio y por consiguiente, serán deudores solidarios frente a la obligación.

Estamos frente a una obligación solidaria ya que en este contrato la concurrencia de los sujetos pasivos *“es un elemento intrínseco que hace a la estructura unitaria de la obligación y proyecta una asociación de intereses entre las personas afectadas: de ahí surge un principio de concentración de efectos que desplaza al principio de división propio de las obligaciones de sujeto plural”*¹⁰.

En virtud de que la deuda será, en principio, exigible acaecido el fallecimiento de todos los tomadores y beneficiarios, los herederos de cada uno de los tomadores responderán con los bienes de la masa hereditaria, conforme se tratará posteriormente¹¹.

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 el recupero del capital e intereses.

La mencionada ley española No. 41/2007, en su disposición adicional primera, inciso 2 establece que *“Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España”*. En Francia¹² deberá ser un establecimiento de crédito o un establecimiento financiero. Estados Unidos, va aún más lejos, ya que la hipoteca inversa, denomina-

6. Según lo dispuesto por la Disposición Adicional 1ª, inc. a) de la ley No. 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la ley No. 2/1981, de 25 de marzo.

7. Conforme la regulación legislativa de la denominada *Home Equity Conversion Mortgage* de fecha 22 de diciembre de 1987.

8. A tenor de lo regulado en la Ordenanza Nro. 2006-346 de 23 de marzo de 2006 en desarrollo de la ley 2005-842 de 26 de julio de 2005, modificando así el *Code de la Consommation*.

9. V.gr. un matrimonio en el cual ambos cónyuges solicitan el otorgamiento del crédito vitalicio a su favor. Ver infra V.

10. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Patricio RAFFO BENEGAS y Rafael A. SASOT, *Manual de Derecho Civil, Obligaciones*, Ed. Perrot, 11ª ed., Buenos Aires, 1997, pp. 303-304.

11. Ver infra III.d.

12. Según lo dispuesto en el artículo L. 314-1 del mencionado cuerpo legal.

da *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.

Sin embargo, se ha observado en España¹³ y en general en Europa Continental¹⁴, un número muy limitado de operaciones. Desde nuestro punto de vista, como consecuencia de una falta de interés de las entidades financieras en estos créditos.

Coincidimos con Jorge CAMPOS MORAL¹⁵, quien manifiesta:

Lo que hace falta es que la banca no estropee un buen producto estableciendo una mala o desacertada acción comercial. La hipoteca inversa solo se debe vender asesorando al cliente como una renta complementaria a las pensiones públicas, las privadas y los planes particulares de cara a la jubilación para todas aquellas personas con vivienda en propiedad; cualquier otra forma de venta o de enfocar la acción comercial del producto sería un enorme error, contribuiría a desvirtuar el producto, a su rotundo fracaso e impediría un merecido y seguro éxito de este producto en nuestro sistema financiero.

Creemos que, como personas concedentes del crédito, no debe limitarse a las entidades de crédito y entidades aseguradoras. Es frecuente que las cajas profesionales¹⁶ otorguen créditos a sus colegiados, con tipos de interés más bajos a los de mercado, persiguiendo de tal modo un fin asistencial para los mismos.

El crédito vitalicio, como herramienta al servicio de la comunidad, podrá también utilizarse dentro de las cajas profesionales para mejorar los ingresos de sus colegiados pasivos.

b) El tercero beneficiario

La mencionada legislación española, en su disposición adicional primera, inc. 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.*”

13. Cfr. www.elmundo.es/elmundo/2008/09/22/suvienda/1222081607.html, consultado el 24 de junio de 2009.

14. TAFIN, Claude, *La hipoteca inversa o vitalicia* en www.ahe.es/bocms/images/content/2006/04/25/34.pdf?version=1, consultado el 2 de abril de 2009.

15. CAMPOS MORAL, Jorge, *La hipoteca inversa en el mercado español, una opción seria e inmune a la crisis hipotecaria*, en www.anaf.es/revista/031/1inf031.html, consultado el 24 de junio de 2009.

16. V. gr. la Caja Notarial de Acción Social del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe.

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-deudor¹⁷.

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*”. A tenor de lo dispuesto en el artículo No. 26 de la ley No. 39/2006 de 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 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 a 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 contrato¹⁸. 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. En este último supuesto entendemos existirá una modificación contractual que deberá contar con el consentimiento de ambas partes contratantes. Asimismo la incorporación posterior de la figura del beneficiario modificará sustancialmente las prestaciones establecidas en el contrato original al verse modificadas las presta-

17. Vid. JIMÉNEZ CLAR, Antonio J, “La hipoteca inversa con instrumento de protección social” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año XXVIII, No. 113, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 112.

18. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español de 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 de fecha 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. pos PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, *Del contrato a favor de tercero*, Ediciones Dike – Foro de Cuyo – 1ª ed., Mendoza, 2001.

ciones periódicas en virtud de nuevos costos operativos y esperanza de vida del beneficiario que incidirá directamente en el plazo de devolución del crédito, ya que si bien el beneficiario no es parte contratante del préstamo hipotecario, su fallecimiento, si fuere posterior al del deudor hipotecario, será el que determine el plazo para hacer exigible la deuda¹⁹.

En cuanto a la determinación de beneficiario, entendemos que éste debe estar designado nominativamente en el contrato ya que se trata de una determinación *intuitu personæ* en relación con su edad o estado de dependencia.

La causa de la estipulación en este tipo contractual responde a la intención liberal del estipulante a favor del tercero, lo que traería aparejado una *donación indirecta* o *liberalidad atípica*, esto es el enriquecimiento de una persona a coste de otra, por medio de un negocio distinto de aquel que tiene precisamente aquella como causa típica²⁰. En virtud de lo expuesto, consideramos cabría la posibilidad de existencia de tercero beneficiario, sin que necesariamente el estipulante reciba el beneficio.

