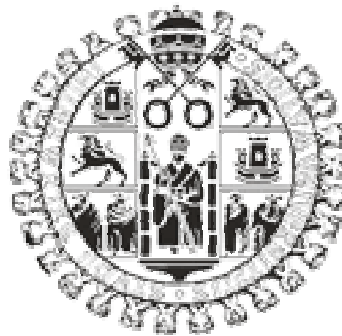


UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

ÁREA DE DERECHO CIVIL



TESIS DOCTORAL

HIPOTECA INVERSA

D^a María Jesús Orts Santos

Dirigida por Dr. D. José Antonio Martín Pérez

Salamanca, Junio de 2012.

*A mi marido Luis,
y a mis hijos Lara, Alberto y María.*

SUMARIO

ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN	13
I. CAPÍTULO PRIMERO: MARCO SOCIAL, ECONÓMICO Y JURÍDICO DE LA HIPOTECA INVERSA.....	19
1. LA SITUACION DEMOGRÁFICA EN ESPAÑA	19
1.1. La esperanza de vida. Proyecciones futuras.....	19
2. CAMBIOS SOCIOLÓGICOS	21
2.1. Transformaciones en el concepto de familia.....	21
2.2. Factores psicológicos.....	23
2.2.1. <i>La cultura de la herencia</i>	23
2.2.2. <i>El deseo de envejecer en casa</i>	26
2.2.3. <i>Opinión de los españoles respecto a la hipoteca inversa</i>	27
3. EL CONTEXTO ECONÓMICO	28
3.1. Situación financiera de las familias.....	28
3.1.1. <i>“Cultura de la propiedad”</i>	29
3.1.2. <i>El bajo endeudamiento familiar</i>	31
3.2. El sistema español de pensiones.....	33
3.2.1. <i>Fuentes de financiación</i>	33
3.2.2. <i>Valoración del importe de las pensiones públicas</i>	36
3.2.3. <i>Situación económica de la mujer en la tercera edad</i>	38
3.2.4. <i>Perfil del solicitante de hipoteca inversa</i>	39
3.3. La crisis económica iniciada en el año 2008.....	40
3.4. La hipoteca inversa y su situación en el mercado español.....	44
4. ORDENAMIENTO JURIDICO ACTUAL	46
4.1. La protección de las personas dependientes. Breve evolución de su regulación.....	46
4.2. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.....	50
4.3. Ley 41/2007, de 25 de marzo de reforma del Mercado Hipotecario	56
4.3.1. <i>Transparencia en las condiciones financieras</i>	58
4.3.1.1. <i>Normativa comunitaria. Integración de los mercados</i>	59

4.3.2. Hipoteca de máximo o flotante.....	65
4.3.3. Hipoteca recargable.....	68
4.3.4. Inscripciones en el Registro de la Propiedad.....	70
4.3.5. Otros temas objeto de la Ley 41/2007.....	71
4.4. Régimen aplicable.....	72

II. CAPÍTULO SEGUNDO: FINALIDAD, DEFINICIÓN, DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS Y REGULACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS⁷⁷

1. FINES DE LA HIPOTECA INVERSA. FUNCIÓN SOCIAL.....	77
1.1. Objetivo de la hipoteca inversa.....	78
1.2. Desarrollo de la hipoteca en nuestro entorno.....	83
1.3. Finalidad asistencial de la hipoteca inversa.....	86
1.4. Una nueva finalidad en EEUU, la adquisición de vivienda.....	89
2. DEFINICIÓN DE HIPOTECA INVERSA.....	91
3. NATURALEZA JURÍDICA.....	97
3.1. Características propias de la hipoteca inversa.....	98
3.2. La hipoteca inversa hasta su tipificación.....	100
3.3. Dos posibles estructuras obligacionales. El préstamo o el crédito.....	102
3.4. La hipoteca inversa, como hipoteca de máximo.....	105
4. FIGURAS AFINES.....	110
4.1. Contrato de alimentos.....	114
4.2. Acogimiento familiar.....	116
4.3. Cesión para alquiler.....	118
4.4. Censo reservativo.....	119
4.5. Hipoteca pensión y vivienda pensión.....	120
4.5.1. Hipoteca-pensión.....	121
4.5.2. Vivienda-pensión.....	122
4.6. Contrato de renta vitalicia.....	123
5. CONTRATOS COMPLEMENTARIOS.....	127
5.1. Plan de Previsión Asegurado.....	127
5.2. Seguro Privado de Dependencia.....	131
5.2.1. Elementos básicos del seguro de dependencia.....	135
5.3. Contrato de Seguro de rentas vitalicias y temporales.....	140
6. LA HIPOTECA INVERSA EN EL DERECHO COMPARADO.....	142
6.1. Hungría.....	145
6.2. Reino Unido.....	146
6.3. Estados Unidos.....	148
6.4. Francia.....	154
6.5. Canadá.....	156
6.6. Japón.....	157
6.7. Australia.....	158
6.8. Nueva Zelanda.....	160
6.9. Otros países.....	161
6.10. Conclusiones.....	163

III. CAPITULO TERCERO: CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA INVERSA 165

1. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA HIPOTECA INVERSA	165
1.1. Supone la excepción a muchos principios del Derechos Hipotecario.	165
1.2. Limita el poder de disposición sobre el inmueble	166
1.3. Realización del valor de los bienes	168
1.4. Indivisibilidad del derecho de hipoteca	170
2. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO	171
2.1. Subrogación general del derecho de crédito	171
2.1.1. <i>No admite la subrogación general del derecho de crédito del deudor</i>	171
2.1.2. <i>Subrogación del deudor en préstamos o créditos totalmente dispuestos.</i>	173
2.1.3. <i>Subrogación del acreedor.</i>	174
2.2. Titulización.	175
2.3. Responsabilidad limitada del deudor.	176
2.4. Préstamo vitalicio.....	177
2.5. Factores que determinan de importe del préstamo.	178
2.6. Sistema de amortización, al vencimiento.....	179
3. DIFERENCIAS ENTRE HIPOTECA INVERSA E HIPOTECA ORDINARIA	180
3.1. Determinación del importe de la hipoteca.	181
3.2. Perfil del deudor de la hipoteca.....	182
3.3. Costes de la contratación.....	183
4. RIESGOS EN LA HIPOTECA INVERSA	185
4.1. Riesgo crediticio y riesgo de liquidez	188
4.2. Riesgo de tipo de interés	189
4.3. Riesgo de amortización anticipada	190
4.4. Riesgo de devaluación del inmueble.....	192
4.5. Riesgo de supervivencia del solicitante	195
4.6. Riesgo en la fase de ejecución.	197

IV. CAPÍTULO CUARTO: REQUISITOS SUBJETIVOS..... 199

1. SOLICITANTE.....	199
1.1. Edad.....	200
1.2. Dependencia.....	204
1.3. Capacidad de contratación.	208
2. DEUDOR HIPOTECARIO o acreditado.....	211
2.1. El matrimonio y la hipoteca inversa	212
2.1.1. <i>Cuando ambos cónyuges han cumplido 65 años de edad.</i>	213
2.1.1.1. <i>Ambos cónyuges son solicitantes, o solicitante y beneficiario.</i>	214
2.1.1.2. <i>Solamente uno de los cónyuges es solicitante.</i>	215
2.1.2. <i>Caso de que uno de los cónyuges sea menor de 65 años.</i>	215
2.1.3. <i>El cónyuge viudo</i>	217
2.1.4. <i>Cuando se disuelve el matrimonio por otras causas.</i>	220

2.2. El hipotecante no deudor.....	221
2.3. Obligaciones del deudor.....	224
3.- BENEFICIARIO.....	225
3.1. Designación del beneficiario.....	225
3.2. Posición jurídica del beneficiario.....	228
3.2.1. <i>El uso de la vivienda por el beneficiario</i>	228
3.2.2. <i>La obtención de una renta por el beneficiario</i>	231
4. HEREDEROS	233
4.1 Determinación de quienes son los herederos	234
4.2. Facultades de los herederos, a la muerte del solicitante.	239
4.2.1. <i>Realizar el pago de la deuda</i>	239
4.2.2. <i>No reembolsar la deuda</i>	240
5. LEGADOS y fideicomisos.....	241
5.1. Legados sobre la vivienda.....	241
5.2. Fideicomisos sobre la vivienda.....	243
6. ACREEDOR HIPOTECARIO: ENTIDADES FINANCIERAS Y ASEGURADORAS	244
6.1. Entidades Financieras.	244
6.2. Entidades Aseguradoras.....	249
V. CAPITULO QUINTO: ELEMENTOS OBJETIVOS	253
1. DESTINO DEL CRÉDITO	253
2. EL OBJETO. LA VIVIENDA HABITUAL.....	254
2.1. Definición de vivienda	254
2.2. Definición de vivienda habitual.....	255
2.3. Vivienda habitual en la Ley 41/2007	258
2.4. Cuando deja de ser vivienda habitual. Consecuencias jurídicas.....	262
2.5. Hipoteca inversa sobre inmueble distinto de la vivienda habitual, o de segundo nivel.	264
2.5.1. <i>Diferencias estructurales en la hipoteca inversa sobre inmueble distinto de la vivienda habitual</i>	266
2.5.2. <i>Eliminación de beneficios fiscales en la hipoteca inversa sobre inmueble distinto de la vivienda habitual</i>	271
2.6. Cuando la vivienda habitual es vivienda familiar.....	272
2.7. Obligaciones del deudor respecto a la vivienda.....	274
2.7.1. <i>Especial atención al seguro de daños</i>	275
2.8. Tasación. Valor de la vivienda. Importe del préstamo.	278
2.8.1. <i>Tasación</i>	278
2.8.2. <i>Relación entre valor de la vivienda e importe del préstamo</i>	281
3. FÓRMULAS DE DISPOSICIÓN DEL IMPORTE DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO	287
3.1. Disposición única.....	288
3.2. Disposiciones periódicas.....	289
3.3. Disposiciones vitalicias.....	291
4. LOS INTERESES EN LA HIPOTECA INVERSA	293

4.1. Clases de tipos de interés.....	294
4.1.1. <i>Interés a tipo fijo</i>	294
4.1.2. <i>Interés a tipo variable</i>	295
4.1.2.1. <i>Interés a tipo variable limitado</i>	297
4.1.3. <i>Interés de demora</i>	300
4.2. Pacto de anatocismo.....	304
4.3. Comisiones y la Tasa Anual Equivalente (TAE).....	310

VI. CAPITULO SEXTO: CONSTITUCIÓN, INSCRIPCIÓN Y RÉGIMEN FISCAL..... 313

1. REGIMEN DE TRANSPARENCIA Y COMERCIALIZACION.....	313
1.1. Desarrollo normativo.....	313
1.2. Régimen de transparencia en la Hipoteca Inversa.....	316
2. FUNCIONES DE ASESORAMIENTO.....	320
2.1. Diferencia entre información y asesoramiento.....	322
2.2. Contenido del asesoramiento en la hipoteca inversa.....	324
2.3. Quién debe realizar las funciones de asesoramiento.....	326
2.4. Falta de comprensión de la hipoteca inversa.....	334
3. CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.....	339
3.1. Requisitos de la escritura de constitución.....	340
3.2. Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado.....	345
3.3. Evolución en las Resoluciones de la DGRN.....	351
4. REGIMEN FISCAL Y EXENCIONES DE LA HIPOTECA INVERSA..	357
4.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.....	357
4.1.1. <i>Tratamiento fiscal de las disposiciones del préstamo</i>	357
4.1.2. <i>Tratamiento fiscal de las rentas de seguros</i>	363
4.2. Impuestos sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados.....	366
4.3. Honorarios notariales y aranceles registrales.....	367

VII. CAPÍTULO SÉPTIMO: SISTEMAS DE GARANTÍA, CAUSAS DE VENCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA. 371

1. SISTEMAS DE GARANTIA EN LA HIPOTECA INVERSA.....	371
1.1. Garantía personal y real. Alcance del término “bienes de la herencia”... 371	
1.2. La limitación del art. 114 de la LH sobre los intereses remuneratorios. . 380	
2. CAUSAS DE CESE O SUSPENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE RENTAS.....	387
3. VENCIMIENTO ORDINARIO. FALLECIMIENTO DEL DEUDOR.....	387
3.1. Fallecimiento del deudor o del último de los beneficiarios.....	389
3.1.1. <i>Plazo a los herederos para la resolución del préstamo</i>	391
3.1.2. <i>Opciones de los herederos ante el vencimiento</i>	393
4. VENCIMIENTO EXTRAORDINARIO. CAUSAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.....	396

4.1. Venta del inmueble	396
4.1.1. <i>Venta del inmueble sin sustitución de la garantía hipotecaria</i>	396
4.1.2. <i>Venta de inmueble con sustitución de la garantía hipotecaria</i>	398
4.1.3. <i>Prohibición de disponer del inmueble</i>	401
4.2. Menoscabo del inmueble. Disminución de su valor.	408
4.3. Falta de residencia habitual. El arrendamiento.	412
4.4. Reembolso anticipado del préstamo por voluntad del deudor.	418
4.5. Otras causas de rescisión.....	421
5. LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA.....	425
5.1. El pacto comisorio del ordenamiento francés	428
6. PROBLEMAS SOBRE LA EJECUCION DE LA HIPOTECA INVERSA	434
CONCLUSIONES	437
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES	445
TABLAS ESTADÍSTICAS.	449
BIBLIOGRAFÍA.....	455

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
art./ arts.	artículos
BE	Banco de España
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil Alemán
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CERMI	Comité Español de Representación de Personas con Discapacidad
CECA	Confederación Española de Cajas de Ahorro
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Coord	Coordinador
Code	Code Civil Francais
DA	Disposición Adicional
DAP	Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado
DGS	Dirección General de Seguros
DGT	Dirección General de Tributos
Ed	Edición
ICO	Instituto de Crédito Oficial
INE	Instituto Nacional de Estadística
IPC	Índice de Precios al Consumo
IMSERSO	Instituto de Mayores y Políticas Sociales
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ITP Y AJD	Impuesto Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
EURIBOR	Europe Inter-Bank Offered Rate
FHA	Federal Housing Administration
FIPER	Ficha de Información Personalizada
FIPRE	Ficha de Información Precontractual
GP	Grupo Parlamentario
HECM	Home Equity Conversion Mortgage
HUD	Housing and Urban Development
	Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en
LAAD	Situación de Dependencia
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LMH	Ley de Regulación del Mercado Hipotecario
Núm./Núms	Número/números

MIFID	Markets in Financial Instruments Directive
OM	Orden Ministerial
Op. cit	<i>opus citatum</i>
Pág/págs	Página/ páginas.
PIAS	Planes Individuales de Ahorro Sistemático
PPA	Planes de Pensiones Asegurados
RCBB	Revista Crítica de Derecho Bancario y Bursátil
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado
RDGT	Resolución de la Dirección General de tributos
RDP	Revista de Derecho Privado
RH	Reglamento Hipotecario
RIRPF	Reglamento del Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas
SAAD	Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia
TAE	Tasa Anual Efectiva
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
UE	Unión Europea
Vid	Véase
VOL	Volumen
v. gr.	<i>verbi gratia</i>
VV.AA	Varios Autores

INTRODUCCIÓN

La hipoteca inversa se regula por primera vez en nuestro ordenamiento en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. Pero la aparición de esta figura en el mercado hipotecario comienza años antes, cuando algunas entidades financieras comienzan a ofrecer en España hipotecas inversas, o podríamos decir, hipotecas similares a la que después va a denominarse hipoteca inversa. Como recoge SERRANO DE NICOLÁS¹, esta figura ya gozaba de una tipicidad social en nuestro país antes de concretarse en el Derecho Positivo. Podemos decir, que apenas tres años después de comenzar las primeras contrataciones de esta hipoteca en el mercado hipotecario, la nueva figura fue reglada por la Ley. Una situación similar se produce en el resto de Europa, donde legislativamente se comienzan a implantar estas hipotecas ya establecidas en los países anglosajones, siendo importadas inicialmente por las entidades financieras, y posteriormente reguladas por los distintos ordenamientos; y en el resto del mundo, puesto que países muy dispares en cuanto a tradición cultural, histórica y legislativa, han adoptado, o al menos han debatido doctrinalmente la implantación en su realidad de este préstamo hipotecario, buscando una solución económica a los problemas de los mayores.

¹ SERRANO DE NICOLÁS, Á. “Régimen jurídico de la hipoteca inversa”. *RDP*. Núm. 92/2008. pág. 4.

Efectivamente, este reconocimiento legislativo por parte de los poderes públicos se intenta ofrecer nuevas soluciones a las necesidades de financiación en la tercera edad. El legislador es consciente del envejecimiento de la población, y sus consecuentes necesidades asistenciales, y además reconoce las dificultades financieras del propio Estado para hacerse cargo del cada vez mayor número de pensionistas y personas dependientes. El aumento tan significativo de este colectivo supone un auténtico reto para las familias y para la política social de cualquier país. Así, se presenta la hipoteca inversa como una figura que aporta nuevas ventajas sobre otros instrumentos jurídicos, también destinados a hacer frente a los problemas económicos de las personas que disfrutan de una vivienda en propiedad, como pueden ser, sin ánimo de hacer una enumeración exhaustiva: la compraventa con reserva de usufructo, las rentas vitalicias, censos, el contrato de vitalicio, etc. La mayor parte de estos contratos tradicionalmente son consensuados entre particulares, generalmente familiares y allegados de la persona mayor o dependiente propietario de la finca o vivienda, que de esta forma se asegura unas rentas o *asistencia* hasta el final de sus días. Y es en este punto, donde la hipoteca inversa se presenta su primera divergencia con la tradición jurídica, ya que va a ser un instrumento ajeno al ámbito familiar, figurando siempre como contraparte una entidad financiera.