Considerando entonces a la estipulación a favor del tercero beneficiario como una liberalidad que tiene aparejada un detrimento en el patrimonio relicto del estipulante (deudor-solicitante del crédito vitalicio), habrá que analizar la vinculación existente entre éstos, ya que al fallecer el deudor-solicitante, podrían plantearse problemas en materia de legítima. En tal caso, las cantidades percibidas por los beneficiarios, más sus intereses y costos contractuales, habrán de colacionarse o traerse a la masa de la herencia para imputarlas a la parte de libre disposición o de legítima que corresponda.

Al no ser el tercero parte contratante del préstamo hipotecario, un sector de la doctrina²¹ entiende que se precisará de su aceptación, o la de sus representantes legales, para poder, de este modo, gozar de los derechos estipulados a su favor. Por el contrario, entendemos que el derecho es atribuido directamente al tercero, por cuanto, a partir de la celebración del contrato, será titular de los derechos estipulados a su favor²². La aceptación, sea ésta expresa o tácita, tendrá por efecto la exclusión de la potestad revocatoria de las partes contratantes, permitiéndole al beneficiario el ejercicio de la acción conducente a reclamar a su favor el cumplimiento de la prestación por el promitente²³.

19. *Vid.* Disposición Adicional Primera, Inc. 1, ap. c) de la ley española No. 41/2007.

20. LÓPEZ RICHART, Julián, *Los contratos a favor de tercero*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2001, pp. 250 - 252.

21. ESPIN CANOVAS, VALVERDE Y VALVERDE, CASTAN TOBEÑAS, ALBA-DALEJO, cit. pos PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, ob. cit. p. 106.

22. *Vid.* MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, pp. 335-364.

El artículo 504 del Código Civil argentino dispone: “*Si en la obligación se hubiese estipulado alguna ventaja a favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada*”. Similar norma dispone el artículo 1257 *in fine* del Código Civil español: “*Si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes que haya sido aquella revocada*”.

Si bien los mencionados textos legales no expresan a quién corresponde la facultad de revocación, la doctrina es conteste en considerar que corresponde al estipulante. Dicho derecho tiene carácter personal y no puede ser ejercido por los acreedores del estipulante, ni por sus representantes legales, ni por sus herederos²⁴, sin embargo hay que tener presente que la aceptación deberá recaer en un lapso de tiempo prudencial, de acuerdo con el tipo contractual y puede entenderse hecha tácitamente. De este modo, pasado dicho lapso, los herederos, como continuadores de la persona del causante, podrán ejercer el derecho de revocación.

También podrá el estipulante prever la revocación automática de la estipulación, supeditada al advenimiento de una condición²⁵. Dicha revocación se producirá independientemente de una nueva declaración de voluntad del estipulante.

El estipulante, como único titular de los derechos concedidos en la estipulación, no solo podrá revocarla antes de su aceptación, sino que también tendrá la facultad personal de sustituir al beneficiario o modificar el beneficio estipulado²⁶.

La posición de persona ajena al contrato de préstamo, libera al beneficiario y consecuentemente a sus herederos de la calidad de deudores. Como bien dijéramos, la estipulación supone una liberalidad por parte del tomador-estipulante, consecuentemente será éste y a su fallecimiento sus herederos, los deudores de las prestaciones dinerarias recibidas por el tercero beneficiario, así como sus intereses y costos.

Cabe analizar la posibilidad de que un contrato a favor de tercero lleve aparejadas obligaciones correlativas a cargo del beneficiario. En tal sentido existe doctrina²⁷ y jurisprudencia²⁸ que entienden que no existe ningún obstáculo para que el con-

23. PÉREZ GALLARDO, LEONARDO BERNARDINO, ob. cit., p.112.

24. LÓPEZ RICHART, Julián, ob. cit. pp. 335-337 y BORDA, Guillermo Alejandro, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 196.

25. Vgr. La traba de medidas cautelares sobre la persona o los bienes del beneficiario.

26. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, parte general, tomo I, Ed. Zavallía, 4ª ed., Buenos Aires, 1997, pp. 588-592 y LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Patricio RAFFO BENEGAS y Rafael A. SASSOT, ob. cit., p. 210.

27. DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général, sources des obligations*, tome II, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923, pp. 233-237.

28. Sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 23 de octubre de 1995, Jurisprudencia Civil 1995, Nro. 903.

trato contenga, además de la estipulación a favor de tercero, una convención accesoria dirigida a imponer determinadas obligaciones a cargo del beneficiario de tal manera que la obligación no nace en realidad de la estipulación, sino de ese otro pacto accesorio y una vez que es aceptado por el beneficiario²⁹.

Aceptando tal consideración, podría imponerse a la designación de beneficiario una carga determinada, la cual no deberá necesariamente tener un contenido patrimonial, *v. gr.* la carga de enseñar sus conocimientos jurídicos, la carga de convivir con determinada persona, etcétera.

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, pudiendo 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 estas 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.

En los supuestos de prestaciones periódicas donde existen tomadores múltiples o beneficiarios, habrá de preverse la posibilidad de acrecimiento de éstas ante el fallecimiento de uno de ellos. Creemos que ante el silencio de las disposiciones contractuales, el acrecimiento de las prestaciones periódicas no operaría de pleno derecho, ya que la renta es considerada en función de las necesidades de cada uno de los tomadores o beneficiarios.

29. LÓPEZ RICHART, Julián, *ob. cit.* pp. 325-332.

d) Exigibilidad

La deuda (capital + intereses³⁰) será exigible a partir del fallecimiento del tomador del crédito o bien cuando fallezca el último beneficiario designado, porque en 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.

Al fallecer el tomador del crédito, ocupará su lugar de deudor un sujeto distinto al originario. En este caso no existirá novación subjetiva de la deuda ya que en los supuestos de sucesión *mortis causa* “*el heredero recibirá, deudas incluidas, sin necesidad de novación de las relaciones obligacionales*”³¹, en el sentido que la transmisión de titularidad de la deuda operará conforme con las reglas sucesorias. Se trata de un negocio *trans mortem*, entendiendo por tal, el negocio *inter vivos* en el que la muerte no es la causa, sino el elemento estructural determinante de la producción de los efectos al estar sometida la exigibilidad de la deuda a un plazo suspensivo incierto.