De este modo, la hipoteca inversa ofrece la posibilidad de hacer líquido un importante patrimonio inmobiliario existente en la sociedad española, y se confía en las entidades financieras como acreedoras de esta hipoteca como instrumento crediticio. Los poderes públicos son conscientes del papel que han jugado estas entidades en la movilización de capitales a partir del s. XIX².

En este caso va a resultar obvio, como la hipoteca, como garantía real, tiene la finalidad de disminuir el riesgo del incumplimiento de la obligación asegurada, de tal forma que en contenido y estructura esta obligación influye en gran medida en la configuración de cada hipoteca³. Así, el modelo básico de hipoteca como derecho real de garantía, indivisible, de inscripción constitutiva y

² En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil Derechos reales y derecho hipotecario*. Tomo V, 6ª Ed. Madrid, 2008. pág. 42. "...sin la creación de los Bancos centrales y Bancos hipotecarios de los países europeos, el tradicional estancamiento económico y la concentración de la tierra en pocas manos hubieran imposibilitado la realización de las grandes obras públicas y el advenimiento de la era industrial...".

³ JIMÉNEZ CLAR, A. J. "La hipoteca inversa como instrumento de protección social". *RDBB*. Núm. 113/2009. págs. 99 y ss.

dotada de un procedimiento de ejecución sumaria⁴, se adapta a cada tipo de obligación y deuda garantizada, originando modelos diferentes y particulares de hipoteca derivados de su utilización con propósitos económico-jurídicos específicos. Hemos asistido, con el desarrollo de la Ley del Suelo, la Propiedad Horizontal o el Derecho Urbanístico, al efecto multiplicador de la noción jurídica y registral de finca como unidad hipotecable⁵. Efectivamente durante el *boom inmobiliario* se ha producido un enorme desarrollo del mercado inmobiliario. La idoneidad de la hipoteca como medio de financiación, de grandes construcciones civiles, como de distintos negocios empresariales, y sobre todo permitiendo el acceso a la vivienda en propiedad, ha popularizado esta figura y su crédito asociado participando en su evolución la mayoría de la población. Y debemos resaltar el espacio temporal relativamente corto de este fenómeno, de modo que la expansión de la hipoteca destinada a la adquisición de vivienda es un fenómeno con tan sólo 25 años de historia. Ahora la hipoteca encara nuevas formas que den solución a nuevas necesidades económicas y sociales, de manera que se reinventa en forma de hipotecas flotantes o de máximo, hipotecas recargables o hipotecas inversas⁶.

La propia ley 41/2007, en su Exposición de Motivos, define la hipoteca inversa como “...*el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituye la vivienda habitual del solicitante, persona física de edad igual o superior a 65 años o en situación de dependencia, y cuya finalidad es la obtención de una renta periódica o capital único hasta un máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución*”.

⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. “Principios que deben regir la reforma del mercado hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, En *La reforma del Mercado Hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. VV.AA. Coord. Ester Muñiz Espada. Edisofer, S.L. Madrid, 2009. pág. 34, destaca la sólida configuración de la hipoteca en España, debido a sus características destacando la inscripción constitutiva, un *ius distrahendi* donde no pueden oponerse otros derechos de crédito, un procedimiento de ejecución sumario, y unas entidades financieras competentes.

⁵ MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., “La hipoteca inversa en el marco de la ley de regulación del mercado hipotecario”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, GÓMEZ GÁLLIGO, J. Coord. Editorial Aranzadi. Tomo II. Pamplona. 2008. pág. 1202.

⁶ Por ejemplo, MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., op. cit., pág. 1203, enumera la multitud de variables que ha desarrollado la hipoteca: “*Hipoteca en garantía de créditos o préstamos con cláusula de interés variable; o en garantía de créditos que han de servir de cobertura del mercado secundario de hipotecas; hipotecas de igual rango en garantía de créditos pluripersonales heterogéneos, hipoteca global o hipoteca flotante, hipoteca con cláusula endowment, y en garantía de crédito diferido, hipoteca cambiaria, hipoteca del derecho del remanente sobre los inmuebles adjudicados en un procedimiento de ejecución, creada por la LEC de 2000, hipoteca inversa, de ampliación o recargable...*”.

A pesar de la novedad de la legislación, el concepto destaca los dos valores básicos de los bienes inmuebles: su valor en uso material, como vivienda habitual; y el valor económico o valor en cambio, como instrumento válido para la obtención de una renta o capital. Esta nueva hipoteca permite añadir al uso de la vivienda, su utilización del valor en cambio, sirve como instrumento financiero que permite la obtención de rentas. Hay que recordar que la Ley Hipotecaria de 1861 ya compilaba como función económica básica de la hipoteca, la de movilizar el valor de los inmuebles por sus propietarios⁷. Es decir, continuamos con el mismo espíritu inspirador de la antigua y moderna legislación hipotecaria desde su origen⁸.

De este modo, la propiedad inmobiliaria ya adquirida, ahora convertida en un mecanismo de autofinanciación al variar las circunstancias de la sociedad y la situación económica de algunos grupos sociales, permite movilizar de nuevo el valor de los bienes inmuebles ya adquiridos, así mismo, el sistema de publicidad inmobiliaria favorece el crédito territorial y con ello la dinamización económica de la sociedad⁹. Puesto que hasta hace poco tiempo, las dos maneras para obtener efectivo utilizando la vivienda, eran la venta de la casa o la obtención de un préstamo garantizado por el valor acumulado de la vivienda, pero con la obligación de hacer pagos mensuales del mismo¹⁰. El término hipoteca inversa proviene del derecho anglosajón, al traducirse literalmente el concepto de *reverse*

⁷ Exposición de Motivos correspondiente a la “Exposición de 6 de junio de 1860, de los motivos y fundamentos del Proyecto de Ley Hipotecaria”: “*los capitales tendrán un empleo sólido y fácil, el propietario gozará de un crédito proporcional a su verdadera riqueza, se activará la circulación, bajará el interés del dinero, y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad...*”

⁸ GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *La Permanencia de los Principios de la Ley Hipotecaria de 1861 expuestos y razonados en su excepcional exposición de motivos*. Conferencia de clausura pronunciada el día 10 de noviembre 2010 VI Edición del Curso Iberoamericano de Derecho registral. Córdoba, 2010: “...una vez más como tras casi un siglo y medio siguen vigentes los principios fundamentales de la primera Ley de 1861 ampliamente razonados y expuestos en su magistral Exposición de Motivos, a salvo los imprescindibles retoques y perfeccionamientos que ha ido exigiendo la realidad social de cada momento y nuevos problemas que era imposible que tuvieran en cuenta los legisladores de la mitad del siglo XIX, como todo lo relacionado con el urbanismo, aspectos procesales registrales o el ingreso en el Registro de titulaciones administrativas o figuras impensadas en aquellos días como la anunciada “hipoteca invertida o inversa”, de nombre algo equivoco e hija extramatrimonial de la renta vitalicia a la que se le quiere incorporar una prohibición de disponer, figura ésta que doctrina y jurisprudencia miramos con tanto recelo en el ámbito patrimonial, como enjuiciamos a la incapacitación en la esfera personal.”

⁹ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 101; igualmente, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 20.

¹⁰ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP) *Home Made Money*, 2007, www.aarp.org/money/revmort. 24/02/2011, Washington. D.C. pág. 8; y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 21.

mortgage, como contrapuesta, o para diferenciarla de la denominada *forward mortgage*, hipoteca delantera o avanzada, es decir la hipoteca ordinaria.

Hay que destacar a la hora de afrontar este trabajo la novedad jurídica de la hipoteca inversa y las ventajas que ofrece frente a otro tipo de contratos: como el hecho de permitir al solicitante no abandonar su hogar, tampoco supone la pérdida del inmueble por tener que asumir una venta o una cesión de la posesión, o qué únicamente se va a consumir el patrimonio necesario hasta el fallecimiento del deudor, y el hecho de que sea un contrato formalizado fuera del entorno familiar, donde la contraparte va a ser una entidad financiera sometida a una serie de requisitos, cargas y controles legales.

Queremos insistir en el hecho de que el deudor va a continuar viviendo en su vivienda habitual, en su hogar. La mayor parte de las personas desean terminar sus días en su entorno, aquel que han construido a lo largo de los años. Es lógico, que un porcentaje muy alto de españoles y de personas mayores en todo el mundo desee vivir hasta el final de sus días en su casa, pero incluso si su deseo o sus necesidades le llevan a vivir en una residencia, esta figura le puede ayudar a disponer de los ingresos necesarios para decidir dónde quieren vivir, sin condicionamientos económicos.

Por otro lado, las características de esta hipoteca, su cambio en la estructura del crédito y las garantías de la misma hacen a esta hipoteca especial en cuanto a la obligación asegurada, y presenta algunas incertidumbres jurídicas que la práctica, la jurisprudencia y la Dirección General de Registros y Notariado deberán ir perfilando, a medida que se desarrolle en el mercado inmobiliario.

Aunque la doctrina al respecto de esta figura todavía no es muy extensa, sí es cierto que nace como un contrato polémico, con sus defensores y detractores. Unos la defienden y otros polemizan sobre muchos de sus aspectos, incluso los hay que la ridiculizan o menosprecian, considerándola en todo caso, como una hipoteca con un sistema de amortización especial. Efectivamente, se trata de una figura creada en parte como medida social, por lo que el legislador se reserva la facultad de modificar detalles de su estructura en función de situaciones políticas o económicas, como por ejemplo la edad para su contratación, el régimen fiscal o arancelario, etc.

No obstante, consideramos que esta hipoteca rompe con muchos principios del Derecho Hipotecario español, además de tener una función social muy específica, como veremos más adelante. Pone en tela de juicio, el sistema de responsabilidad universal, tal y como la conocemos en el sistema hipotecario;

admite excepciones *ex lege*, a los principios hipotecarios, delimitando un nuevo derecho real de hipoteca. Y por tanto, merece un estudio pormenorizado.

En todo caso, este trabajo pretende dar a conocer la hipoteca inversa, sus orígenes, su estructura, analizar las normas que la regulan, intentando comprender al legislador y el espíritu de la Ley; y destacando los puntos fuertes y débiles de la misma. Nos preguntaremos por qué surge en el momento actual, cómo se desarrolla, qué conflictos jurídicos plantea esta figura al interferir y complementarse con otros mecanismos preestablecidos, qué futuro tiene en nuestro país y en nuestro entorno europeo.

I. CAPÍTULO PRIMERO: MARCO SOCIAL, ECONÓMICO Y JURÍDICO DE LA HIPOTECA INVERSA.

1. LA SITUACION DEMOGRÁFICA EN ESPAÑA

1.1. LA ESPERANZA DE VIDA. PROYECCIONES FUTURAS.

La población española en los últimos años ha experimentado grandes cambios, en su composición, en su número de habitantes, pero sobre todo destaca el envejecimiento que la población ha alcanzado, situando la esperanza de vida media de la sociedad española en torno a los 83 años.

España es el quinto país con más población anciana de la Unión Europea y el segundo con menos población joven. En el 2050, la Organización de Naciones Unidas estima que España será, tras Japón, el país más envejecido del mundo, con el 31% de su población total. Los octogenarios son el colectivo que más ha crecido en la última década, un 53% frente al 9,9% de crecimiento del total de la población. De hecho, la población con edad superior a los ochenta años, son un fenómeno relativamente reciente, propio de los últimos 20 años, puesto que antes resultaba difícil encontrar personas que llegasen a esa edad, cuando hoy es habitual en nuestras familias¹¹. Distintos factores han estimulado el aumento de la esperanza de vida: una mayor calidad de vida, los importantes avances médicos y el acceso generalizado a los servicios sanitarios dan lugar a una mayor esperanza de vida en todos los segmentos de edad, con unas cifras de mortalidad muy por debajo del denominado técnicamente “*reemplazo generacional*”. El Informe de Naciones Unidas sobre envejecimiento de la población Mundial, proyección entre 1980 a 2050, advierte de los intensos cambios demográficos que obligan a todas las sociedades a reestructurarse para

¹¹ Véase el estudio sobre los factores que animan a la tercera edad a tomar decisiones sobre la asistencia y financiación realizado por COSTA FONT, J.; GIL TRASFÍ, J.; MASCARILLA MIRÓ, O. *Capacidad de la Vivienda en Propiedad como Instrumento de Financiación de las Personas Mayores en España*. Premio Edad y Vida 2005. Centre d'Anàlisi Econòmica i de les Polítiques Social, CAEPS-Universitat de Barcelona, 2006. LSE Health and Social Care, London School of Economics, Londres. págs.19 y ss.

encontrar nuevas formas de vivir, trabajar y atender a otras personas en un entorno con elevados porcentajes de personas mayores¹².

Y la tendencia de nuestra sociedad hacia una mayor longevidad no ha alcanzado su cuota mayor, sino que el mayor aumento de población de avanzada edad, está todavía por llegar, en particular las generaciones del *baby-boom* español que nacieron a lo largo de los años 60 hasta mediados de los años 70 del siglo pasado, que deberán todavía llegar en los próximos años a su fase más longeva.

En el otro lado de la balanza, la población joven tenderá a experimentar un cierto retroceso. Los índices de natalidad en España se sitúan entre los más bajos de Europa¹³. No obstante, surge un tercer factor a tener en cuenta en la situación demográfica española: los importantes flujos migratorios iniciados a mediados de la década de los años noventa del siglo pasado, y que incluso no están muy bien documentados, en ocasiones por su carácter clandestino. Como dato de referencia diremos que en el año 2007, representan un aumento del 10% de la población, hasta superar los 4 millones de personas, en su mayor parte de edad media baja, pero con un índice de natalidad muy superior a la media de la población española.

Como consecuencia, el periodo entre 2020-2050¹⁴ será el momento en el que se concentrarán, en la edad de jubilación, las amplias generaciones del *baby-boom*, y en la edad de trabajar las generaciones de menor número de individuos, la *baby-burst*, que deberá afrontar sin duda uno de los mayores retos previstos para el sistema de protección social español¹⁵. Por lo tanto, y a la vista de estos datos, la nueva situación es cuanto menos preocupante, y por lo tanto, se deberán prever y articular nuevos sistemas e instrumentos jurídico-económicos.

Algunos autores se plantean incluso a qué franja de edad debemos denominar población mayor. El aumento de la longevidad nos llevaría hoy en día a cuestionarnos esa definición de población mayor a partir de los 65, y a situar dicho umbral en edades quizás más altas, como los 70 u 80 años, especialmente

¹² Vid. BERROCAL LANZALOT, A.I., “Hipoteca inversa y otros instrumentos financieros afines”, *Academia Sevillana del Notariado*, págs. 28 y ss.

¹³ Datos publicados por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA. www.ine.es 08/03/2011.

¹⁴ Vid. TABLAS ESTADÍSTICAS.

¹⁵ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., LÓPEZ ARES, S. y QUIROGA GARCÍA, R., *Diseño de Hipotecas Inversas en el Mercado Español*, Instituto de Mayores y Servicios Sociales. Marzo, 2007. pág. 14.

cuando esta clasificación por edad busca identificar personas con riesgo de sufrir situaciones de dependencia, que se producen típicamente a partir de los 75 años¹⁶.

Las estadísticas plantean un crecimiento de la población mayor de 80 años que pasará de 1,6 millones en 2001 a 4 millones en 2060, lo que supone multiplicar casi por cuatro el número de mayores de edad muy avanzada, en nuestro país. La atención que necesitará este grupo de población centralizará la mayor demanda conocida de servicios sanitarios y cuidados ligados a la dependencia¹⁷.

2. CAMBIOS SOCIOLÓGICOS

2.1. TRASFORMACIONES EN EL CONCEPTO DE FAMILIA.

Los modelos familiares en los últimos 20 años sufren una profunda transformación en sus estructuras:

Entre estas variaciones, podemos mencionar la desaparición de la familia extensa, que proporcionaba asistencia a todos sus miembros, incluidos desde los núcleos familiares más reducidos, a las relaciones familiares más lejanas.

Se difumina la institución de la familia como institución permanente, debido principalmente al incremento del número de separaciones, divorcios y posteriores nuevos matrimonios. Al mismo tiempo, el número de familias monoparentales y uniones de hecho crece, alejándose de la idea de familia tradicional. Los nuevos conceptos de familia, nos llevan al aumento del número de hogares, pero se observan cambios en la composición de los mismos, en concreto, aumenta relativamente el número de hogares de uno o dos miembros, muchas veces centrados únicamente en los dos miembros de la pareja¹⁸.

Asimismo, se produce un fuerte incremento de personas que viven solas, sin llegar a niveles tan altos como en otros países centro-europeos. A título de ejemplo, se calcula que en España, la proporción de personas que viven solas es

¹⁶ Para profundizar sobre estos temas, COSTA FONT, J. op. cit., págs. 19 y ss.