En virtud de ser los herederos los nuevos obligados al pago, es importante determinar cómo tomarán conocimiento el acreedor de tal circunstancia. Creemos que la mejor alternativa es la presentación periódica de un certificado de supervivencia del deudor o beneficiarios, entendiendo que la falta de presentación del mismo importaría el vencimiento anticipado de la obligación ante la presunción *juris tantum* de fallecimiento del tomador o de los beneficiarios.

En cuanto a la exigibilidad de la deuda, y como “la muerte llega sin avisar”, encontraremos repentinamente a los herederos frente a obligación de plazo vencido. Es por esto que muchas entidades financieras suelen conceder a los herederos un plazo³² para el pago de la deuda o bien otorgan a éstos un nuevo crédito (ya no vitalicio) para refinanciar la misma.

El plazo concedido tampoco configura novación de la deuda, por las causales explicitadas previamente. No habría

30. Ver nota extendida p. 98.

31. SALVADOR CODERCH, Pablo, cit. pos MORETÓN SANZ, María Fernanda, “Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fascículo II, Madrid, España, Boletín Oficial del Estado, 2008, p. 645.

32. En la tramitación parlamentaria que derivó en la ley española No. 41/2007 se había propuesto fijar un plazo de dos años, pero finalmente esa propuesta no se incluyó en el texto definitivo.

concretamente una concesión de plazo pactada con los herederos, sino que el aplazamiento de la deuda se concederá, no hasta la muerte del tomador o último beneficiario, sino hasta transcurrido un plazo determinado de tal deceso.

En cuanto a la responsabilidad de los herederos frente a la deuda, la legislación argentina, en el artículo 3363 del Código Civil dispone: *“toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga”*, por cuanto la responsabilidad de los herederos siempre se limitará a los bienes de la herencia. Contrariamente, para el Derecho español, la regla general del artículo 1084 del Código Civil establece que *“hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubieran aceptado la herencia a beneficio de inventario”*³³. En tal sentido, la ley No. 41/07 constituye una especialidad, estableciendo que *“el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia”*³⁴.

En virtud de lo expuesto, la responsabilidad del heredero se reduce a los bienes relictos y sólo a ellos³⁵.

La aceptación beneficiaria pone a cargo de los herederos o de terceras personas³⁶ la administración de la herencia. Al administrador le corresponden las funciones de conservación, administración, representación y pago de deudas y legados³⁷. Una vez pagadas las deudas y legados finalizará la administración, correspondiéndoles a los herederos beneficiarios los bienes restantes.

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.

IV. La garantía hipotecaria

a) Caracteres de la hipoteca

Partiendo del concepto de que:

(...)la Hipoteca es un derecho real mediante el cual, el titular del dominio de un inmueble determinado (especialidad objetiva)

33. Cfr. Del beneficio de inventario y del derecho de deliberar en el ordenamiento jurídico español, artículos 1010 a 1034 del Código Civil.

34. Inc. 6 de la disposición adicional primera de la ley No. 41/2007.

35. LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones*, 3ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 88.

36. En el Derecho argentino solo excepcionalmente los herederos beneficiarios pueden liberarse de su obligación de liquidar deudas y cargas de la herencia, abandonando esa gestión en manos de los propios acreedores y legatarios (artículo 3379 del Código Civil).

37. Cfr. Artículo 1026 y siguientes del Código Civil español, artículos 795 y 796 de la ley de Enjuiciamiento Civil de España y artículo 3382 y siguientes del Código Civil argentino.

38. GIL, Jorge Alberto, “La Hipoteca del acreedor o abierta: un choque de culturas” en *Gaceta del Notariado*, año 57, No. 116, publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Rosario, 2009, p. 102.

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)³⁸

podemos observar los siguientes caracteres:

a) Es un *derecho real* cuya función es de garantía ya que desde el mismo momento de resultar ella constituida, queda el bien inmueble hipotecado, cualquiera que sea su titular actual o futuro, sujeto al poder de exigir, eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a la salvaguardia de este valor, (*ius persequendi*)³⁹.

b) *Accesoriedad* a un contrato u otro acto o hecho jurídico preexistente a la constitución, del que nacen o pueden nacer, un derecho de crédito y una obligación de pagar una deuda⁴⁰.

c) *Especialidad* en cuanto a sus elementos como todo acto jurídico o derecho subjetivo, no sólo respecto de los sujetos y la causa sino también en cuanto a su objeto, la determinación de las facultades que el acreedor tendrá respecto de la titularidad del dominio pleno o menos pleno según el caso, de un inmueble determinado, y el monto tope de la responsabilidad hipotecaria.

d) *Convencionalidad*: para este tipo hipotecario como elemento esencial de toda hipoteca, es exigida dentro del ordenamiento jurídico argentino en virtud de lo dispuesto en el artículo 3115 del Código Civil argentino con el fin de desterrar, como dice su nota, las hipotecas tácitas o legales de la antigüedad que eran “*verdaderas hipotecas generales que permanecían ocultas, trabando el tráfico de los bienes y el crédito ya que nadie podría estar seguro de su privilegio que podía aparecer vencido por una hipoteca clandestina y de objeto indeterminado dado que afectaba todos los bienes del obligado*”⁴¹. En consecuencia, conforme el Código Civil argentino, sólo la voluntad de las partes podrá hacer nacer el derecho real de hipoteca, aun cuando una de ellas deba ser representada por el Juez en virtud del imperio que la ley le confiere de representar a una persona a efectos de hacerle cumplir con lo que se comprometió. No parece

39. ROCA SASTRE, Ramón María, Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, y Joan BERNÁ I XIRGO, ob. cit., p. 31.

40. Según el artículo 1857 del Código Civil español: “*Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1° Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal*” y de acuerdo con lo establecido por el artículo 3131 inc. 2 del Código Civil argentino: “*El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: [...] La fecha y la naturaleza del contrato a que accede*”.

41. MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos reales*. Tomo III, Ed. Zavallia, Buenos Aires, 1997, p. 128.

sucedir lo mismo dentro del ordenamiento jurídico español, el cual prevé la posibilidad de existencia de hipotecas legales⁴².

b) El inmueble hipotecado

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 contratación⁴³. Los 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. Para prever tal supuesto, las instituciones prestamistas suelen establecer como requisito la contratación de un seguro de supervivencia que cubra tal contingencia. En Estados Unidos la Administración Federal de la Vivienda (*Federal Housing Administration*) asegura los préstamos HECM 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 vivienda⁴⁴.