¹⁷ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., pág. 15.

¹⁸ Datos publicados por el BANCO DE ESPAÑA. “Encuesta Financiera de las Familia (EFF): Métodos, Resultados, y Cambios entre 2002 Y 2005” [Fecha de publicación: 02/01/2008]. <http://www.bde.es/informes/be/infanu/2006/inf2006.pdf>. Madrid, 2007. págs. 6 y ss.

de un 16%¹⁹, frente a otros países como Alemania donde este porcentaje se sitúa en torno al 41%²⁰.

Otro factor a tener en cuenta en este profundo cambio social es la creciente movilidad geográfica de los distintos miembros de la familia que generalmente por razones de trabajo, aleja a los familiares directos, e impide la convivencia y el auxilio que tradicionalmente prestaba la institución de la familia a todos sus miembros.

Igualmente, la democratización en las relaciones inter-generacionales, al igual que entre los miembros de la pareja, y la permanencia de los hijos en el hogar familiar hasta edades más adultas, que llegan a superar los 30 años, se suman a los nuevos cambios en la estructura familiar. Se ha producido una verticalidad de la familia, con menos hijos y más generaciones de la misma familia conviviendo en el tiempo, aunque no en el mismo espacio: pasándose de convivir en el mismo hogar, a vivir en distintas ciudades o países.

Pero sobre todo, el cambio más profundo al que se ha enfrentado la sociedad y sobre toda la familia es la posición social y familiar de la mujer, con su incorporación al mundo laboral. Esta transformación afecta sobre todo a las mujeres de entre 45 y 65 años de edad, que eran las encargadas de prestar tradicionalmente ayuda y cohesión al resto de la familia²¹. La mujer deja de aportar ayuda a la familia como *cuidador informal*, y deja de realizar todo tipo de tareas no remuneradas encaminadas al cuidado específico de los más pequeños y los más ancianos del grupo familiar. Hay que advertir además que la transformación sufrida en el concepto de familia afecta también al concepto de vecindad: de modo que si las relaciones vecinales antes podrían servir de apoyo o ayuda en algunos momentos, -como puede verse actualmente en pueblos o comunidades pequeñas-, la transformación de la familia y la estructura de las ciudades han hecho disminuir los lazos vecinales y sus consecuentes beneficios.

Estos cambios familiares van a tener importantes repercusiones, ya que sobre el pilar de la familia estaba organizado el sistema de atención a los dependientes y mayores, a través de la base de una solidaridad familiar, donde era la familia, quien se ocupaba de atender a sus mayores y dependientes, y

¹⁹ Datos extraídos del MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (IMSERSO) *Encuesta mayores 2010*. [Fecha de publicación: Septiembre 2010.].

²⁰ Véase los datos publicados y tratados por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (IMSERSO) *El Libro Blanco de la Dependencia* [Fecha de publicación: Diciembre 2004]. www.imsersomayores.csic.es/documentacion/documentos/libro-blanco- Madrid, 2004. pág. 30.

²¹ COSTA FONT, J., op. cit., págs. 21 y ss.

donde la ayuda proporcionada por el Estado era subsidiaria. De hecho, en los países del sur de Europa, bajo la impronta mediterránea, como España, la familia se ocupa de algo más de dos terceras partes de la atención a los mayores en situación de dependencia, con lo que la atención comunitaria o ayuda prestada por el Estado, cuenta con escaso desarrollo, a pesar de que en los últimos años se ha comenzado a desarrollar legislativamente. Frente a esta situación, es completamente contrario lo que sucede en el Reino Unido, por ejemplo, donde tan solo el 32% de la población recibe únicamente ayuda informal por parte de su familia o allegados, y la atención comunitaria en residencias o atención domiciliaria, está altamente desarrollada²².

Destaca el profesor ALONSO PÉREZ que estos cambios sociales conllevan nuevos planteamientos en el Derecho, con cambios sustanciales en materia de familia: como nuevas fórmulas convivenciales o el acogimiento de familia; nuevas formas de tutela, autotutela e incapacitación; nuevas vías hereditarias como la modificación de las legítimas, el sistema de mejora o los contratos sucesorios; normas reguladoras de las relaciones con los nietos; cambios en la legislación de consumidores y usuarios, por el incremento de personas que superan los 65 años; mejoras en el sistema de pensiones y Seguridad Social, entre otras adaptaciones a la nueva realidad²³.

2.2. FACTORES SICOLÓGICOS.

2.2.1. La cultura de la herencia.

El economista Franco Modigliani, elaboró la teoría del “*ciclo vital*”, según la cual las personas más racionales, no se plantean dejar herencias y sí pretenden mantener el mismo nivel de consumo a lo largo de toda su vida. Para ello, el ahorro que acumulan durante los años de su vida activa lo dedican a consumir en los años de jubilación²⁴. Pues bien, los españoles podrían ser la excepción que confirma la regla, ya que el 90% piensa dejar su vivienda en herencia a sus hijos o familiares. Pero los motivos personales por los que se

²² Vid. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (IMSERSO) *El Libro Blanco*. op. cit., págs. 34 y ss.

²³ ALONSO PÉREZ, M. “Diversas formas de valorar la ancianidad y sus consecuencias”, *Protección jurídica de los mayores*. La Ley, Madrid, 2004. Págs. 25.

²⁴ PASCUAL, R. “Hacia menos herencia y más renta vitalicia”. *CINCO DIAS*, www.cincodias.com. Madrid [Fecha de publicación: 26/10/2007]. pág. 1.; En el mismo sentido, COSTA FONT, J., op. cit., págs. 87 y ss.

desea dejar una herencia son muy diferentes: un tercio argumenta que el motivo de legar su patrimonio, es el deseo de mejorar el nivel de vida de sus hijos; mientras que un 25% alegan causas *egoístas*, como por ejemplo, favorecer que *se ocupen de ellos*, y otro porcentaje idéntico de población, asegura tener un patrimonio acumulado para hacer frente a posibles contingencias²⁵.

Varios factores explican que en España se tenga esta *cultura de la herencia*: por un lado, la aversión al riesgo, y por otro, la incertidumbre a la hora de afrontar económicamente los últimos años de vida, lo que ha llevado a herencias accidentales por motivos de precaución, al tratarse de patrimonios en principio destinados a unas contingencias que nunca ocurrieron; o bien como una estrategia de intercambio de padres a hijos, de modo que los padres para conseguir el cuidado, cariño y la atención de sus hijos y parientes les ofrecen a cambio, la posibilidad de una herencia futura. También se ha resaltado la capacidad de sacrificio y adaptación de los mayores a las nuevas circunstancias económicas tras la jubilación, por restrictivas que éstas sean para su bienestar, evitando ser una carga para sus hijos y malviviendo en muchas ocasiones con unos ingresos muy precarios²⁶. El deseo y afán por conservar intacta la herencia de sus hijos puede dar lugar a situaciones de vivencia en condiciones paupérrimas. Aunque en España los mayores prefieren ser cuidados por su familia, esta tendencia es decreciente, bien porque las estructuras sociales han cambiado, como hemos expuesto, bien porque el mayor nivel formativo de nuestros mayores también influye en la preferencia por cuidados profesionales, tanto en hombres como en mujeres²⁷.

No obstante, los españoles son conscientes de las dificultades y sobre todo de los costes que conlleva su atención y cuidado, tanto si éste se presta por parte de sus hijos, de personal contratado en su domicilio, o a través de su estancia en

²⁵ COSTA FONT, J., op. cit., págs. 20 y ss., analiza los resultados de una amplia encuesta realizada entre españoles de avanzada edad.

²⁶ ROCA GUILLAMÓN, J., “La hipoteca inversa como medio de protección económica de los mayores”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, REBOLLEDO VARELA, Á. L., Coord. Dykinson, S.L. Madrid 2010. pág. 666. VORMS, B., “Equity Release Products”, en DEMHOW project Demographic Change and Housing Wealth, University of Birmingham, Brussels, 2010. págs. 15 y ss. Este estudio constata que en países de la cuenca mediterránea muchos jubilados podrían estar por debajo del umbral de la pobreza, porque las pensiones o ingresos que reciben no son lo suficientemente altos para permitir una vida digna, o atender incluso a los gastos de sus propias propiedades. Se verifica en los casos de propiedad horizontal donde los vecinos jubilados no pueden atender las reformas en los edificios, muchas veces por falta de ingresos.

²⁷ Datos extraídos de la MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (IMSERSO) *Encuesta mayores 2010*. [Fecha de publicación: Septiembre 2010.]

una residencia. Pero, la cultura de la herencia, o cultura paternalista²⁸, como también se la ha denominado, está muy enraizada en su nuestra forma de pensar y prefieren mantener el patrimonio en su propiedad para cederlo a sus descendientes.

Las circunstancias demográficas han cambiado como hemos visto, por lo que deberíamos tener en cuenta que la edad de fallecimiento es hoy suficientemente elevada como para restar valor al beneficio de la transmisión física del inmueble. Debido a las diferencias de edad, los herederos directos ya poseen, en muchos casos, una vivienda en el momento de fallecimiento de sus progenitores. Al mismo tiempo, la mentalidad va cambiando en el terreno educativo y empieza a considerarse más importante dejar como herencia a los hijos una buena educación, una formación académica cada vez más amplia y más costosa, tanto en tiempo como en dinero, que les ayude a mejorar sus oportunidades en la vida, antes que un patrimonio que hereden en una edad ya avanzada. Autores como ROCA GUILLAMÓN²⁹ señalan cómo los cambios sociales incitan a repensar la actual estructura de legítimas³⁰. Se cuestiona al menos la reducción de su cuantía, ya que están pensadas y legisladas para una sociedad rural, y no para la actual composición de la sociedad. Por ejemplo, y siguiendo esta idea, el Codi Civil de Catalunya se ha modificado con la publicación de la Ley 10/2008, de 10 de julio, variando el sistema de sucesiones³¹.

²⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 167.

²⁹ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 666.

³⁰ Igualmente, la profesora PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: Las soluciones del Derecho civil*. Universidad Rey Don Juan Carlos. Madrid, 2011. pág. 119., llama la atención sobre como la doctrina propugna la desaparición de la legítima, especialmente en presencia de hijos discapacitados.

Del mismo modo, TORRES GARCIA, T. F., “Legítima, legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)”, en *Derecho de sucesiones presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil. Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006. pág. 226, muestra como en la realidad social tanto nacional como europea se decantan menos partidaria de la intangibilidad de las legítimas, y busca un sistema más homogéneo ante la diversidad local y foral. En la prántica, la mayor parte de las veces en ausencia de hijos o descendientes los cónyuges otorgan testamento instituyéndose recíprocamente herederos, y si hay descendientes se instituyen en usufructo sobre la totalidad de la herencia, via el art. 820.3 CC.

³¹ La Ley 10/2008, de 10 de julio, aprueba el libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, en el ámbito de la sucesión intestada se mejora la posición del cónyuge viudo extendiéndolo el concepto también al conviviente de una unión estable, homosexual o heterosexual. Así, cuando concurra a la sucesión intestada con hijos o descendientes del causante se le reconoce el derecho al usufructo universal de la herencia del difunto extendiéndolo a las legítimas. El usufructo universal no se extingue por el hecho de que el

Las nuevas circunstancias sociales, la dispersión geográfica de la familia por causas profesionales, entre otros motivos, permiten pronosticar una pérdida de los motivos altruistas de la herencia, y que el deseo de dejar riqueza a los descendientes disminuya³².

2.2.2. El deseo de envejecer en casa.

A este contexto se suma otro factor psicológico ya mencionado y que estudios sociológicos lo confirman: nuestros mayores desean envejecer en su casa, en su entorno. No son porcentualmente partidarios de vivir en residencias asistenciales, sino en su propia vivienda³³. Esta teoría, que se confirma, no sólo como una nota característica de los españoles, sino que se reitera en todos los países, y en cualquier cultura³⁴. Y esta voluntad deberá ser respetada por los descendientes, pues mientras la capacidad de obrar no haya sido limitada por sentencia judicial, la decisión de ingresar o no en un centro residencial será exclusiva del mayor o dependiente, y en todo caso, deberemos estar al procedimiento previsto en el art. 763 Ley de Enjuiciamiento Civil, para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico³⁵. Cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 19 de abril de 2006 que ratifica la condena en instancia a los hijos de la demandante por los daños sufridos en virtud del ingreso en un centro residencial ordenado por sus descendientes, y en contra de la voluntad de la anciana a pesar de la plena capacidad de la misma³⁶.

cónyuge o conviviente viudo contraiga nuevo matrimonio o conviva con otra persona. Igualmente se incluye la posibilidad que tiene el cónyuge o conviviente viudo, en caso de presentarse a la sucesión pueda optar por conmutar el usufructo universal por la cuarta parte alicuota de la herencia más el usufructo de la vivienda familiar. También ha introducido importantes novedades con la nueva regulación de los pactos sucesorios, con un régimen más abierto y flexible.

³² COSTA FONT, J., *Capacidad de la vivienda...*, op. cit., pág. 40.

³³ COSTA FONT, J., *Capacidad de la vivienda...*, op. cit., pág. 45.

³⁴ HISASHI OHGKI, *Economic Implication and Possible Structure for Reverse Mortgage in Japan*, Japón, 2003. pág. 3, recoge la voluntad de los japoneses de continuar en su hogar.

³⁵ MORETÓN SANZ, M^a. F., "Derechos y obligaciones de los mayores en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70. 2007. pág. 63.

³⁶ SAP Albacete 96/2006, JUR 2006\144228: "...Conviene recordar que aquí lo que analizamos no son las finalidades perseguidas con el ingreso, la intención pudo ser buena, sino que se ha restringido, a pesar de ser capaz, su libertad. Y si decimos ello es porque esa privación de libertad es lo que es merecedor de las indemnizaciones que se conceden."

2.2.3. Opinión de los españoles respecto a la hipoteca inversa.

En la encuesta realizada por COSTA FONT, destinada a conocer cómo desean afrontar las personas mayores sus últimos años de vida, se realiza una primera valoración de la hipoteca inversa por parte de este colectivo³⁷. Se puede constatar que las personas mayores comienzan a valorarla en función de las necesidades que cubre, como instrumento para la atención a las personas de avanzada edad que necesitan o desean una asistencia sanitaria o diaria que no pueden financiar con sus ingresos habituales. Así mismo, otras encuestas, muestran como existe una actitud negativa hacia este contrato, al que ven, no como un recurso financiero para el día a día, sino únicamente destinado a emergencias o incertidumbres ya que consideran la vivienda como un activo relevante de su patrimonio del que no quieren desprenderse, ni hipotecar o poner de algún modo en peligro³⁸. Estas encuestas muestran el largo camino que socialmente le queda por recorrer a la hipoteca inversa, y a todo contrato que en definitiva busque un aumento de las rentas al final de la vida, contra la disposición de cualquier modo de la vivienda familiar. En definitiva falta un proceso de mentalización hacia cualquier figura jurídica que implique una renuncia o carga sobre un bien de propiedad de la persona mayor. La disposición de un bien para la obtención de una renta trae consigo siempre reticencias por parte de los mayores, más si se trata de su propia vivienda. Pero no hablamos sólo de la hipoteca inversa, también es el caso de otras instituciones jurídicas como la renta vitalicia, seguro de rentas previa disposición de un bien, etc.

³⁷ COSTA FONT, J., op. cit., pág. 40. En *Capacidad de la vivienda...*, estos autores realizan un estudio estadístico basado en una encuesta realizada a una población de 10.000 residentes en España, con un total de 500 encuestas finalizadas. Además de las preguntas de tipo personal como: edad, sexo, número de hijos, estado civil, etc. Se centran en conocer cómo pretenden vivir en sus últimos años los encuestados su vejez, con preguntas como: ¿cómo le gustaría afrontar la vejez? En su casa, en una residencia, en compañía de sus hijos, etc. ¿cómo va a afrontar la vejez? ¿de cada 10 personas de su entorno cuantas se privan o han privado de cosas y en cambio dejarán una herencia a sus descendientes? ¿ha oído hablar de la hipoteca inversa o pensión hipotecaria? ¿Bajo qué circunstancias la contrataría?

³⁸ Así mismo, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I y otros, op. cit., págs. 90 y ss. Recoge los resultados de la empresa Invesmark que entre el 4 y 26 de septiembre de 2006 realizó una encuesta de un total de 1000 encuestas válida a nivel nacional, preguntando si habían oído hablar de la hipoteca inversa, si estarían dispuestos a contratarla, a qué edad lo haría, cómo valoran su patrimonio en vivienda, etc., donde se reveló un profundo desconocimiento de la hipoteca por la población de mayor edad, y una aversión al endeudamiento, y a hipotecar y dejar con alguna carga sobre la herencia de sus hijos, incluso rechazando la información del producto.

En síntesis, hay que partir de que la sociedad se ha transformado de modo que el número de años que una persona espera vivir tras su jubilación puede ser muy amplio, hemos pasado de una media de 10 años a una media de 20 años de pervivencia. No obstante, sus hijos o familiares no van a estar siempre para prestarles la atención necesaria, bien por dispersión geográfica o porque no todas las familias están dispuestas a albergar a una persona mayor en su casa con todos los inconvenientes que implica. Tampoco la herencia constituye un intercambio generacional con el valor económico que antes representaba; los hijos van a heredar a los padres a los sesenta años cuando ya sus necesidades habitacionales están cubiertas. Y por último, porque la mentalidad cambia y se prima más el gasto en educación, o la ayuda en el momento en que se independizan los hijos, que una futura herencia. Como consecuencia, serán las personas mayores quienes tendrán que anticiparse en preparar económicamente y decidir qué atención van a recibir en su vejez, y cómo se va a transferir su patrimonio a sus hijos. Aunque también a menudo estamos ante mayores dependientes que requieren ayuda asistencial o un centro residencial, y necesitan ingresos adicionales para costear tales gastos.

Una de las ventajas de figuras como la hipoteca inversa o las rentas vitalicias es que ofrecen a los prestatarios la posibilidad de prestar ayuda económica a sus hijos, nietos y otros parientes³⁹. El hecho de disponer en vida de un mayor nivel económico le permitirá, en ese deseo de apoyo a la familia, disfrutar al ver la ayuda prestada a sus descendientes.

3. EL CONTEXTO ECONÓMICO

3.1. SITUACIÓN FINANCIERA DE LAS FAMILIAS.

Según datos publicados por el Banco de España⁴⁰, la buena situación económica de que ha disfrutado España desde los años 90 hasta la crisis económica iniciada en 2007, había impulsado el abanico de instrumentos ofrecidos por las entidades de crédito a su clientela, habiendo desarrollado nuevas fórmulas de financiación. El nuevo entorno económico y financiero que

³⁹ TAFFIN, C. “La hipoteca Inversa o Vitalicia”. *Asociación Hipotecaria Española Informes externos*. [fecha de publicación 1/3/2006]: www.ahe.es/web_PROFESIONALES/P_informes/ pág. 5.

⁴⁰ Datos publicados por el BANCO DE ESPAÑA, “Informe Anual, 2006” [en línea], Madrid, 2007. <http://www.bde.es/informes/be/infanu/infanu.htm>, págs. 38 y ss.

se habría propiciado durante estos años, había aliviado las restricciones que obstaculizaban la participación en el mercado del crédito de segmentos muy amplios de la población. Se había permitido y propiciado un aumento sensible de la accesibilidad al crédito bancario a todas las escalas sociales. Así mismo, la reducción de los tipos de interés había impulsado la fuerte expansión inmobiliaria.

Como consecuencia de esta expansión del crédito, el concepto de propiedad inmobiliaria, a su vez, se ha transformado, y con ello las garantías hipotecarias se han desplazado del suelo al vuelo, por el mayor valor y permanencia de las edificaciones, de manera que se ha pasado el viejo principio *superficie solo cedit* a su antípoda *solo superficiei cedit*⁴¹.

3.1.1. “Cultura de la propiedad”

La adquisición de inmuebles en propiedad ha disfrutado de importantes ventajas fiscales, frente a otras formas de acceso a la vivienda como el alquiler. Tanto el crédito, como la adquisición de la vivienda han vivido momentos de fuerte impulso por parte del Estado que ha incentivado la adquisición de vivienda con importantes reducciones en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, IRPF. Para modificar esta tendencia, únicamente una fuerte presión fiscal sobre las transmisiones desincentivaría el acceso a la propiedad⁴². Como resultado de estos años de expansión, existe un alto número de viviendas en propiedad de particulares. Esta tendencia a la adquisición frente a otras fórmulas, implica que la población no suele cambiar de residencia con demasiada frecuencia, y existe la creencia generalizada de que la vivienda en propiedad es más rentable que en alquiler⁴³. Sin embargo, la comparación entre la rentabilidad del alquiler frente a la adquisición, o viceversa, cuál de las dos opciones resulta más ventajosa a lo largo de una vida, no resulta demostrable, si tenemos en cuenta las variaciones en el valor de la vivienda y de las crisis inmobiliarias

⁴¹ MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., op. cit., pág. 1203.

⁴² Sin entrar de lleno en esta materia, fiscalmente se ha incentivado la adquisición de la vivienda con desgravaciones en la cuota del impuesto de IRPF hasta un límite anual, incluso disfrutando de la desgravación cuatro años antes de la compraventa a través de una cuenta ahorro vivienda. No se ha tenido en cuenta ningún límite de precio de adquisición de la vivienda, por lo tanto beneficiando fiscalmente a los perceptores de cualquier nivel renta y de cualquier tipo de vivienda, siendo más beneficiados los de mayor poder adquisitivo, que han prolongado a través de préstamos hipotecarios de alto importe la desgravación a través de los años.

⁴³ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 24.

vividas en los últimos 30 años. Igualmente en otros países como por ejemplo Holanda, no hay una figura jurídica que resulte claramente más rentable, no podemos estar seguros *a priori* de cuál sería la decisión más rentable a lo largo del tiempo⁴⁴.

Con la incorporación masiva de la mujer al trabajo, además de cambios sociales, este incremento de la participación femenina en el empleo ha permitido modificar estructuralmente y mejorar la situación económica de las familias españolas. Una segunda fuente de ingresos en aquellas familias donde la mujer se ha incorporado al mercado laboral ha estimulado el consumo y la adquisición de propiedades.

La vivienda en nuestra sociedad actual, supone un mecanismo de acumulación de riqueza, en la denominada “*cultura de la propiedad*”. Así, la Encuesta Financiera de las Familias, EFF 2008 revela como la vivienda habitual es el activo más importante de las familias, y que junto con otras propiedades inmobiliarias, constituye el 80% del valor total de los activos de las familias. El porcentaje aumenta cuando la edad del cabeza de familia, se sitúa por encima de los 65 años, llegando a representar el 88% del valor de los activos de la familia. El valor medio de una vivienda propiedad de una familia cuyo cabeza de familia es mayor de 65 años, se sitúa en torno a 180.000 € de media. La mayor parte de nuestros mayores son propietarios de su vivienda, un 83%⁴⁵.

⁴⁴ Véase el trabajo de ROUWENTAL, Jan, *Aging, Homeownership and Mortgage Choice in the Netherlands* Discussion Paper 2007 – 049, June, 2007. VU University and Netspar, Network for Studies on Pensions, Aging and Retirement. Amsterdam, 2007. Netherlands.

⁴⁵ Datos recogidos de la MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (IMSERSO). Encuesta mayores 2010. [Fecha de publicación: Septiembre 2010.]; profundizando en este tema, BANCO DE ESPAÑA, Encuesta Financiera de la Familias, EFF 2008, pág. 42. El porcentaje de hogares propietarios de su vivienda principal, que es del 82,7% para el conjunto de hogares, es mayor a medida que aumenta la renta y alcanza su nivel máximo para los hogares cuyo cabeza de familia tiene entre 55 y 64 años. Para los hogares que son propietarios de su vivienda principal, el valor mediano de la misma es de 180.300 €, crece a medida que aumenta la renta y es más elevado para los hogares con cabeza de familia entre 55 y 64 años (203.300 €). Entre 2005 y el primer trimestre de 2009, el porcentaje de hogares que es propietario de su vivienda principal ha experimentado un aumento para el conjunto de hogares, desde el 81,3% al 82,7%. Esta cifra refleja fundamentalmente un aumento en el porcentaje de hogares que son propietarios de su vivienda principal entre los hogares en las dos decilas inferiores de la distribución de la renta (del 70,6% al 78,1%). Para los propietarios de su vivienda principal, el valor mediano de la misma ha disminuido un 6,9%. Estas pérdidas en el valor mediano se han producido en todos los niveles de renta.

3.1.2. El bajo endeudamiento familiar

Cabe destacar que, por el contrario, el activo financiero más utilizado por la población a partir de los 65 años son las cuentas a la vista y los depósitos bancarios. Tan sólo un 29% de las familias cuentan con un instrumento de ahorro sistemático dirigido a la jubilación, como un plan de pensiones, o algún tipo de seguro, y en el caso de que lo hayan contratado, la edad media del cabeza de familia se sitúa en una edad entre 45 y 64 años. No obstante, el aumento en la contratación de este tipo de productos como seguros de vida, planes de pensiones individuales o de empresa, o planes de previsión asegurada es exponencial en los últimos años, en correspondencia con un cambio de mentalidad en la forma de afrontar la tercera o la cuarta edad, aunque no suficiente.

A pesar del esfuerzo de ahorro realizado por las familias para la adquisición de una vivienda, el endeudamiento familiar con este fin, a partir de los 65 años, se sitúa en una media de 12.000 € a 18.000 €, siendo el doble el importe de las deudas por la adquisición de otros inmuebles.

A modo de resumen, precisemos que en España prima la cultura de la propiedad, donde la vivienda es la mayor inversión y el mayor esfuerzo económico que realiza una familia a lo largo de los años, incluso un porcentaje alto de familias se embarcan en la compra de una segunda vivienda, cuando la primera vivienda ha sido prácticamente pagada, apostando siempre por valores inmobiliarios como bienes tradicionalmente seguros.

Como apunta ROCA GUILLAMÓN, el disfrute la vivienda, al margen de su actual consideración como un derecho constitucionalmente consagrado en el art. 47 de la Constitución Española, siempre está relacionado en el esfuerzo de ahorro generado a lo largo de la vida laboral activa. La diferencia entre los trabajadores de unos países y otros reside en la forma en que mayoritariamente han canalizado el esfuerzo: en el caso de británicos y norteamericanos ha sido preferentemente invertido en planes de pensiones, seguros u otras fórmulas de inversión financiera a largo plazo. Estas fórmulas permiten tras la jubilación una disponibilidad de efectivo que facilita junto a las pensiones públicas una vida más cómoda, como es el caso de muchos ciudadanos centro-europeos que deciden vivir sus últimos años en países “*low cost*”⁴⁶, como España o la costa mediterránea.

⁴⁶ Como apunta, ROCA GUILLAMÓN, Juan. op. cit., pág. 662.

No obstante, el nivel de endeudamiento de las familias españolas es muy inferior al de otros países del entorno, y muy alejado del nivel de países anglosajones⁴⁷. En los últimos años se produce un fuerte aumento del crédito al consumo, incluso entre las personas de mayor edad. Los hogares europeos muestran diferentes grados de propensión al endeudamiento, en su mayoría inferior al de los británicos y estadounidenses, tal vez por razones culturales, aunque también es importante el sistema fiscal que, al menos en los Estados Unidos, fomenta poderosamente el crédito hipotecario⁴⁸.

En el caso de la hipoteca inversa estaríamos hablando de un crédito hipotecario destinado al consumo, un tipo de endeudamiento, que en España, no es todavía aceptado culturalmente. Hasta hace pocos años, no estaba *bien visto* el crédito al consumo más allá del destinado a la adquisición de un vehículo. Más tarde se comenzaron a convenir créditos para sufragar los gastos de vacaciones, y en los últimos años se han comenzado a firmar préstamos, incluso con garantía hipotecaria destinados al consumo en general. En el caso de la hipoteca inversa se contrataría un préstamo de naturaleza hipotecaria, donde, *a priori*, el destino es financiar los gastos de asistencia a la tercera edad, pero donde, en realidad el prestatario va a decidir el destino final de sus disposiciones.

Sin duda, las cifras de propietarios de vivienda son altas en nuestro país, propietarios de un patrimonio que resulta ser ilíquido, lo que indica las amplias posibilidades de desarrollo de las hipotecas inversas. Pero tampoco hay que olvidar otro importante factor: el valor de las viviendas, pues la hipoteca puede tener como destino la conversión del inmueble en dinero. Es evidente que no solamente tiene importancia el valor inicial de la misma, sino su posible revalorización. Aunque el mercado español había experimentado un fuerte incremento del precio de la vivienda, que ha sido del 10% al 18% anual, en los

⁴⁷ De acuerdo con los datos publicados por el BANCO DE ESPAÑA. “Encuesta Financiera de las Familias (EFF) 2008. Métodos, Resultados y Cambios desde 2005. pág. 51. “*En el primer trimestre de 2009 un 50,1% de los hogares tiene algún tipo de deuda y el importe mediano pendiente es de 36.000 €. Los grupos con menor probabilidad de tener deudas son los hogares en el tramo inferior de la distribución de la renta (16,5%), los mayores de 64 años y los jubilados. Por el contrario, el porcentaje de hogares endeudados entre los hogares de 35 a 44 años alcanza el 72,3%. Los mayores volúmenes de deuda pendiente se observan, en mediana, entre los más jóvenes (61.800 €), los empleados por cuenta propia y los hogares con dos miembros trabajando. Además, estas cantidades crecen con la renta, pero no de forma clara con la riqueza*”.

⁴⁸ TAFFIN, Claude, op. cit., pág. 5.

últimos años⁴⁹, no obstante, las previsiones no son muy halagüeñas para los próximos años; en el futuro habrá que ver si los márgenes de valor siguen siendo suficientemente rentables para estas operaciones⁵⁰.

Como hemos dicho, en España, el envejecimiento de la población será todavía más acentuado que en el resto de los países europeos. La ONU prevé que en 2050 sea el segundo país más envejecido, después de Japón. Por lo tanto, en nuestro país se cumplen dos presupuestos que hacen pensar que la hipoteca inversa podrá ser un producto altamente demandado: la propiedad de la vivienda y una alta esperanza de vida.

3.2. EL SISTEMA ESPAÑOL DE PENSIONES.

3.2.1. Fuentes de financiación.

Al igual que en otros países desarrollados, el sistema de pensiones español está estructurado en torno a tres pilares básicos. El primero lo constituye la Seguridad Social, de naturaleza pública, y financiado mediante impuestos, es un sistema generalizado que cubre a la mayor parte de la población. El segundo pilar, por el contrario es de tipo voluntario, gestionado por la iniciativa privada y financiado en parte por del sector empresarial, a través de planes de pensiones de empleo. Y por último, el tercer pilar, también privado, que es aquel que generan directamente los particulares mediante el ahorro a través de los diferentes instrumentos financieros⁵¹. En esta fórmula de financiación de las pensiones estarían incluidos tanto los planes de pensiones, como seguros de ahorro o cualquier otro instrumento con funciones similares, como planes de previsión asegurada, etc.⁵² Podríamos apuntar un cuarto pilar, destinado a financiar el sistema de pensiones, ya que algunos autores consideran a la vivienda como un apoyo a la financiación de la vejez⁵³.

⁴⁹ De acuerdo con HERRANZ GONZÁLEZ, Rubén. *Hipoteca Inversa y figuras afines. Informes Portal Mayores*, Núm. 49. Madrid [Fecha de publicación: 21/03/2006] [//www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf](http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf). págs. 27 y ss.

⁵⁰ Vid. TABLAS ESTADÍSTICAS.

⁵¹ Vid. COSTA FONT, Joan, op. cit., págs. 21 y ss.

⁵² De acuerdo con datos de INVERCO, 15/04/2011, el patrimonio total de los planes de pensiones en su conjunto en el año 2010 fue de 84.757 millones de euros, un 0,19% menos que en el año 2009, lo que demuestra una recesión en este sistema de previsión social, no importante pero sí elocuente en lo que a lo que está suponiendo en cuanto a recesión la crisis económica.

⁵³ Incluso algunos autores estiman que la disponibilidad de vivienda se considera como un aspecto clave en la protección de las personas mayores. El disfrute de la vivienda, junto con los beneficios asociados a los cuidados de salud, se deben considerar como un cuarto pilar de la protección social. HOLZMANN, Robert y HINZ, Richard, *Old-Age Income Support in the 21st*

Pero, como en el resto de los países europeos, el sistema público es el dominante, y se enfrenta a dificultades financieras a medio y largo plazo, como consecuencia, en gran medida, de la fuerte dependencia demográfica de esta corriente de ingresos y gastos del sistema. La situación económica va “...dibujando un panorama cada vez más oscuro en relación con las pensiones de jubilación, pues si bien el número de beneficiarios de las mismas va aumentando, cada vez somos menos los que producimos la riqueza suficiente para soportar este gasto público”⁵⁴. De hecho, algunos países han puesto en práctica medidas para aligerar la presión del sistema de previsión, entre los que el nuestro no es la excepción. Se desarrollan políticas de fomento de pensiones privadas con nuevos instrumentos como los Planes de Previsión Asegurados, o Seguros de Dependencia. Pero también se llega a la adopción de medidas más drásticas como elevar la edad legal de jubilación, aumentar los periodos de cotización para alcanzar una pensión, junto con el recorte de determinadas prestaciones sociales⁵⁵.

En España, la Ley 24/1997 de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social tenía como uno de sus principales objetivos reforzar el vínculo entre los pagos y los cobros de pensiones realizados por los individuos, para ayudar a hacer viable financieramente el sistema de Seguridad Social⁵⁶. Igualmente, la reforma inspirada en los Acuerdos del Pacto de Toledo

Century: An International Perspective on Pension Systems and Reform. “Banco Mundial”. Washington, D.C, 2005. pág. 20: “...el reconocimiento de la importancia de un cuarto pilar para el consumo en el retiro, que consiste en una mezcla de acceso a un apoyo informal (tal como apoyo familiar), a otros programas sociales (tal como salud) y a otros activos financieros y no financieros del individuo (tal como poseer una vivienda), y de la necesidad de incorporar explícitamente su existencia o su ausencia en el diseño del sistema de pensiones”.

⁵⁴ Según palabras de MARTINEZ ESCRIBANO, Celia, *Hipoteca Inversa*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid 2009. pág. 18.