La legislación española, en el inciso primero de la disposición adicional primera, establece como requisito para el otorgamiento de estas hipotecas, la condición de que el inmueble hipotecado sea la vivienda exclusiva o habitual del solicitante. Sin perjuicio de lo expuesto, podrían otorgarse créditos vitalicios sobre otros inmuebles con garantía hipotecaria, los cuales, lejos de ser nulos, solo perderían los beneficios fiscales o garantías estatales que para ellos hayan impuesto las respectivas legislaciones. Al respecto, el autor español Ángel SERRANO DE NICOLÁS⁴⁵ expresa:

(...)la hipoteca inversa de otros inmuebles, se trata de una hipoteca inversa nominada pero no tipificada, hay en ésta segunda

42. Según el artículo 137 de la ley hipotecaria española, “*las hipotecas son voluntarias o legales*”. El artículo 138 de la misma ley establece: “*que son hipotecas voluntarias las convenidas entre las partes o impuestas por los dueños de los bienes sobre que se establezcan*”, y el artículo 158 dispone que “*solo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las leyes con tal carácter*”.

43. MURO VILLALÓN, Jesús Víctor, “La Hipoteca Inversa” en *Jornadas sobre la ley 2/19821 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*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, p. 158.

44. LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen, “Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXV, No. 711, Madrid, enero-febrero 2009, p. 250.

45. SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, “Régimen Jurídico de la hipoteca inversa”, en *Revista de Derecho Privado*, Ed. Reus, Madrid, marzo-abril, 2008, p. 38.

modalidad una hipoteca inversa sujeta –como lo estaba hasta la entrada en vigor de la reforma- a la mera autonomía de la voluntad es decir, la hipoteca inversa sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, contemplada en el n° 10 de la DA 1⁴⁶.

c) Vencimiento anticipado

Como en todo contrato hipotecario, le es inherente el deber de conservación del inmueble⁴⁷, como así también el pago de todo impuesto o carga que pese sobre él.

Cuando la situación de disminución de la garantía sea consecuencia de actos o acciones imputables al deudor, el acreedor podrá declarar vencida anticipadamente la obligación asegurada⁴⁸; sin perjuicio de ejercer las acciones legales necesarias para mantener el valor de la propiedad.

Mayor inconveniente se dará en los supuestos de casos fortuitos. Para evitar tales imprevistos, la legislación española impone como requisito constitutivo de la hipoteca inversa, el aseguramiento contra daños ocasionados al inmueble⁴⁹, tema que será tratado a continuación.

Otro supuesto de vencimiento anticipado del crédito se daría ante la transmisión voluntaria del inmueble hipotecado. La legislación española en su disposición adicional primera, inciso quinto, establece que: *“En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente”*.

Consideramos que este vencimiento anticipado del préstamo tiene su razón de ser en el espíritu propio de la figura. Sin perjuicio de lo expuesto, habrá que tener cuidado en las legislaciones en las cuales dicha situación no esté expresamente contemplada, ya que no operaría *per se* la caducidad del plazo concedido salvo que así lo estipulen expresamente las partes contratantes en el contrato originario, lo que no importaría una novación objetiva de la obligación principal.

El precitado inciso quinto de la disposición adicional primera de la ley española Nro. 41/2007 tipifica la imposibilidad de

46. Disposición adicional primera, inc. 10, de la ley española 41/2007: *“Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición”*.

47. Ver artículo 1129 del Código Civil español y artículo 3157 y siguientes del Código Civil argentino.

48. JIMÉNEZ CLAR, Antonio J, ob. cit., pp.125-127, Cfr. CARRASCO PERERA, Ángel, Encarna CORDERO LOBATO y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, tomo I, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 918-919.

49. Ver disposición adicional primera, inc. 1, ap. d.

dar por vencido el préstamo por el acreedor cuando “*se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente*”. Ahora bien, ¿qué entendemos por garantía suficiente? Livianamente, podríamos interpretar que de la tasación de la nueva propiedad surja un valor igual o superior al tasado en la propiedad de origen. Sin embargo, la sustitución de la garantía implicaría una novación modificativa del contrato, por cuanto requeriría de la aceptación de ambas partes⁵⁰. En virtud de lo expuesto, consideramos que el derecho que la ley concede al deudor podrá hacerse valer ante la justicia, en los supuestos en que el acreedor niegue tal sustitución sin causa justificada.

Finalmente habría que analizar la posibilidad de cancelar voluntariamente el crédito antes del fallecimiento del deudor o último beneficiario. El plazo se presume en beneficio tanto del acreedor como del deudor, salvo que por otras circunstancias resultare haberse puesto a favor del uno o del otro⁵¹.

Consideramos, sin embargo, que el espíritu de este tipo contractual entiende que el plazo está concedido a favor del deudor. Sin perjuicio de lo expuesto sería conveniente contemplarlo dentro del clausulado contractual. En tal hipótesis, el deudor deberá el capital recibido hasta el momento de extinción, más los intereses y en su caso y si así se previno en el contrato, el costo compensatorio tarifado contractualmente por las partes en concepto de cancelación anticipada.

En estos casos, lógicamente, el obligado al pago será el deudor hipotecante y no sus herederos. En el supuesto de existencia de pluralidad de deudores, éstos responderán solidariamente conforme lo desarrollado previamente⁵².

d) El seguro contra daños del inmueble hipotecado

El seguro contra daños pretende asegurar determinados intereses de las partes ante cierta clase de riesgos que conllevan un perjuicio para las mismas. Por una parte, la pérdida o deterioro de la propiedad implica para el acreedor una disminución de su garantía y, para el tomador del crédito, no solo la pérdida o deterioro de su propiedad, sino también el agravante del vencimiento anticipado de la deuda.

En los seguros contra daños el asegurador se compromete-

50. SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, ob. cit., p. 51.

51. Según artículo 1127 del Código Civil español y artículo 570 del Código Civil argentino.

52. Ver supra III. a.

te a indemnizar el daño patrimonial causado al asegurado si se produce el riesgo objeto de cobertura. En este tipo de seguros, lo que se asegura no es el bien en sí mismo, sino el interés que tiene el asegurado en su conservación, como relación susceptible de valoración económica entre una persona y un bien⁵³.

Nos encontramos frente a la concurrencia de intereses del acreedor y el deudor. Esta coexistencia de intereses planteará cierta disyuntiva en cuanto a su cobertura.

En la práctica bancaria se suele contratar el seguro de daños en cabeza del titular del bien hipotecado, quedando a salvo los derechos del acreedor mediante su designación como destinatario de la indemnización.

Ahora bien, ¿cómo proteger el interés legítimo del propietario del inmueble? La inversión de la indemnización en la reconstrucción del bien siniestrado es la mejor solución para resguardo de los intereses de ambas partes contratantes, ya que de este modo se retrotrae a la misma situación existente antes del siniestro.

La legislación argentina dispone en el artículo 84 de la ley Seguros⁵⁴ que, *“el acreedor notificará al asegurador la existencia de la prenda o hipoteca y el asegurador, salvo que se trate de reparaciones, no pagará la indemnización sin previa noticia al acreedor para que formule oposición dentro de siete días”*, y en el ámbito de los seguros de incendio, el artículo 89 de la misma ley declara que *“cuando se conviene la reconstrucción o reposición del bien dañado, el asegurador tiene derecho a exigir que la indemnización se destine realmente a ese objeto y a requerir garantías suficientes. En estas condiciones el acreedor hipotecario o prendario no puede oponerse al pago, salvo mora del deudor en el pago de su crédito”*. Asimismo en Italia el artículo 2742⁵⁵, párrafo primero del Código Civil concede una preferencia a la inversión de la indemnización en la reparación de la pérdida o deterioro, pudiendo la autoridad judicial, a instancia de los interesados, disponer de las cautelas necesarias para asegurar el empleo de la indemnización con dicho fin. En la legislación española, la aplicación de la indemnización a la reconstrucción del bien siniestrado debe estar expresamente contemplada en el clausulado contractual y en tal caso deberán adoptarse las garantías necesarias para que la indemnización se destine a tal fin⁵⁶.

53. VARGAS VASSEROT, Carlos, *El seguro de la finca hipotecada*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 37-40.

54. Ver ley No. 17.418 de fecha 30 de agosto de 1967.

55. Ver Artículo 2742, párrafo primero del *Codice Civile*. *“Surrogazione dell'identità alla cosa. Se le cose soggette a privilegio, pegno o ipoteca sono perite o deteriorate, le Somme dovute dagli assicuratori per idennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati, pignorati o ipotecari, secondo il loro grado, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento. L'autorità giudiziaria può, si istanza degli interessati, disporre le oportune cautele per assicurare l'impiego delle Somme nel ripristino o nella riparazione della cosa.”*

56. Cfr. artículo 42 de la ley de Contrato de Seguro de España.

Finalmente será de suma importancia la determinación del plazo en el cual se deberá llevar a cabo la reconstrucción y quién la llevará a cabo. Consideramos que la determinación del plazo de reconstrucción deberá darlo la empresa aseguradora, teniendo en cuenta la magnitud del daño a reparar; debiendo estar a cargo del propietario la gestión de las obras de reconstrucción y pagadas éstas por la empresa aseguradora, contra entrega de las respectivas facturas de obra.

e) Hipoteca en garantía de deuda ajena

El contrato de crédito vitalicio con garantía hipotecaria tiene por objetivo un fin social; concretamente, mantener un nivel de vida adecuado cuando se afronta la etapa de la vejez.

El aplazamiento acordado por este tipo contractual para el cumplimiento de la obligación de pago de la parte deudora, está dado en beneficio del solicitante, quien utiliza la garantía que el valor del inmueble de su propiedad importa, para obtener un crédito que le posibilite vivir más dignamente los últimos días de su vida. El solicitante “consumirá” el valor de su inmueble, según el tiempo que viva.

En principio, considerar que un tercero pueda garantizar un crédito ajeno con su inmueble parecería desvirtuar la figura. En tal sentido se expresa JIMÉNEZ CLAR⁵⁷:

La configuración económica de la hipoteca inversa descansa en la muy previsible utilización del valor del inmueble no solo como garantía sino también como instrumento para la recuperación del capital prestado. [...] la cuestión no radica tanto en la admisibilidad de garantes personales, cuya intervención no plantea ninguna duda con arreglo a la normativa general, sino en los efectos que su intervención produce en la estructura económica de la hipoteca inversa, y más concretamente en la *ratio* seguridad-garantía.

La legislación española en su disposición adicional primera, inciso 1 de la ley No. 41/2007, dispone: *“A los efectos de esta ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vi-*

57. JIMÉNEZ CLAR, Antonio J., ob. cit. p. 115.

vienda habitual del solicitante...". Sin perjuicio de ello, el inciso 10 de la citada disposición expresa: "Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición". De la lectura del presente inciso se observa que pueden hipotecarse inmuebles que no sean vivienda habitual del solicitante, pero dicho crédito no gozará de los beneficios otorgados por la ley.

Sin perjuicio de lo expuesto habrá que analizar cada caso en concreto ya que podrían darse excepciones que permitan la hipoteca por parte de un tercero sin desvirtuar la figura, *v. gr.* condominio sobre el inmueble, en el cual uno de los condóminos reúna los requisitos establecidos para la solicitud del crédito vitalicio.

También podría ser de gran utilidad que un hijo, por ejemplo, hipoteque un inmueble de su propiedad para garantizar una prestación periódica a favor sus padres⁵⁸.

f) El usufructo del inmueble hipotecado

Comúnmente en nuestra sociedad las personas mayores donan a sus hijos la nuda propiedad de sus inmuebles reservándose el usufructo de los mismos. En tal hipótesis nos encontraríamos con personas con edad suficiente para solicitar un crédito vitalicio, pero sin el dominio pleno de un inmueble que garantice dicho crédito.