⁵⁵ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. El objetivo de la esta ley se establece claramente en la exposición de motivos: anticipar las reformas necesarias en la estructura del sistema para que éste pueda responder con eficacia a los nuevos desafíos y estar en condiciones óptimas de seguir proveyendo la más amplia cobertura protectora posible ante los riesgos sociales, dentro de un sistema de Seguridad Social financieramente estable y sólido y que garantice a las generaciones futuras prestaciones sociales suficientes. Está previsto que entre en vigor el día 1 de enero de 2013, aunque su aplicación será paulatina en un período transitorio de 15 años por lo que este periodo de cotización será exigido en 2027. Además, se modifica el sistema de cálculo de la pensión que, paulatinamente, pasará a ser de 25 años.

⁵⁶ www.seg-social.es/Internet_1/LaSeguridadSocial/HistoriadelaSegurid47711/index.htm, igualmente, datos recogidos por COSTA FONT, Joan; GIL TRASFÍ, Joan; MASCARILLA MIRÓ, Oscar, *La vivienda pensión y la hipoteca inversa como fuente de financiación de los mayores en España*. Mayores, Informes Portal Mayores. Núm. 75. [Fecha de publicación: 26/10/2007]. http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/costa_vivienda-01.pdf. Madrid, 2007.

apuntó medidas para promover y fomentar los sistemas privados de previsión social complementarios al sistema público de pensiones.

Al mismo tiempo, la tendencia del legislador español ha sido potenciar productos de cobertura a la vejez, no sin ciertos altibajos. En el año 2006, se eliminaron gran parte de los beneficios fiscales de que disfrutaban los planes de pensiones y debemos tener en cuenta que la fiscalidad es una herramienta excelente para incentivar el ahorro destinado a la contratación de productos de previsión social. La desgravación se justifica básicamente por la iliquidez del producto hasta su rescate en el momento de jubilación. La apuesta de futuro, sería el fomento de un sistema mixto, es decir, incentivar la expansión de un sistema de previsión ya sea público o privado, promoviendo la contratación de instrumentos financieros privados, a través de una fiscalidad más favorable. No obstante, queda para una negociación colectiva más enérgica la posibilidad de extender la previsión social complementaria, el segundo pilar, que ha quedado circunscrita a un 10% de la población activa que cuenta con un plan de pensiones de empleo. Principalmente el colectivo que goza de este tipo de previsión social está concentrado en los empleados de la administración pública, banca y antiguas empresas públicas, que son las empresas que cuentan con mayores patrimonios y convenios colectivos más generosos.

Con respecto a otros países desarrollados de nuestro entorno, debemos señalar, que el número de productos de ahorro sistemático, destinados a la jubilación y contratados en la esfera privada, es muy superior con respecto a nuestro país⁵⁷. El motivo puede ser que nuestros mayores prefieren la seguridad y la liquidez en el ahorro, a través de depósitos o productos financieros de corto plazo, por encima de una posible futura rentabilidad esperada, y porque además falta el apoyo fiscal suficiente del gobierno.

Más aún, la Encuesta Financiera de las Familias, elaborada por el Banco de España, detecta un retroceso en la contratación de planes de pensiones y seguros de vida, con respecto a años anteriores, debido en parte a la crisis económica iniciada en el año 2008⁵⁸. Con lo que debemos concluir, que los tres

⁵⁷ En 2005 en España existían más de dos millones de personas que tenían, además, contratado un seguro de vida de rentas, con un patrimonio acumulado total de 56.543 millones de euros, dato referido al total de Rentas Inmediatas y Diferidas según el Informe del Seguro de Vida, Estadística 2005 y el Seguro de Vida, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Notas de prensa. 25/04/2010. www.ine.es.

⁵⁸ BANCO DE ESPAÑA. “Encuesta Financiera de las Familias (EFF) 2008.”, pág. 12. El 25,7% de los hogares posee algún plan de pensiones (o seguro de vida de inversión o mixto). Este porcentaje crece con la renta y la riqueza. Por grupos de edad, la tenencia es mayor para los

pilares estudiados están en retroceso, bien porque la crisis económica ha mermado la capacidad de ahorro para el futuro de particulares y empresarios, bien por recortes en las pensiones públicas.

3.2.2. Valoración del importe de las pensiones públicas

Ante los cambios sociales y económicos experimentados por nuestra sociedad, debemos destacar hasta qué punto el importe de las pensiones recibidas de la Seguridad Social se considera suficiente para afrontar los gastos de la tercera edad. Hasta hace unos años, se consideraba que las pensiones públicas proporcionaban al jubilado una cantidad suficiente para mantener un nivel de vida digno, por ser una etapa de la vida en la que los gastos eran menores, sin tantas cargas familiares, y un momento en que ya no se realizan grandes adquisiciones.

Cabe destacar que la sociedad española cuenta con varias ventajas comparativas: por un lado, la cobertura médica es universal, es decir, y en el caso de los jubilados esta cobertura se extiende incluso asumiendo los costes directos de los medicamentos, frente a los sistemas de cobertura médica privada de otros países anglosajones. Igualmente, somos partícipes de un sistema con múltiples prestaciones, con una percepción de pensiones casi universal, donde la mayoría de los jubilados reciben algún tipo de prestación.

Pero los cambios sociales que se han producido en las familias hacen que en muchos casos, estas pensiones resulten exiguas. No siempre la edad de jubilación de los padres coincide con el hecho de que los hijos ya se hayan emancipado del hogar paterno. Los niveles de gasto por ocio actuales son muchos mayores que hace relativamente pocos años. Y, como hemos destacado, las expectativas de vida que solían abarcar un periodo de 10 años tras la

hogares con cabeza de familia entre 55 y 64 años y, por situación laboral, para los trabajadores por cuenta propia. El valor mediano de los planes de pensiones es de 7.800 € para el conjunto de los hogares que posee algún plan. Este valor crece con la renta y la riqueza, y es mayor para los hogares entre 55 y 64 años. Así, la proporción de hogares que tiene algún plan de pensiones, que era del 29,3% en 2005, ha disminuido significativamente. La reducción en este porcentaje ha sido mayor en la mitad superior de la distribución de la renta y en el decil superior de la distribución de riqueza, y, por situación laboral, para los empleados por cuenta propia. Por edades, los hogares menores de 54 años han reducido de forma homogénea su participación, siendo esta reducción menor para los hogares más cercanos a la jubilación. Por otro lado, la cantidad mediana invertida en planes de pensiones para los hogares que poseen este tipo de activos se ha incrementado. El aumento en el valor mediano invertido ha sido mayor en la parte inferior de las distribuciones de renta y riqueza.

jubilación se amplía considerablemente, y con ello los futuros gastos de atención personal o de dependencia. Como consecuencia de estos cambios, se enfatiza la desproporción entre ingresos y gastos. Esta desproporción ingresos-gastos, tras los 65 años se ha agravado, y como resultado, nuestros mayores afrontan el momento de la jubilación con mayores o iguales necesidades y menores ingresos.

De acuerdo con INVERCO, la media de cobertura de la pensión de la seguridad social con respecto al salario actual de un afiliado será de un 80%, no obstante, varía en cada caso, a título de ejemplo, una persona que actualmente tenga un salario de 40.000 euros verá sus ingresos disminuidos a un porcentaje del 60%⁵⁹. A pesar de estos datos, el sistema español de pensiones es de los más generosos de Europa⁶⁰. Pero, en el ejemplo anterior, estamos hablando de prestaciones máximas donde se han cumplido todas las condiciones máximas de bases de cotización, y número de años cotizados para alcanzar pensiones máximas. Por el contrario, el importe medio de pensión en España se sitúa en torno a los 852 euros. En nuestro país la cifra de jubilados con unas prestaciones pequeñas se sitúa en más de 4,7 millones de jubilados que cobran una pensión media de alrededor de 852 € al mes, y más de 2,1 millones de viudos, en su mayoría mujeres que reciben de la Seguridad Social, una pensión de menos de 555 € de media al mes, y donde en la mayor parte de los casos, ésta es la única fuente de ingresos del pensionista, según datos del Ministerio de Trabajo. Por otro lado, los precios medios para estancias residenciales son de 1.356 € al mes, por lo que el acceso a estas residencias estará vedado muchos mayores que únicamente tengan como ingresos sus pensiones de la Seguridad Social. La subsistencia para muchos de estos pensionistas va a depender en gran medida del ahorro que hayan podido generar a lo largo de su vida laboral, ya sea en activos financieros o inmuebles⁶¹.

⁵⁹ASOCIACIÓN DE INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA (INVERCO) www.inverco.es/documentos/publicaciones, 04/10/2010.

⁶⁰ Nos propone estos cálculos, JURADO GIL, J., *El Seguro de Vida en España. Factores que influyen en su progreso*, Fundación Mapfre. Madrid, 2009. pág. 80: “...para un trabajador que obtenga una remuneración de 18.000 euros al año, la tasa de sustitución con las premisas establecidas se situaría en el 100%, lo mismo ocurre para salarios mayores, como 24.000 y 30.000 euros al año (salarios del año 2007). Para los 36.000 euros descendería al 97%, hasta llegar a los 60.000 euros cifra que equivale a tres veces el salario promedio nacional, en donde la tasa de sustitución se situaría en el 59% del salario en activo.”; Igualmente datos de www.inverco.es.

⁶¹ Podemos añadir otro dato cuanto menos curioso. En el caso de alguien que llega a la jubilación tuviera contratado un plan de pensiones al que hubiera realizado aportaciones a lo largo de su vida, para que la suma acumulada supusiera una ayuda real a la jubilación veamos qué cifras debería haber ahorrado: se calcula que para obtener una pensión mensual de unos 1.100 euros durante 10 años, o 777 euros durante 15 años, o en su caso una pensión de 2.333

Al mismo tiempo, hemos pasado de una esperanza de vida muy pequeña tras la jubilación, a prejubilaciones anticipadas con una esperanza de vida muy larga tras el abandono del trabajo. En otras palabras, hace 20 años la población vivía muy pocos años tras la jubilación o no llegaba a jubilarse nunca, mientras que en la actualidad nos encontramos con prejubilados de 55 años con una esperanza de vida de 86 años. Está claro que de algún modo habrá que financiar este cambio estructural.

3.2.3. Situación económica de la mujer en la tercera edad.

Merece especial atención la situación en la que se encuentran las mujeres, con una esperanza de vida en términos estadísticos de seis años superior a la de los hombres⁶². Cabe destacar que la población femenina, sufre con más frecuencia las actitudes negativas hacia el envejecimiento, lo que supone una mayor frecuencia de las enfermedades relacionadas con la edad, y mayor discriminación laboral por razón de la edad-sexo. Otro factor que incide en este colectivo es el hecho de que las mujeres, debido al menor acceso al trabajo remunerado y dentro de éste, a los puestos de trabajo mejor remunerados, acumulan menos derechos a prestaciones por pensiones que los hombres, tanto pensiones públicas, como en planes de pensiones de empleo, y planes de pensiones privados. Para una generación de mujeres mayores de 50 años que en muchos casos se han dedicado al cuidado informal de sus padres, hijos y ahora de sus nietos, la situación económica puede ser especialmente problemática. La Encuesta Mayores 2010, revela que el número de mujeres a partir de los 80 años

durante 5 años, deberían tener un ahorro acumulado de 140.000 euros, con lo que vemos que no basta haber acumulado algo de patrimonio en un plan de pensiones, si no que para que realmente suponga ayuda a la vejez el capital acumulado de ese ahorro sistemático debe rondar los 150.000 euros. Datos obtenidos de SALOBRA, Nuria. *La hora de planificar con acierto la Jubilación*, Periódico “Cinco Días” de 7/11/10. Madrid, 2010.

⁶² PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre el papel de la mujer en una sociedad que envejece (2009/2205(INI)), Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. 27/07/2010. Este informe recuerda que “con la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en diciembre de 2009 y del tratado de Lisboa a principios de 2010, la prohibición de la discriminación por cualquier motivo ha pasado a formar parte de las competencias legislativas de la Unión Europea. El art.21 de la Carta prohíbe “...*toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual...*” y el art. 25 declara que “...*la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.*”

duplica a la de hombres⁶³. Resultan, por todo lo anterior, el segmento de población con mayor necesidad económica, y cuya situación se va a prolongar durante más años. En este sentido, debemos destacar que los estudios actuariales demuestran que la hipoteca inversa puede ayudar a elevar el nivel económico de los más pobres, en mayor proporción que en los casos de aquellos posibles deudores que gozan de una economía media⁶⁴.

3.2.4. Perfil del solicitante de hipoteca inversa

Esta situación social y económica se va a reflejar en cuál va a ser el perfil de los mayores interesados en la contratación de instrumentos financieros que complementen su pensión. Desde el año 2006, cuando se comienza a comercializar la hipoteca inversa, se observa que la edad media de los solicitantes es de 75-76 años, el sexo predominante es mujer y el valor medio del inmueble 350.000 euros. A la vista de estos datos, se aprecia que los matrimonios interesados en esta hipoteca tienen inmuebles de mayor valor, y que las mujeres son los sujetos más interesados en la contratación de estas hipotecas, porque realmente precisan complementar sus ingresos mensuales por encontrarse en situación de mayor necesidad⁶⁵. En estos casos, se constata la búsqueda de independencia económica respecto a sus hijos, o parientes, para los que no desean ser una carga. E incluso, empezamos a percibir que son los propios

⁶³ ENCUESTA MAYORES 2010 Ministerio de Sanidad y Política Social. Secretaria General de Política Social y consumo. (IMSERSO). Septiembre 2010. Otros datos reveladores de esta Encuesta son que la pensión es la principal fuente de ingresos para más del 90% de las personas mayores y que las mujeres tienen una menor renta que los hombres. Un 90% manifiesta gran satisfacción con su barrio, pero desean mejoras en la accesibilidad de los hogares y del entorno. El 87,3% de las personas mayores prefiere vivir en su casa aunque sea solos. El 84% de las personas mayores en España viven acompañados, mientras que el 16% de las personas mayores viven solas y son en su mayoría mujeres que viven en el medio rural. Los hogares reducen su tamaño, casi un 50% están compuestos por dos personas y a medida que se avanza en edad se vuelve a convivir con hijos, sobre todo hijas. Más de la mitad de las personas mayores viven con su cónyuge y el 37% de los mayores de 80 años viven con sus hijos. No obstante la percepción social es que hay muchas personas mayores que viven solas, aunque el colectivo representa únicamente un 16 %.

⁶⁴ Vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., pág. 126. Señala en su estudio como la proporción de personas mayores de 70 años con rentas por debajo del 50 por ciento de la media se reduce a la mitad, pasando de un 30 a un 14 por ciento. Por otra parte, el porcentaje de personas con rentas por debajo del 100 por cien de la renta media se reduce en 13 puntos, pasando del 67,8 por ciento al 54,6 por ciento.

⁶⁵ La CONSULTORA OPTIMA MAYORES, “Informe Anual Hipoteca Inversa 2009” constata como con una pensión en torno a los 400 euros es imposible mantener los gastos de una vivienda en propiedad.

descendientes, quienes proponen esta solución cuando ven que la pensión de sus progenitores no resulta suficiente para mantener los gastos de una vivienda en propiedad, más los gastos corrientes, y ven como sus padres necesitarían una ayuda económica para vivir con cierta dignidad. Los familiares empiezan a plantearse que será mejor recibir menos herencia tras el fallecimiento de sus progenitores o familiares, pero no tener que ayudar al sostenimiento de la economía de los mismos mientras éstos vivan.

En Norteamérica se ha definido el perfil del contratante de estas hipotecas como *house rich and cash poor*, es decir, quien tiene una vivienda con un precio aceptable, pero no dispone de efectivo con el que hacer frente al día a día⁶⁶.

3.3. LA CRISIS ECONÓMICA INICIADA EN EL AÑO 2008

La crisis económica iniciada entre los años 2007-2008 supone un importante freno a la figura jurídica que nos ocupa⁶⁷. Sin ánimo de entrar en el análisis de la crisis, sí queremos significar las consecuencias que a corto plazo esta nueva situación va a suponer para la figura de la hipoteca inversa.

En todos los medios de comunicación se ha mencionado como la actual crisis económica es básicamente una crisis de confianza en el sistema financiero. En este momento, la hipoteca inversa como un producto bancario, prácticamente nuevo para nuestro país, va a sufrir un importante freno en la formalización de operaciones.

En primer lugar, va a sufrir un problema común a la contratación de todas las hipotecas sobre cualquier inmueble y de cualquier tipo de amortización, como es la dificultad en la determinación del valor de la vivienda. Debido a la particular situación producida tras el “*estallido de la burbuja inmobiliaria*”, el valor de la vivienda no es en estos momentos un dato estable, todos los datos estadísticos corroboran una permanente y progresiva bajada de los precios de los inmuebles, con un riesgo continuo de depreciación para purgar los excesos de

⁶⁶ WADE, J.P. *Reverse Mortgages: Best friends, Worst Enemy...Your Choice*. Catapult Publishing. Toronto Ontario. Canadá, 2008. pág. 151.