La ley hipotecaria española, en su artículo 107, inciso 1º, establece que podrá hipotecarse

El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin.

De la lectura del precitado artículo podemos analizar, que si bien la constitución de hipoteca sobre usufructo está permitida,

⁵⁸. En este caso en concreto hay que tener presente que, si bien la garantía está dada solo por el inmueble del hipotecante, una vez fallecidos los tomadores la deuda, formará parte del pasivo sucesorio.

difícilmente una entidad crediticia otorgue un crédito cuya garantía tenga una vigencia incierta.

En este caso, como en el supuesto de condominio, deberían otorgar la hipoteca tanto el usufructuario como el nudo propietario. Ocurrido el fallecimiento del usufructuario tomador del crédito, el nudo propietario consolidaría el dominio pleno del inmueble, del mismo modo que se tornaría exigible la deuda por darse una de las causales de vencimiento de la obligación.

Si el tomador del crédito fuese el nudo propietario, nada impediría la constitución del gravamen, salvo que, como se explicó previamente, es poco probable que una entidad crediticia otorgue el crédito, sin el consentimiento, en este caso, del usufructuario.

Contrariamente a lo permitido por la normativa española, el artículo 3120 del Código Civil argentino prohíbe la hipoteca del usufructo estableciendo que *“Los derechos reales de usufructo, servidumbre de uso y habitación y los derechos hipotecarios no pueden hipotecarse”*. El codificador explica tal prohibición en la nota del referido artículo donde expresa: *“Los derechos de usufructo, uso y habitación no pueden enajenarse ni cederse porque son concedidos a determinadas personas, siempre de incierto valor pues esos derechos acaban con la persona”*. Si bien lejos estamos de compartir dicho criterio⁵⁹, lamentablemente y hasta tanto y en cuanto no contemos con una reforma legislativa, estará vedado para los argentinos constituir hipoteca sobre usufructo ni siquiera con el consentimiento del nudo propietario.

Ahora bien, dentro del derecho argentino está permitido hipotecar la nuda propiedad. Claro está, que hipotecando solo la nuda propiedad habrá menor tasación y consecuentemente menor crédito. Al respecto el notario Mario Antonio ZINNY encuentra una respuesta al problema planteando la hipoteca de la nuda propiedad, con renuncia del usufructo suspensivamente condicionada a la presentación de la demanda en el proceso de ejecución hipotecaria⁶⁰.

Dentro del contrato de crédito vitalicio con garantía hipotecaria y cuando el solicitante sea el usufructuario, se podría plantear la renuncia del usufructo suspensivamente condicionada al acaecimiento de alguna de las causales de vencimiento anticipado, ya que no sería necesario en los supuestos de ven-

59. GIL, Jorge Alberto, *Desmembraciones del Dominio*, 1° ed. Rosario, GraficArte, 2008, p. 195.

60. ZINNY, Mario Antonio, *Bonsenbiente*, Ed. Ad-Hoc, 1a. ed., Rosario, 2006, p. 192.

cimiento natural del mismo, puesto que este operaría con la muerte del tomador, momento en el cual el nudo propietario consolidaría el dominio pleno sobre el inmueble.

g) Legado de inmueble hipotecado

El artículo 867 del Código Civil español establece que *“cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para seguridad de una deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero. Si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, quedará este subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero (...)”*.

De la lectura del precitado artículo queda más que claro quiénes son los responsables de la deuda y qué consecuencias tiene aparejado la falta de pago por parte de éstos. Ahora bien, nada impediría que el testador imponga al legatario que recibe la cosa gravada el que asuma la condición de deudor de la obligación garantizada, es decir que venga también obligado al pago de la deuda y no solo a soportar la ejecución de la garantía. Esa obligación de pago puede ser considerada como modo o carga modal del legado. El cumplimiento del modo es inseparable de la atribución patrimonial y, consecuentemente, si el legatario no cumple esa carga modal, el heredero, como continuador de la personalidad del causante, podrá exigir su cumplimiento o exigir la revocación del legado por incumplimiento culposo de la carga⁶¹.

Clara diferencia se observa en el Derecho argentino, conforme lo dispuesto por el artículo 3755 del Código Civil, el cual establece: *“Si la cosa legada estaba empeñada o hipotecada antes o después del testamento [...] el heredero no está obligado a librarla de las cargas que la gravan”*. Del presente artículo se desprende que el pago de la deuda corresponde al legatario y no al heredero y así lo explica VÉLEZ SANSFIELD en la nota del precitado artículo:

Nosotros partimos del principio de que las liberalidades deben restringirse más bien que ampliarse. La hipoteca, la prenda, son una manera de enajenación (expresión que no compartimos con el codificador), y si el testador hubiese enajenado la cosa

61. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, Tomo II, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2009, p. 1970.

legada, el legado queda revocado. Por esta misma consideración el legatario debe recibir la cosa tal como se halle con los gravámenes que ella reconoce.

Ahora bien, consideramos que si la deuda excede el valor de la cosa legada, ese excedente no pesa sobre el legatario sino sobre el heredero.

h) 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.

V. Matrimonio y crédito vitalicio

Ante la existencia de un matrimonio, es frecuente que ambos cónyuges recurran al crédito vitalicio a los efectos de mejorar su calidad de vida. Ante tal supuesto habrá que analizar su régimen económico matrimonial y su posicionamiento dentro del contrato.

Más allá de la gran diversidad de regímenes económicos existentes, los más utilizados y vigentes son:

a) Régimen de separación de bienes: Cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes que poseía en el momento de casarse, y de los que adquiriera posteriormente; los administra por sí y responde exclusivamente por las deudas contraídas, sin perjuicio de la responsabilidad común por las cargas del hogar.

b) Régimen de comunidad relativa de bienes, en la cual existen dos clases de bienes: **1.** Los propios, aportados por cada

uno de los cónyuges al matrimonio, recibidos a título gratuito con posterioridad a la celebración del matrimonio y los adquiridos por subrogación real de un bien propio. **2.** Los gananciales, adquiridos durante la vigencia del matrimonio.

La mayoría de los códigos modernos permiten optar entre el régimen de separación de bienes o el régimen de comunidad de bienes⁶², sin embargo otros códigos aún mantienen un régimen ganancial forzoso⁶³.

Ahora bien, el posicionamiento de los cónyuges frente al contrato de crédito vitalicio con garantía hipotecaria estará directamente vinculado con el régimen económico matrimonial.

Procederemos a analizar las distintas relaciones entre los cónyuges y el contrato de crédito vitalicio con garantía hipotecaria:

a) Bienes privativos de un cónyuge donde sólo el titular se constituye en tomador y su cónyuge es designado beneficiario: En este supuesto el tomador será el único obligado por el contrato, siendo su cónyuge un tercero beneficiario de la estipulación efectuada por el tomador⁶⁴. El consentimiento para la solicitud del crédito sólo será requerido al cónyuge no titular, cuando el inmueble hipotecado sea sede del hogar conyugal⁶⁵.

b) Bienes privativos de un cónyuge donde ambos se constituyen en tomadores: Estamos frente a un supuesto de tomadores múltiples⁶⁶, donde ambos se constituyen en deudores solidarios de la obligación, sin perjuicio de pesar la garantía sobre el inmueble de titularidad de uno de ellos.

c) Bienes privativos de propiedad de ambos cónyuges: La responsabilidad frente a la deuda será igual a la explicada en el punto precedente, ya que ambos se constituyen en tomadores del crédito, pero la garantía recae sobre el inmueble de copropiedad de ambos cónyuges, debiendo constituirse la hipoteca sobre la totalidad del inmueble y no sobre las participaciones indivisas que a cada uno corresponda.

d) Bienes gananciales: Ante la existencia de bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición⁶⁷, considerando a la hipoteca como tal⁶⁸. En este punto observamos diferencia entre las distintas legislaciones en cuanto a la responsabilidad del patrimonio ganancial frente a las deudas contraídas por los cónyuges. Así, el Derecho

62. Ver Código Civil español, artículos 1.315 al 1344, Código Civil alemán, artículos 1.363 al 1563, Código Civil italiano, artículos 159 al 219, Código Civil peruano, artículos 295 al 331, Código Civil chileno, artículos 1.715 al 1792-27.

63. Ver Código Civil argentino, artículos 1217 al 1322, Código Civil uruguayo, artículo 1938 al 2017.

64. Ver supra III.b.

65. Ver artículo 1277, párrafo segundo del Código Civil argentino y artículo 1320 del Código Civil español.

66. Ver supra III.a.

67. Ver artículo 1277 del Código Civil argentino y artículo 1377 del Código Civil español.

68. LÓPEZ LIZ, José, *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1ª ed., 1998, pp. 139-140.

argentino establece que los bienes gananciales que cada cónyuge administre no responden por las deudas contraídas por el otro cónyuge⁶⁹. En virtud de lo expuesto, la calidad de deudor de uno u otro cónyuge estará dado por su posicionamiento dentro del contrato, es decir, si el inmueble es de titularidad de un solo cónyuge, el otro solo será deudor en la medida que sea también tomador del crédito hipotecario.

Según explica SAINZ GARCÍA⁷⁰, en España, la responsabilidad del patrimonio ganancial derivará del concreto tipo de intervención de los cónyuges en la celebración del negocio desencadenante de la deuda. Por cuanto analiza tres supuestos: **1.** Aquellas deudas contraídas por ambos cónyuges. **2.** Aquellas contraídas por uno solo de ellos con el consentimiento expreso del otro, **3.** Aquellas que hubieran sido contraídas por la actuación individual de uno de ellos (supuesto, este último, que no corresponde al análisis del crédito vitalicio en virtud de precisar mínimamente el consentimiento del otro cónyuge).

El artículo 1367 del Código Civil español dispone: “*Los bienes gananciales responderán, en todo caso, de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos con el consentimiento del otro*”.

Al respecto, la mencionada autora nos dice: “*cuando son ambos cónyuges quienes contraen la deuda conjuntamente, vemos que de su actuación se deriva una vinculación directa del patrimonio ganancial, que le hará en todo caso responsable frente a los acreedores*”. Dicha responsabilidad será *erga omnes*, por cuanto hacen responsables todos sus bienes, entre los que se encuentran no solo su participación en el patrimonio ganancial, sino también sus bienes privativos.

En los supuestos de deudas contraídas por un cónyuge con el consentimiento del otro, habrá también una responsabilidad *erga omnes* de los bienes gananciales, sin embargo, a diferencia del anterior supuesto, no se verán afectados los bienes privativos, ya que no intervienen directamente ambos cónyuges en la constitución de la relación jurídico obligatoria con pluralidad de deudores.

En virtud de lo expuesto, una vez acaecido el fallecimiento de ambos cónyuges, sus respectivas estirpes se verán obligadas, según la posición jurídica adoptada por cada uno de los

69. Ver art. 5 de la ley 11.357.

70. SAINZ GARCÍA, Concepción, *Acreedores de los Cónyuges y Régimen Económico Matrimonial de Gananciales*, Ed. Thomson-Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 31-73.

cónyuges en la relación contractual⁷¹.

VI. Disposiciones anticipadas y crédito vitalicio

El envejecimiento no siempre va acompañado de una buena calidad de vida que permita la preservación de las facultades de autogobierno. Por ello podemos encontrarnos frente a personas que cumplan los extremos necesarios para poder solicitar el crédito vitalicio, pero que carezcan de aptitudes psicofísicas para hacerlo.

Incluso, 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.

Ahora bien, ¿cómo puedo prever que respeten mi voluntad si me encuentro en circunstancias de no poder expresarla y defenderla?

Los llamados *actos de autoprotección* o *directivas anticipadas* son

(...)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 psíquicas⁷².

Doctrina y jurisprudencia⁷³ 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 *I Jornadas Nacionales de Autoprotección, Autotutela y Registro*⁷⁴ 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,

71. Ver *supra* III.b y III.d.

72. ANSÓ, Adriana Laura et al., *Actos de Autoprotección – Directivas Anticipadas*, Instituto de Derecho Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe - 2ª Circunscripción, cuaderno No. 6, Rosario, 2007, p. 9.