⁶⁷ BALAGUE, C., “Cómo convertir la vivienda en dinero. Reflexiones entorno a la hipoteca inversa, dos caras de una misma moneda. (incluye modelo)”, *Revista del sector inmobiliario*. Núm. 64, 2006. pág. 48, de forma premonitoria se cuestionaba: “...*todavía podríamos dar una vuelta de tuerca más en todo este brainstorming: ¿qué ocurriría si estallara la burbuja inmobiliaria y bajase el valor de la vivienda?, ¿cómo afectaría esta nueva situación a hipotecas inversas ya concedidas? Invitamos al lector a su reflexión.*”

una larga época de sobrevaloración⁶⁸. Y sin embargo, será el importe de tasación, el dato que va a determinar el importe de la hipoteca, y va a ser la vivienda la garantía principal para el acreedor. De hecho, diversas fuentes⁶⁹ valoran la caída del precio de la vivienda en torno a un 20% desde el inicio de la crisis, situando el precio actual en el mismo nivel de precio que en el año 2004-2005⁷⁰, sin una previsión que de estos precios vuelvan a subir, por el contrario, con una expectativa de caída a corto plazo. Llevada esta información a las tasaciones de viviendas actuales, supone que una hipotética hipoteca inversa ha visto reducido en un porcentaje similar el importe de podría solicitar el prestatario.

Y en segundo lugar, porque las entidades financieras van a ser más reacias a la contratación de este tipo de hipotecas, en un momento de inestabilidad en los mercados financieros, por tres motivos fundamentales:

a.- En una situación económica en la que los índices de morosidad de todas las entidades alcanzan niveles desconocidos, resulta muy difícil que las entidades de crédito continúen con la comercialización de operaciones donde el reembolso del crédito queda aplazado *sine die*, con el alto componente aleatorio de la hipoteca inversa.

b.- Cuando el reembolso de la operación además va a depender del valor de la vivienda en una fecha futura resulta todavía más difícil de aceptar como garantía, ya que el riesgo de la operación se agudiza, más cuando ya no se esperan las fuertes revalorizaciones de años anteriores, incluso se espera un mantenimiento de los precios por muchos años, una vez que hayan alcanzado su punto más bajo. Por este motivo, muchas entidades varían los porcentajes sobre importe de tasación de concesión de hipotecas. Donde antes estaban dispuestas a formalizar el 80% del valor de tasación algunas no llegan al 70% de la misma. Al mismo tiempo existen más reservas a aceptar los valores de tasación en un mercado inmobiliario en clara tendencia a la bajada de precios, en un mercado inestable.

⁶⁸ MARTÍN PÉREZ, J. A. “La hipoteca inversa: la vivienda como instrumento de protección económica de personas mayores o dependientes (especial referencia a la responsabilidad hipotecaria)”, *LANDAS, Internacional Journal of Land Law and Agricultural Science*. Núm. 5 January- July 2011, pags. 26.

⁶⁹ INDICE FOTOCASA. www.fotocasa.es/indice-inmobiliario_fotocasa_03/03/2010.; y otras instituciones como MINISTERIO DE FOMENTO, www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/ESTADISTICAS_Y_PUBLICACIONES/INFORMACION_ESTADISTICA/Vivienda_23/02/2011. El precio medio de la vivienda en España ha bajado en los últimos años, de modo que en el primer trimestre del año 2010, los precios había bajado hasta igualar precios del mismo periodo del año 2006, 1.869,9 €/m².

⁷⁰ Vid. TABLAS ESTADÍSTICAS.

c.- En estas situaciones de crisis se pueden producir fuertes fluctuaciones de los tipos de interés. Las hipotecas inversas se contratan generalmente a tipo de interés fijo. En una situación de incertidumbre como la actual, va a suponer un riesgo añadido.

Curiosamente, a estas hipotecas no les afecta el desempleo de la población, es decir, la capacidad de reembolso del deudor no se valora por la entidad en el momento de la contratación de la hipoteca por una entidad financiera. En un momento, con un importante incremento de los niveles de desempleo, esta figura jurídica se podría convertir en una hipoteca refugio en tiempo de crisis, ya que permite hacer líquido el patrimonio familiar, que en muchos casos se ha convertido en el único recurso de muchas unidades familiares. Asimismo, ante una situación de parálisis en el mercado inmobiliario, donde resulta muy complicado realizar cualquier inmueble a un precio aceptable, una posible solución para conseguir ingresos ante la imposibilidad de encontrar comprador para la vivienda a un precio razonable, es la contratación de una hipoteca inversa.

La crisis no afecta de igual modo a los ciudadanos de todos los países, debido a que las estructuras, y el modo en que invirtieron sus ahorros en los buenos momentos económicos fue muy diferente. La inversión en inmuebles que realizaron nuestros mayores, contrasta con otros países donde sus trabajadores invirtieron sus pecunios en activos mobiliarios, en todo tipo de fondos de inversión y planes de pensiones. A pesar de la situación, los bienes inmuebles se han revelado como una inversión de mayor calidad en estos momentos de crisis, puesto que las pérdidas de valor que han sufrido algunas inversiones financieras han sido incluso del 100% de su valor, aunque las inversiones inmobiliarias hayan perdido un 30% del mismo⁷¹. No obstante, en Estados Unidos, uno de los focos más destacados de esta crisis ha sido el hecho de generalizar las hipotecas. El incremento de contratación de hipotecas se ha llevado al extremo, que cuando los precios de la vivienda estaban por encima de las posibilidades de

⁷¹ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 663: “Nótese que la crisis inmobiliaria de Reino Unido y EEUU es tan profunda como la nuestra, pero al ser sus sistemas de protección social muy inferiores al español, un paro en torno al 9%, como el británico, tiene una repercusión social muy acusada y acaso más grave que la nuestra. Con todo, el mayor problema lo representan las pensiones que al haber confiado casi toda la previsión social a la capitalización privada a través de fondos, el desplome de los mercados supone una extrema penalización para jubilados y pensionistas, entregados a un sector financiero poco regulado y que ha mostrado su inestabilidad a los primeros embates de una crisis que tiene su origen en la propia hipertrofia del sistema, pero a mi modo de ver, sobre todo en la pérdida de los fundamentos económicos y de los principios éticos sobre los que habría de sustentarse”.

endeudamiento de muchos compradores, los bancos menos escrupulosos en sus inversiones admitieron como prestatarios a personas sin la suficiente solvencia, y formalizaron préstamos hipotecarios por importes demasiado elevados, dando lugar a créditos de alto riesgo, o comúnmente llamadas *hipotecas subprime*⁷².

Con respecto a la contratación futura de las hipotecas inversas, DOLING señala que el impacto de la crisis actual va a ser diferente para cada sujeto de esta figura⁷³. Los deudores actuales que ya hayan contratado su hipoteca inversa no se ven afectados por la crisis, que continúan con su hipoteca, en este caso la reducción del valor de su vivienda será un tema del que deba preocuparse la entidad financiera. Sin embargo los potenciales nuevos solicitantes de hipoteca inversa, se encuentran con un producto menos atractivo financieramente. Los proveedores de hipotecas al sistema, es decir las entidades financieras ven, como hemos comentado, incrementarse sus riesgos, reduciendo el número de contrataciones como en EEUU, o los países de la UE. Y por último, los gobiernos de los diferentes países, ante la crisis, ven moderados sus deseos de desarrollar estos productos financieros.

De toda esta situación, los mercados deberían haber aprendido que se debe controlar de forma muy escrupulosa la comercialización de productos financieros complejos, y la hipoteca inversa resulta un contrato complejo, que no resulta fácil de entender en todos sus aspectos y consecuencias jurídicas posibles tanto para el patrimonio del deudor, como el de sus herederos. Por este motivo, debe tener especial relevancia en su regulación normativa, el control de todos los aspectos relativos a la información, transparencia, comercialización de la misma.

Y, por último, ha de mencionarse que tras esta crisis, la tercera edad saldrá muy empobrecida, en la línea del resto de los ciudadanos del continente, pero con la diferencia de afrontar el último período de sus vidas sin la posibilidad de obtener ingresos directos a través del empleo. Entre los recortes económicos que van a sufrir podemos destacar que para obtener las mismas pensiones, serán necesarios más años de cotización; muchos mayores que sí habían previsto algún

⁷² Definiendo éstas como hipotecas otorgadas a personas con una solvencia económica dudosa, con escaso o pésimo historial de crédito, que además en la mayoría de los casos carecen de aval, en muchos casos se destinan a refinanciaciones o cancelaciones de otras deudas con incidencias, y finalmente se otorgan en su mayoría por un importe superior al porcentaje normal sobre la tasación, pues el titular no cuenta con un ahorro inicial por su parte. Este elevado riesgo se compensaba a la entidad, con un elevado tipo de interés aplicado a dicho préstamo. ASOCIACION NACIONAL DE ASESORES FINANCIEROS. www.anaf.es. 10/10/2010.

⁷³ DOLING, J., “Releasing Housing Equity” DEMHOW project Demographic Change and Housing Wealth, University of Birmingham, Brussels, 2010. Es coordinador del DEMHOW, y en sus resúmenes de este proyecto recoge las impresiones del estudio.

tipo de ahorro para la jubilación han tenido que disponer de estos fondos y habrán sido consumidos cuando lleguen a la vejez, y sobre todo, porque el valor de sus viviendas puede representar, veinte años después de su compra, un valor inferior al precio de adquisición.

3.4. LA HIPOTECA INVERSA Y SU SITUACIÓN EN EL MERCADO ESPAÑOL

Durante los primeros años de su comercialización las entidades financieras que han liderado el mercado han sido básicamente las Cajas de Ahorro, seguidas del alguna compañía de seguros, debido sobre todo a que inicialmente entendieron el producto como una hipoteca con una finalidad social⁷⁴. Y dentro del mercado español no todas las entidades incluyeron la hipoteca inversa como parte de su catálogo de productos⁷⁵.

A lo largo del año 2009, han desaparecido del mercado algunas ofertas de hipoteca inversa de importantes que lideraban el sector. La situación financiera ha llevado a alguna entidad ha retirar el producto como parte de su oferta masiva, retirando la publicidad del producto y pasando a una comercialización restringida a sus buenos clientes, no al público en general.

El desarrollo legislativo ha dado la seguridad jurídica suficiente para que dentro de los 13 países de la Unión Europea que han desarrollado esta hipoteca España ocupe el tercer puesto en número de contrataciones detrás de Reino Unido e Irlanda⁷⁶.

La denominación de la hipoteca inversa varía en función del nombre más comercial con que cada entidad haya decidido venderla, así comercializa el producto bajo el nombre de “pensión hipotecaria”, “renta vivienda”,

⁷⁴ CONSULTORA OPTIMA MAYORES, “Informe Anual Hipoteca Inversa 2008” e “Informe Anual Hipoteca Inversa 2009”. www.optimamayores.com

ENTIDADES QUE COMERCIALIZAN HIPOTECA INVERSA EN ESPAÑA 2009						
Caixa Catalunya	Caixa Sabadell	Bancaja	Caixa Galicia	BBVA	Caja Sol	Unicaja
Caixa Manresa	Caixa Terrassa	Caixa Penedés	Caja Ahorro Inmaculada	Kutxa	Caja Ingenieros	Caja Sur
Ibercaja	Caja Vital	La Caixa	Catalana Occidente	Sa Nostra	BBK	

⁷⁵ TAFFIN, C., op. cit., pág. 6.

⁷⁶ DEL POZO, ELISA, “Mensual de Pensiones. Febrero” Periódico Expansión. 15/02/2010.

“complemento hipotecario”, “hipoteca bienestar”, “hipoteca duero pensión”. Aunque también las entidades ofrecen productos híbridos, combinaciones entre sí con características propias de seguros, etc.

De acuerdo con datos publicados por Optima Mayores, por distribución geográfica la demanda de hipoteca inversa se concentra en las principales capitales. Por comunidades autónomas, la CCAA de Madrid concentró el 30,72% de las operaciones, seguida de Cataluña, con un 23,96%, y en tercer lugar Andalucía, con el 19,30%⁷⁷.

En cuanto al perfil de los mayores interesados en este producto, no hay apenas diferencias año tras año, se trata de mayores de un nivel socio-económico medio-alto, con una edad media de 76 años, y mayoritariamente mujeres. La edad media de los hombres que suscribieron el producto de forma individual fue de 77 años, y la media de edad de los matrimonios de 78 años.

Respecto al valor medio de las viviendas sobre las que se suscribieron hipotecas inversas, en el 2010 fue de 437.000 Euros, frente a los 461.000 Euros en 2009, lo que representa un lógico descenso del 5,10% en este apartado.

En cuando a datos sobre el número de hipotecas contratadas resulta difícil llegar a un dato exacto, teniendo en cuenta que el Banco de España emite sus informes con datos agrupados de operaciones hipotecarias⁷⁸. Igualmente, el INE emite datos estadísticos sobre el número global de hipotecas por zonas geográficas, entidades, tipo de inmueble hipotecado, y últimamente por cambios de tipo y condiciones de la hipoteca desde que se suprimieron impuestos y honorarios notariales en este tipo de cambios. No obstante las variaciones de condiciones y precios van a ser mínimas de unas entidades a otras, las diferencias van a estar en la comisión de apertura, tipo de interés, pero sobre las primas de seguros dependiendo de si la hipoteca se complementa con seguros de rentas vitalicias, o temporales. El seguro de pérdida de valor del inmueble, aunque en España todavía este seguro no se comercializa, y sería conveniente que se comenzaran a utilizar, pues ya hemos visto que en otros países es *conditio sine qua non* para la contratación de la hipoteca. Al igual que sucede con las hipotecas

⁷⁷ Según datos de la consultora, la gran mayoría de las solicitudes se centran en las principales capitales de provincia, siendo Madrid con un 32% y Barcelona con un 25% las ciudades en las que se concentra la mayoría de las solicitudes, seguidas de Sevilla con un 11%.

⁷⁸ La Consultora OPTIMA MAYORES 11/02/2011, considera que aunque en ningún caso se puede considerar “oficial”, si que en opinión de diversos responsables o jefes de producto de Hipoteca Inversa en algunas Cajas de Ahorro, se estima que en 2010 se han podido suscribir unos 2.991 contratos de este tipo.

convencionales, no existe una entidad que sea más competitiva, sino que dependerá de las características particulares de cada operación: unas beneficiarán más a las personas que tengan una edad determinada⁷⁹, otras serán más competentes en función de los tipos de interés, etc. Antes de la Ley 41/2007, cada entidad que ofrecía la hipoteca inversa tenía un criterio diferente en cuanto a la edad, no obstante a pesar de que la Ley haya establecido la edad de 65 años, continúan las diferencias en la oferta del producto.

4. ORDENAMIENTO JURIDICO ACTUAL

4.1. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DEPENDIENTES. BREVE EVOLUCIÓN DE SU REGULACIÓN.

El proceso de envejecimiento de la población se presenta como un reto para el sistema sanitario, no sólo en cuanto al importe de gasto necesario para atender al colectivo de personas mayores, sino también en cuanto al nivel de calidad de las atenciones y cuidados dispensados⁸⁰. Una serie de circunstancias demográficas y culturales van sentando las bases de una nueva conciencia social preocupada por la calidad de vida de los ancianos y personas discapacitadas, con el consiguiente reflejo en el Derecho positivo. Así se habían promulgado varias leyes y disposiciones que han ido creando un marco jurídico preexistente a la publicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia. En primer lugar se publica la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, en el año 2003 se publica la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que regula las medidas de adecuación del ambiente físico y social a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, adecuando nuestra normativa a la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato

⁷⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 72, comenta como antes de la Ley 41/2007 algunas Cajas de Ahorros la hipoteca se realizaba a mayores de 65 años, por ejemplo en la Caja Vital, mientras que Ibercaja exigía ser mayor de 75 años; en Caixa Terrasa y Caixa Sabadell era contratable a partir de los 70 años y en BBVA a partir de los 65 años.

⁸⁰ Como comenta, ANGUITA RÍOS, R. M., “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”. *El Consultor Inmobiliario*, Núm. 83. Octubre 2007. Editorial La Ley. págs. 13 y ss.

en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, y la Directiva 2002/73/CE para la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo⁸¹. De especial transcendencia por sus contenidos es la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, que entre otras novedades, va dirigida a favorecer y preservar un patrimonio personal formado por sus familiares y personas de su entorno, destinado a sostener económicamente durante toda su vida a las personas con discapacidad⁸².

En primer lugar, como señala GARCÍA PÉREZ, se delimita como el contenido principal de esta Ley el hecho de regular el denominado *patrimonio especialmente protegido*. La norma establece las bases para favorecer la creación de un patrimonio destinado a poner a disposición del discapacitado medios económicos suficientes que le garanticen una adecuada calidad de vida. Con este fin, trata de fomentar que tanto las familias de los discapacitados, como terceros, destinen recursos y ahorros a la protección de este colectivo. Estas normas, son como casi siempre fruto del momento social en que son promulgadas, y debemos tener en cuenta que en los últimos años, se constata la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mayor atención sanitaria, y a nuevas causas de discapacidad como son los accidentes de tráfico o de trabajo, enfermedades de larga duración, situaciones que pueden provocar la consiguiente incertidumbre sobre su cuidado en el futuro⁸³. De modo similar al explicado para

⁸¹ Según el Art. 1, de la Ley 51/2003: “...Esta Ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución. A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.”

⁸² La Exposición de Motivos de esta Ley 39/2006 determina cómo: “... el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma. Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico”.