73. Juzgado Criminal Correccional de Transición N° 1 de la ciudad de Mar del Plata en fecha 25.07.2005, Caso "M".

74. *I Jornadas Nacionales de Autoprotección, Autotutela y Registro*, Rosario, 29 de septiembre de 2006.

75. Modificado por ley 41/2003, de 18 de noviembre.

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 1732 del Código Civil⁷⁵ 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.

Si bien el derecho de autoprotección no encuentra aún plena consagración en la legislación argentina (aunque ya hay doctrina, jurisprudencia y leyes provinciales que lo receptan e importantes avances en proyectos legislativos provinciales y nacionales), sin dudas es en los derechos fundamentales del ser humano que consagra la Constitución argentina y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados, donde se encuentra su fundamento incuestionable y su más válido sustento. La libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos son sus principios rectores, reconocidos por la comunidad internacional como derechos humanos e incorporados a la Constitución Nacional con el rango de derechos fundamentales⁷⁶.

Por lo tanto, “*toda persona competente tiene el derecho de establecer cómo quiere vivir la eventualidad de una pérdida del discernimiento*”⁷⁷, y en su caso impartir directivas sobre el destino de sus bienes a fin de asegurarse el mantenimiento de su calidad de vida o la satisfacción de sus necesidades en el futuro, cuando la edad avanzada dificulte su autonomía.

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.

76. LLORENS, Luis Rogelio y RAJML, Alicia Beatriz, “Derecho de Autoprotección” en *Revista del Instituto de Derecho e Integración* del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción, Año 1, No. 1, Rosario, 2009, pp. 55-56.

77. Ídem, p. 68.

VII. 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.

Como adelantáramos al principio de este trabajo, el crédito vitalicio nace como consecuencia de una necesidad social, cual es mantener un nivel de vida adecuado cuando se afronta la etapa de la vejez, justamente cuando existen más necesidades vitales.

El presente contrato posibilita dar liquidez al patrimonio de las personas de más de sesenta y cinco años, mejorando de tal modo su calidad de vida. Asimismo el crédito vitalicio con garantía hipotecaria, a diferencia de otras figuras, permite mantener la titularidad del inmueble.

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.

Para un correcto ejercicio de los derechos y aplicación de la figura será menester evaluar que existe una población madura, envejecida, altamente influenciada, donde se cercena lentamente el derecho fundamental de la autonomía de la voluntad. Cuando nos referimos a cambio de conciencia social, lo decimos en el sentido de comprender que cada uno es propietario del patrimonio que forjó. No son los futuros herederos los titulares de dicho patrimonio, que eventualmente recibirán con la contrapartida de cancelar la deuda que exija el acreedor.

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 edad o cualquier otra condición. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los mayores permite expresiones de autoprotección

tanto de carácter personal como patrimonial.

El crédito vitalicio con garantía hipotecaria, como dijimos precedentemente, es una herramienta más que interesante para mejorar los ingresos en la última etapa del ciclo vital del individuo, que es precisamente, cuando más lo necesita. Para ello es fundamental un cambio de conciencia donde la idea de “el inmueble que heredaré” se transforme en “el inmueble que permitirá mejorar la calidad de vida de mis padres”.

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*”⁷⁸.

En un Estado Democrático de Derecho deben adoptarse políticas públicas tendentes a mejorar la calidad de vida y garantizar los derechos de aquellas personas que por diferentes circunstancias, ya sea, edad, discapacidad, diferencias étnicas, religiosas, culturales u otras situaciones de vulnerabilidad, requiera de una especial protección jurídica que garantice su plena integración a la sociedad en igualdad de condiciones y oportunidades⁷⁹.

La Constitución de la Nación Argentina en su artículo 75 inciso 23, entre las atribuciones al congreso, dispone:

(...)legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

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 correcta-

78. PUIG I CAMPANY, Marta y MARTÍNEZ I HERNÁNDEZ, Andreu, *La responsabilidad social de la Administración. Un reto para el siglo XXI*, Diputación de Barcelona. Área de Desarrollo Económico, Barcelona, 2008, p. 49.

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

mente, 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 mayores, 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.

VIII. Conclusiones

El crédito vitalicio es una importante herramienta de protección social de personas vulnerables en razón de su edad o discapacidad.

La falta de regulación legal no impide la aplicación de la figura, que tendrá su basamento en la autonomía de la voluntad, 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.

Debe considerarse la incorporación de asociaciones, cooperativas, cajas profesionales, como posibles concedentes de éste tipo de créditos, ya que el fin social de las mismas es propio de su objeto.

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

En esta sociedad que vive de manera tan vertiginosa y utilitarista, muchas veces sólo cuenta el presente inmediato, con total olvido del pasado e ignorancia respecto del futuro. Todos somos o fuimos hijos de alguien, a quien solemos olvidar por resultar una carga. Todos en un futuro lejano, o próximo, podríamos vernos en una situación de vulnerabilidad.

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

Notas extendidas:

1. Cabe tener presente el envejecimiento poblacional. En Argentina, según cifras de los Censos Nacionales de Población, en 1869, las personas de 65 años y más representaban el 2,2 % de la población total y la esperanza de vida al nacer era 32,9 años. En 1960, la población de 65 años y más constituía el 5,6% y la expectativa de vida al nacer llegaba a los 66,4 años. En 2001, el porcentaje de los mayores alcanzó el 9,9%, y el promedio de años que se puede esperar vivir es de 73,8. Hacia 2010-2016, la proporción de ancianos se proyecta entre el 10,4% y el 10,9%. Vid. PASSANANTE, María Inés, *Ancianidad y Familia en Argentina del Bicentenario* en www.uca.edu.ar/.../ANCIANIDAD_Y_FAMILIA_EN_LA_ARGENTINA_DEL_BICENTENARIO_-_Mar-a_Ines_PAssanante_.doc, consultado el 20 de junio de 2009.

30. En lo relativo a intereses, dentro de la legislación española, hay que tener presente el artículo 114 de la ley hipotecaria: *“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 Inc. 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”*.