⁸³ BERROCAL LANZALOT, A. I., op. cit., pág. 28; señala como continúa la Exposición de Motivos de esta ley diciendo: “...A esta realidad, derivada del envejecimiento, debe añadirse la

las personas mayores, el grupo familiar no siempre va a estar a disposición del dependiente para prestarle su apoyo económico y asistencial, y por lo tanto resulta necesario un patrimonio que le asegure estas prestaciones hasta el final de su vida. Pese a las expectativas generadas, la aplicación práctica de esta Ley 41/2003 ha sido escasa por dos motivos⁸⁴. En primer lugar, la falta de desarrollo se ha debido a que los beneficios fiscales no resultaban más beneficiosos que los ya existentes en leyes anteriores, y en segundo lugar, que la excesiva complejidad técnica y de gestión de los planes de pensiones y patrimonios especialmente protegidos formulados en la norma ha entorpecido su implantación.

La segunda novedad de esta Ley 41/2003, es la introducción en el Código Civil de los arts. 1791 y ss., dónde se tipifica el *contrato de alimentos o vitalicio*⁸⁵. Bajo esta figura, se recoge una fórmula contractual que permite la integración en una familia de quienes llegan a la vejez aislados por la enfermedad o privados de la compañía de una familia, o también, de personas jóvenes con problemas derivados de enfermedad, deficiencia física, y que carecen de familiares y no pueden valerse por sí mismos, a cambio de un patrimonio⁸⁶. Una de las críticas vertidas por algunos autores atiende a la falta de formalismos exigibles para la constitución del contrato de alimentos, ya que los requisitos formales hubieran defendido a la parte más débil del negocio jurídico⁸⁷. En el derecho foral, el ejemplo más cercano sería el Pacto de Acogida Catalán, cuya finalidad y prestaciones son similares, y donde la exigencia de forma es esencial como requisito *ab solemnitate*, incluso como contrato cuasi administrativo debe inscribirse en el Registro de Acogida de Personas Mayores, dependiente del

dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral”.

⁸⁴ GARCIA PÉREZ, R. “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”, en *Protección del Patrimonio familiar*, SÁNCHEZ CALERO, F. J., y GARCÍA PÉREZ, R., Coords. Tirant lo Blanch. Valencia 2006. págs. 110 y ss.

⁸⁵ Véase, PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia*, op. cit., pág. 153.

⁸⁶ MÉNDEZ SERRANO, M. M., “El contrato de alimentos vitalicio: una nueva fórmula contractual como alternativa frente a las carencias de la obligación legal de alimentos entre parientes”, en *Protección del Patrimonio familiar*, SÁNCHEZ CALERO, F. J., GARCÍA PÉREZ, R., Coords. Tirant lo Blanch. Valencia 2006. pág. 88.

⁸⁷ PEREÑA VICENTE, M., “La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia”. *AC*, núm. 16 septiembre 2008, pág.4. Comenta que estamos ante un contrato que se puede celebrar de forma privada porque el legislador no ha exigido un contrato notarial. Igualmente lo recoge la autora en PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia...* op. cit., págs. 179 y ss.

Departamento de Bienestar Social⁸⁸. Otro ejemplo, donde la forma es esencial al contrato sería el *patrimonio especialmente protegido* que exige la constitución notarial o por resolución judicial, de acuerdo con el art. 3 de la Ley 41/2003.

A pesar de no ser un texto legislativo, en el año 2005 se publica el Libro Blanco *Sobre atención a las personas en situación de dependencia*, donde se realiza un estudio sobre la población de mayor edad, y las circunstancias sociológicas y económicas de este colectivo. Este informe encargado por el gobierno, analiza los problemas existentes, sentado las bases para las futuras legislaciones en esta materia. En una sociedad donde la pirámide demográfica nos hace pensar en una sociedad cada vez más envejecida surgen una serie de medidas de protección a la dependencia y a la tercera edad⁸⁹.

Así mismo, en materia fiscal, se realiza el primer intento de introducir una reducción en la base imponible y exenciones tributarias sobre operaciones de constitución de préstamos y créditos con garantía hipotecaria sobre un inmueble, siempre que el propietario y prestatario fuera mayor de sesenta y cinco años o independientemente de su edad y necesitase asistencia para el desarrollo de su actividad diaria. Fue una Proposición de Ley presentada por Grupo Parlamentario catalán, *Convergència i Unió*, en octubre de 2005, con el que se pretendía introducir una reforma en el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo por el que se prueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A pesar de esta iniciativa, la propuesta finalmente fue retirada el 29 de noviembre de 2005⁹⁰. No obstante, la novedad de esta iniciativa radica en beneficiar fiscalmente la disposición de la vivienda o de los bienes inmuebles propiedad de mayores de 65 años, o personas con especiales necesidades. En cierto modo, esta iniciativa fue la precursora de la posterior tipificación de la hipoteca inversa, como señala SÁNCHEZ I LLIBRE⁹¹.

⁸⁸ Recogido en la Ley 22/2000, del Parlamento catalán, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, complementado con la Ley 11/ 2001, de 13 de julio de 2001 de Acogida Familiar para Personas Mayores.

⁸⁹ Publicado por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, IMSERSO, op. cit., págs. 35 y ss.

⁹⁰ ZURITA MARTIN, I., “La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa”, *RCDI*. Núm.707/2008, págs. 1277 y 1278.

⁹¹ En palabras de SÁNCHEZ I LLIBRE “*Existe gran satisfacción en Convergència i Unió ya que en esta Ley se regula positivamente la figura de la hipoteca inversa. La figura de la hipoteca inversa es una aportación de Convergència i Unió que viene de lejos, concretamente de los meses de Septiembre-Octubre de 2005, en que existió un pacto solvente e importante entre el vicepresidente, señor Solbes, y nuestro portavoz, Durán i Lleida. La iniciativa la planteó nuestro grupo en una proposición de ley en la que se proponía por primera vez en esta Cámara, la posibilidad de que se regulara esta figura financiera. Hoy después del pacto al que*

Además de las leyes promulgadas en estos últimos años, otras figuras se destinan a la ayuda de la dependencia y la tercera edad en España en el marco de la autonomía privada, un conjunto de productos de la sabiduría popular y jurídica. Algunos ejemplos de estos negocios o instituciones que dan solución a la precariedad económica y necesidad de atención en los últimos años de la vida, podrían ser desde la venta de las viviendas a las sociedades que gestionaban las residencias, falsas donaciones de viviendas a terceros o familiares, otras figuras como la renta pensión, las rentas vitalicias, el contrato de vitalicio antes de su tipificación, etc. Todas estas figuras dan soluciones dentro de un contexto privado, entre particulares. En contra de esta privacidad, la nueva Ley de Dependencia va a encomendar parte de la protección a las personas dependientes al Estado y las Comunidades Autónomas, con cargo a sus arcas.

4.2. LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.

Así, dentro de este nuevo contexto social y político, una nueva legislación, quizás de forma muy ambiciosa, pretende dar una solución universal y homogénea a muchos de estos problemas: *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia.*

Para entender a quienes desea proteger el legislador, tomaremos como definición de dependencia la propuesta por el Consejo de Europa que inspira la citada norma: “...estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria y, de modo particular, los referentes al cuidado personal”.

El legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006 es consciente del crecimiento de la población de más de 65 años y del fenómeno demográfico denominado “*envejecimiento del envejecimiento*”, referido a la cuarta edad, como el aumento de la población superior a los 80 años de edad. Y como consecuencia, esta sociedad cada día demanda más cuidados de larga duración, conocidos en

llegamos a finales de 2005, es una realidad dentro de los parámetros consignados en esta Ley...”. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 2007, VIII Legislatura, núm. 923. Economía y Hacienda, sesión 52, 16 de octubre 2007.

otros países como *long term care*. En general, nos referimos a los cuidados que se prestan en residencias, centros de día y en los propios domicilios, y que no suelen requerir tecnologías muy complejas, ni de cualificación profesional muy elevada, pero que además presentan como diferencia con los servicios médicos, prestados por centros hospitalarios, la continuidad y prolongación en el tiempo⁹².

Al mismo tiempo, la Ley dará cobertura a personas a partir de los tres años de edad que se encuentren en situación de necesitar el auxilio, o a aquellas que necesiten apoyo o suplir su capacidad para la realización de las actividades comunes, domésticas, sencillas, diarias y habituales, que debido a circunstancias derivadas de la edad, o enfermedad de tipo física o mental, no son capaces de desarrollar, y necesitan la ayuda de otra persona.

Debemos tener en cuenta que no siempre resulta fácil la diferencia conceptual entre minusvalía, discapacidad y dependencia⁹³. Y si su definición no es idéntica, menos lo es la protección dispensada por el ordenamiento jurídico a cada uno de estos términos, de modo que todas las ayudas fiscales previstas para la minusvalía se supone que también se podrían aplicar a la dependencia, pero no viceversa, debemos evaluar los grados y los certificados reconocidos a cada persona por la Administración⁹⁴.

La Ley 39/2006 es producto de distintas recomendaciones y decisiones de organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa o la Unión Europea. Esta última decidió qué criterios debían regir la política de dependencia de todos sus países miembros, en un intento de unificar al menos las líneas básicas que deben trasladarse a las legislaciones

⁹² Comenta BLAY BERRUETA, D., “Sistemas de Cofinanciación de la Dependencia: Seguro Privado frente a Hipoteca Inversa”. Fundación Mapfre. Madrid. 2007. pág. 10, que actualmente la atención a la persona dependiente se realiza en el ámbito familiar y recae especialmente en las mujeres (representan el 83% de los cuidadores informales), que, en la mayoría de los casos, se ven imposibilitadas de llevar actividad laboral alguna.

⁹³ Siguiendo a PEREÑA VICENTE, M., op. cit., *Asistencia...* págs. 29 y ss. La discapacidad podría englobar un gran número de diferentes limitaciones funcionales, mientras que la minusvalía es la pérdida de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad, pero la tendencia legislativa es a utilizar el término discapacidad como término paraguas.

⁹⁴ De acuerdo con el RD 504/2007 de 20 de abril. “A las personas que tengan reconocido el complemento de gran invalidez, se les reconocerá la situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine” cabe señalar que a las personas que tengan reconocido el complemento de gran invalidez, se les reconocerá, al menos, la situación de dependencia de Grado I (moderada), Nivel I.

Véase la profesora PEREÑA VICENTE, M., *Dependencia e incapacidad: libertad de elección del ciudadano o del tutor*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2008, sobre la diferencia entre dependencia e incapacidad, pág. 23 y ss.

nacionales, como son la universalidad, la alta calidad y sostenibilidad en el tiempo de los sistemas que se implanten. Nuestro ordenamiento jurídico recogía ya estos derechos en el Título I de la Constitución Española en los arts. 49 y 50⁹⁵. De forma, que a nivel programático ya estaba recogido desde 1978, pero es ahora cuando estas declaraciones de voluntades se plasman en una Ley que otorga derechos concretos a estas personas en situación de especial vulnerabilidad. Así, partiendo de la CE se realiza la distribución de competencias entre las distintas administraciones en esta materia. El legislador deja estas prestaciones de dependencia al margen del sistema de la Seguridad Social y como señala su Disposición Final Octava, es competencia exclusiva del Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al art. 149.1.1ª de la CE, que se establece como punto de partida. Al mismo tiempo, las Comunidades Autónomas asumirán competencias en esta materia con base en el art. 148.1.17ª, donde expresamente se les designa la *asistencia social*, como competencia propia de las mismas.

En principio, la Ley 39/2006 establece tres niveles diferentes de prestaciones en función del organismo encargado de establecer el servicio⁹⁶. De igual forma, se crea un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, (SAAD) con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y con la garantía por parte de la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español.

⁹⁵ CE 1978 Art. 49: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos" art. 50 "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio".

⁹⁶ PÉREZ CASTILLO, R., "Comentarios a la ley 39/2006, de de 14 de Diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia" [en línea] *Noticias Jurídicas*, Octubre 2007. [www.http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/](http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/), pág. 2. Se establece un contenido mínimo común garantizado por la Administración General del Estado, acordado en el seno del Consejo Territorial, aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto, y financiado por el Estado; "un contenido básico común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio nacional". Un nivel superior de prestaciones derivado de los convenios bilaterales suscritos en el marco del Plan de Acción Integral y cofinanciado entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de conformidad con tales convenios; y un nivel adicional de mejora, a iniciativa y cargo de las Comunidades Autónomas respectivas

En el art. 4 de la Ley 39/2006 queda claro que el objetivo de la regulación de las condiciones básicas es garantizar una igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de quienes se encuentran en situación de dependencia, para el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales, puesto que es precisamente, el ejercicio de sus derechos y deberes lo que se ve obstaculizado por su situación de dependencia⁹⁷. Así, el sistema previsto en la Ley 39/2006, puede considerarse que reúne las tres condiciones básicas como son: la universalidad de la prestación, su carácter público y la igualdad en el acceso al derecho⁹⁸. El sistema de financiación español, consiste en una aportación de la Administración Central y una cantidad similar de las CCAA, que se unirá a las aportaciones realizadas por los usuarios en concepto de copago, que se establecerá en función de la renta y patrimonio de los usuarios, y se establecerá un nivel de renta mínimo por debajo del cual el beneficiario del servicio no tendrá que realizar ningún copago⁹⁹. El problema surge por actualmente existe la incertidumbre sobre qué grado de atención puede recibir una persona en situación de dependencia en función de la Comunidad Autónoma donde resida. Habrá que esperar hasta que se desarrolle el sistema de protección de la Dependencia para ver los resultados a largo plazo.

Esta Ley prioriza la prestación de servicios, ayuda a domicilio, teleasistencia y residencias, frente a medidas sustitutivas como la prestación

⁹⁷ Como apunta, PÉREZ CASTILLO, R., op. cit., pág. 20.

⁹⁸ MORETÓN SANZ, M^a. F., op. cit., pág. 57.

⁹⁹ Este condicionante supone la no universalidad que algunos sectores proponían como BLAY BERRUETA, D., “Sistemas...”, op. cit., pág. 21. Efectivamente, el art. 33 de la Ley 39/2006 dispone, en su primer apartado, que dicha participación será “según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica”. En el apartado 2 se añade: “*La capacidad económica del beneficiario se tendrá también en cuenta en la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas*”. Puesto que las prestaciones económicas aparecen vinculadas a la prestación de un servicio, parece que para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas también debería tenerse en cuenta el tipo y coste del servicio, y a quién se vincula la prestación. Algunas entidades, como Edad y Vida o el Comité Español de Representación de Personas con Discapacidad (CERMI), al igual que gran parte de la doctrina, defendían la exención absoluta de participación en el coste para las personas en situación de gran dependencia y establecer que la situación de necesidad, y no además, el nivel de renta y patrimonio del dependiente, fuera el único referente de acceso a las prestaciones y servicios del sistema. BLAY BERRUETA, D., “Sistemas...” op. cit., pág. 41, o así mismo, PEREÑA VICENTE, M., op. cit., pág. 3: “*El Sistema Nacional de Dependencia, a pesar de su vocación universal, consagra un sistema de copago, en el cual el destinatario del servicio debe contribuir a su financiación en función de su capacidad económica*”... “*Ley determina que la capacidad económica se valorará no sólo en función de la renta sino también del patrimonio de la persona dependiente... El problema puede surgir cuando el único bien de la persona dependiente es la vivienda habitual y la valoración de esta ha experimentado un auge que no se traduce en mayores ingresos o en una renta adicional*”.

económica o cuidado familiar, quedando restringidas para cuando no sea posible el acceso al servicio público¹⁰⁰. Cuando se reconozca una prestación económica siempre tendrá carácter personal y estará vinculada a la adquisición de un servicio, de acuerdo con el art. 14.3 de Ley 39/2006¹⁰¹.

Por un lado, el apoyo político de la nueva Ley era amplio, y se esperaba un importante impulso por parte de la administración autonómica. De hecho en todas las Comunidades Autónomas se ha desarrollado, pero la falta de medios económicos está ralentizando su puesta en marcha. Efectivamente, el sistema público no puede garantizar por sí solo la cobertura de todo el conjunto de personas dependientes, con lo que, la propia norma anticipa una futura regulación de instrumentos privados, porque la iniciativa privada tendrá que hacerse cargo de un porcentaje muy elevado de personas dependientes. Así la Disposición Adicional Séptima, encarga al gobierno que en el plazo de seis meses se promuevan, las modificaciones legislativas necesarias, para que instrumentos privados destinados a la cobertura de la dependencia, gocen de un tratamiento fiscal privilegiado. Pero, la financiación de la dependencia, a pesar de la buena voluntad política, supone un coste muy alto para la Administración estatal y autonómica. Así, aunque se han generado grandes expectativas acerca de la mejora que supone esta ley para la situación de los dependientes, no debemos olvidar que la Administración no siempre dispone de los recursos suficientes para hacer frente a sus compromisos. En el plano privado, se trata en definitiva, de la

¹⁰⁰ BLAY BERRUETA, D., “Sistemas...”, op. cit., pág. 23.

¹⁰¹ De este modo, en la actualidad la protección social para un ciudadano en situación de dependencia en España tiene previstos cuatro tipos de ayudas o prestaciones:

a) En primer lugar las prestaciones monetarias de la Seguridad Social, como pensiones reconocidas.

b) En segundo lugar, los servicios públicos asistenciales (residencias, servicios de ayuda a domicilio, centros de día etc.).

c) La legislación fiscal también recoge ayudas específicas, en concreto, la Ley 40/1998 de IRPF recoge los diferentes tipos de beneficios fiscales. Por un lado, se exonera de tributación a determinados tipos de rentas como indemnizaciones por actos de terrorismo o las prestaciones por incapacidad permanente, absoluta o gran invalidez; y por otro lado, se establecen reducciones en la base imponible, mínimo personal y mínimo familiar como beneficios fiscales dirigidos a las personas con dependencia y sus cuidadores.

d) Y por último, también se contemplaban ayudas destinadas al cuidador informal. De hecho, la Ley 39/1999 sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, prevé la concesión de excedencias hasta de un año de duración para el cuidado de un familiar por razón de enfermedad y edad. De acuerdo con el art. 4 de esta Ley 39/1999 modifica el art. 46,3 del Estatuto de los Trabajadores, de tal forma que *“También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año,... los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”*.

eterna lucha entre quien ha ahorrado durante toda su vida y el sistema público no le ayuda por tener demasiados bienes económicos, y quien no se ha preocupado por prever económicamente su vejez, y el estado del bienestar se ocupa de sus necesidades cuando se hace mayor y no se puede valer por sí mismo.

Si observamos la situación en el resto del mundo, resulta muy dispar el modo en que afrontan los países de nuestro entorno el problema de la dependencia. En Suecia e Italia, los cuidados de larga duración se financian básicamente a través impuestos generales. Por otro lado, en Francia y Alemania se establece una financiación basada principalmente en las contribuciones sociales. Estados Unidos presenta una situación peculiar al recaer en las aportaciones privadas gran parte del soporte financiero. Adicionalmente aparecen modelos mixtos como es el caso de Japón. Como otra forma de hacer frente a estas situaciones, se ha desarrollado un importante mercado de seguro privado de dependencia en algunos países, donde se pueden destacar el sistema francés y el estadounidense¹⁰². En comparación con otros países la cobertura en materia de servicios sociales es claramente inferior en España, con respecto a otros países europeos¹⁰³. Pero, debemos tener en cuenta otros factores que han influido en el menor desarrollo de servicios sociales, como es a la mayor cobertura del sistema de pensiones públicas, la sanidad pública universal, de la que no gozan todos los países, y el peso de la asistencia inter-familiar.

¹⁰² A título de ejemplo véase BLAY BERRUETA, D., “Sistemas...”, op. cit., págs. 11 y ss. En Alemania todos trabajadores que obtengan ingresos deberán estar asegurados, pagando un 1,7 % sobre el salario para costear este seguro de cuidados de larga duración. A partir de los cinco años de cotización se pueden recibir prestaciones de varios tipos: atención domiciliaria profesional, cuidados institucionales y prestaciones en metálico. Estas prestaciones no dependen del nivel de ingresos. A parte del seguro gestionado por las instituciones el seguro privado también es suscrito por un importante número de personas. En Italia la dependencia se financia con impuestos locales y nacionales este *indennità di accompagnament*. Destaca la importancia en el sistema italiano de la atención informal y que sobre todo la ayuda es para un servicio de atención domiciliaria integral. Reino Unido utiliza varias fórmulas, el *National Health Service* que provee de servicios gratuitos universales, las autoridades locales que proveen de servicios para aquellos con recursos mínimos y los seguros privados.

Francia, se financia a través de un fondo nacional específico creado por la administración central y las diferentes regiones, donde además una parte es financiada por la Seguridad Social. Pueden recibir este subsidio los ciudadanos residentes en Francia mayores de 60 años. Además Francia es el segundo país con mayor implantación del seguro privado de dependencia.

¹⁰³ BLAY BERRUETA, D., “Sistemas...”, op. cit., pág. 22 “Por ejemplo si se comparan los índices de cobertura de Dinamarca y España, se observa que el índice de cobertura de las plazas residenciales se sitúa en el 13 % en Dinamarca, mientras que en España tan sólo alcanza el 3,77 %. En cuanto al índice de cobertura de los servicios domiciliarios, en Dinamarca alcanza el 31 % y en España se sitúa en el 3,12%.”

A finales del diciembre de 2007 la Ley 41/2007 de modificación del mercado hipotecario, BOE de 8 de diciembre de 2007, introduce nuevas ventajas fiscales a la dependencia, con la creación de las hipotecas inversas y beneficios fiscales para el seguro privado de dependencia, beneficios que por otra parte, podrían haber sido de mayor envergadura. A lo que se suma, que a pesar de las buenas intenciones y de las expectativas generadas, la crisis económica ha afectado en gran medida a una protección muy costosa que comenzaba a despegar. Los recortes presupuestarios tanto estatales como autonómicos han generado un déficit, hoy por hoy insalvable, en la aplicación de la Ley de Dependencia.

En los últimos años, tras la Convención de la ONU de 2006, la firma por España del Protocolo de adhesión en 2008 marca el rumbo de la legislación. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que modifica una gran cantidad de leyes españolas, para adaptarlas a la Convención, lo mismo ocurre con el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

4.3. LEY 41/2007, DE 25 DE MARZO DE REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO

Vamos a tratar brevemente las principales materias que aborda esta Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica 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 y por la que se establece determinada norma tributaria*¹⁰⁴. Con ello trataremos de enmarcar la regulación *ex novo* de la hipoteca inversa. Esta disposición ha sido criticada por la doctrina, puesto que el legislador ha reunido en una ley de reforma del mercado hipotecario, contenidos sobre temas muy diferentes y con escasa relación entre sí, como la 33ª Copa América, el Fondo de

¹⁰⁴ Aprobación en el Congreso de 5 de diciembre de 2007, publicado en BOE, núm. 294, de 8 de diciembre de 2007. como Ley 41/2007, de 7 de siembre, por la que se modifica la Ley 2/1985 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 y, por la que se establece determinada norma tributaria, entrando en vigor al día siguiente a su publicación en el BOE, el 9 de diciembre de 2007.

pago de alimentos, y las importantes modificaciones a la Ley Hipotecaria, por poner un ejemplo; de modo que en algunos aspectos esta disposición se presenta como una amalgama de contenidos¹⁰⁵. A pesar de su deficiente ordenación, es preciso destacar algunas de estas modificaciones por la influencia, y trascendencia jurídica que van a tener en la figura de la hipoteca inversa.

Una modificación importante introducida por esta norma, es la modificación del art. 2 de la ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario¹⁰⁶. Hasta este momento el criterio para considerar que un préstamo o crédito quedaba sujeto a esta norma era el destino del mismo, que se reducía a la financiación de obras o adquisición de viviendas. A partir de esta reforma, cualquier préstamo o crédito concedido por las entidades mencionadas expresamente y garantizados con hipoteca inmobiliaria quedan sometidos a la norma con independencia de su finalidad¹⁰⁷. Es decir, a partir de ahora no se circunscribe a promotores y adquirentes de vivienda, sino que la norma protege a todo el que garantice con un inmueble una deuda, ya sea una refinanciación de deudas, una segunda hipoteca, una hipoteca por deuda ajena, etc. De este modo, la hipoteca inversa queda sometida a la ley reguladora del Mercado Hipotecario, con la consiguiente seguridad y garantía que esto aporta al prestatario del préstamo. Así mismo, en esta ley se regula en la Disposición Adicional Segunda el seguro privado de dependencia; y en la Disposición Adicional Cuarta el aseguramiento de rentas futuras por la constitución de una hipoteca inversa, a través de un plan de previsión asegurada, como medida fiscal adicional, disposiciones ambas que complementan la nueva figura hipotecaria.

Las hipotecas inversas en nuestro país se comenzaron a contratar en el año 2006 y 2007, ofrecidas por distintas entidades de crédito y revestidas con distintas fórmulas contractuales. Aunque en aquel momento esta figura no estaba

¹⁰⁵ Muchos autores entre ellos, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 33, critican la forma apresurada y deficiente de legislar, de modo que en el en mismo cuerpo legislativo amalgama de materias muy distintas y de contenido desconexo.

¹⁰⁶ CORDERO LOBATO, E., "Proyectadas novedades en materia hipotecaria". *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 732/2007. Pamplona 2007. pág. 1, considera que esta ley resulta ambiciosa al modificar la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, para conferir al Ministerio de Economía y Hacienda la potestad de dictar normas sobre transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios; la ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios y la Ley de 8 de febrero de 1946, además de otras ley y decretos,

¹⁰⁷ Tal y como también admite MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 62.

regulada de forma explícita en nuestro ordenamiento jurídico, la definición tipificada en la Ley 41/2007 ha resultado ser muy similar a la hipoteca ofrecida por el mercado financiero. En países como Reino Unido, Estados Unidos, Australia la hipoteca inversa es un negocio vigente en sus ordenamientos desde el siglo pasado, de donde se ha importado el concepto. Pero el ordenamiento jurídico español tiene unos principios jurídicos básicos propios, y no siempre es fácil insertar nuevos derechos reales, más cuando no se ajustan a los tradicionales sistemas de garantías reales y personales, y demás peculiaridades registrales o de publicidad. Sin embargo, cabe destacar la rapidez con que el legislador ha tipificado la figura. No es habitual que desde que el mercado ofrece una nueva figura jurídica hasta su plasmación legislativa transcurran apenas dos años, cuando en muchos casos, en la práctica, se utilizan figuras jurídicas que jamás llegan a tener una regulación positiva. A partir de este momento, será necesario que se den las circunstancias sociales oportunas y un profundo cambio de mentalidad, consolidándose la sociedad del bienestar, para que esta hipoteca tenga un amplio desarrollo en la práctica bancaria.

4.3.1. Transparencia en las condiciones financieras

Esta ley viene precedida por distintos procesos legislativos en el sistema jurídico europeo que intentan dotar a los créditos hipotecarios de mayor protección, uniformidad en la legislación y una mejora general de los sistemas de financiación. En la Exposición de Motivos de la Ley, se muestran como unas de las principales preocupaciones del legislador “...*las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios...*” y define como sus líneas de actuación:

- 1.- La eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos.
- 2.- La modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos.
- 3.- La mejora de los instrumentos de financiación. Este deseo se plasma positivamente en ella, en el *Capítulo I Transparencia en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios*.

Las modificaciones contenidas en este capítulo de la ley se realizan teniendo en cuenta la regulación y las prácticas en la Unión Europea a fin de garantizar la convergencia legislativa en esta materia.

4.3.1.1. Normativa comunitaria. Integración de los mercados.

La Unión Económica y Monetaria y los grandes avances en la integración de los mercados financieros comunitarios están provocando un aumento significativo de la competencia a la que se deben enfrentar los intermediarios financieros. Estas instituciones se iniciaron con un proceso liberalizador, impulsado desde los años 80, con el fin de dotar al sistema de una regulación ágil y competitiva. A lo largo de estos últimos años en este sentido se han transpuesto a la legislación nacional directivas como la Directiva 2000/12/CE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio, o la Directiva 2002/87/CE, sobre supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión¹⁰⁸. En el terreno del crédito, primero se incorpora al ordenamiento español la regulación de los créditos al consumo, Directiva 87/102/CE, y actualmente el impulso europeo se centra en el crédito hipotecario. En este sentido también debemos mencionar el Código de Conducta Voluntario sobre Información Precontractual para Créditos Vivienda que se aprueba en el año 2001¹⁰⁹. Sin embargo, las entidades de España y Francia han sido las más reticentes a adquirir los compromisos que suponen la firma de este

¹⁰⁸ En este sentido ver, MUÑIZ ESPADA, E., *Bases para una propuesta de eurohipoteca*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. págs. 12 y ss.

¹⁰⁹ Vid. COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Acuerdo Europeo relativo a un Código de Conducta Voluntario sobre Información Precontractual para Créditos Vivienda, CODIGO DE CONDUCTA Bruselas, 2001. http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/code_en.htm#register, pág. 9. Este Código abarca la información al consumidor sobre créditos vivienda nacionales y transfronterizos, y su objetivo es velar por la transparencia de la información y poder comparar entre cualquier préstamo ofrecido a un consumidor para la compra o transformación del bien inmueble privado que posee o aspira a adquirir, asegurado mediante hipoteca inmobiliaria u otra garantía de uso habitual a tal efecto en un Estado Miembro. Las instituciones que suscriban este Código se comprometen a facilitar al consumidor, información de carácter general sobre los créditos vivienda que ofrecen (identificación de la entidad prestamista, fines del crédito vivienda, tipo de garantía, tipos de crédito, tipos de interés, coste financiero, costes afines, opciones de reembolso, amortización anticipada, tasación, desgravaciones fiscales, etc..) y en una fase precontractual, información personalizada que se ha de presentar en una “Ficha europea de información normalizada” (FEIN), que sin ser una oferta vinculante, recoge todos los datos del préstamo ofrecido al consumidor, incluso antes de la concesión del riesgo. Igualmente la RECOMENDACION DE LA COMISION (Bruselas, 1 de Marzo de 2001), relativa a la información precontractual que deben proporcionar a los consumidores las entidades de crédito que ofrecen préstamos a la vivienda establece como uno de los objetivos de un mercado único de servicios financieros que ofrezca a los consumidores un elevado grado de protección es una prioridad de la Comunidad Europea, y señala la importancia que la firma de un contrato de préstamo a la vivienda suele ser el mayor compromiso financiero que adquiere un consumidor.

Código¹¹⁰. Pero debemos tener en cuenta que se trata de un código de autorregulación interna voluntaria de la entidad de crédito que asume el compromiso de observancia del mismo, y considera una práctica desleal el incumplimiento de los compromisos adquiridos. Se centra en proporcionar al cliente una información general del producto, y una información personalizada en la fase precontractual de negociación de la operación de crédito. Pese a las buenas intenciones este Código de conducta no es una norma vinculante para la entidad, sino unas directrices o principios de referencia, que en la práctica no siempre se respetan¹¹¹.

Lo cierto es que muchas modificaciones introducidas por esta ley 41/2007 “*se realizan teniendo en cuenta la regulación y las prácticas en la Unión Europea a fin de garantizar la convergencia en esta materia*”, como las modificaciones del Art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, tienen como fin trasponer las directrices de la Comisión Europea en esta materia. La ley habilita al Ministro de Economía y Hacienda para que a través del Banco de España se pueda “*determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que*

¹¹⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007. Con la Enmienda Núm. 79 del GP Popular a la Ley 41/2007, intenta que las entidades de crédito españolas que no sean las únicas de la Europa de los Quince que no han podido suscribir el Código de Conducta Europeo sobre financiación de vivienda por inadecuación de la legislación nacional en la materia a pesar de los constantes requerimientos de la Comisión Europea; igualmente PÉREZ RIVARÉS, J. A., op. cit., pág. 73, señala que España es probablemente el único estado miembro de la Unión Europea cuya normativa es incompatible con el Código de Conducta europeo, cuando al menos en dos ocasiones la Comisión se ha dirigido al Gobierno español, urgiéndole a que adapte nuestra normativa en la materia.

¹¹¹ Sobre este tema, ARANGUREN URRIZA, F. J., “Habilitación Legal para la Reforma de la Normativa sobre Transparencia en Préstamos y Créditos Hipotecarios Nueva Normativa sobre Amortización Anticipada” en *Hacia un nuevo Derechos Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario*, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., Coord. Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pág. 13, *El sistema de Códigos presenta la ventaja de la mayor flexibilidad y facilidad de adaptación a las circunstancias del mercado, frente a la lentitud de los procesos normativos comunitarios*. Sin embargo, la experiencia indica que los códigos adoptados en otros ámbitos del sistema financiero se han mostrado ineficaces en la protección de los consumidores; igualmente, PÉREZ RIVARÉS, Juan A., “Transparencia en la Contratación de Préstamos Hipotecarios (arts. 1.1 y 1.2 de la Ley 41/2007)”, en *La reforma del Mercado Hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. Coord. Muñiz Espada, E. y otros. Edisofer, S.L. Madrid, 2009, pág. 70, comenta que la propia Comisión considera que el Código de Conducta ha quedado obsoleto y que no ha servido para sustituir a normas vinculantes, y que ha sido objeto de aplicaciones divergentes en distintos países.

tal información pre-contractual será exigible". Al igual que en otros momentos, parece que el avance en la mejora de la información al consumidor viene impulsado por Europa, como ocurrió en años anteriores, con la supervisión administrativa de las entidades financieras¹¹².

La provisión de información al consumidor final -al prestatario- es un asunto de especial delicadeza e importancia fundamental en las transacciones hipotecarias dada su complejidad, su coste financiero elevado, y la larga duración de la relación jurídica, al igual que por las importante trascendencia jurídica del negocio convenido tanto para el firmante como sus herederos. En el año 2005, el Libro Verde señala que el asesoramiento y mediación crediticia se hacen necesarios en las hipotecas que son productos complejos de alto valor¹¹³. Pero también, la Comisión Europea es consciente del importante papel que la adecuada provisión de asesoramiento puede desempeñar sobre la confianza de los consumidores y en la prevención de problemas tales como el sobreendeudamiento de los ciudadanos.

El Libro Verde del Crédito Hipotecario en la Unión Europea recoge la preocupación de la Comisión Europea por los nuevos productos, entre ellos los créditos hipotecarios al consumo, los riesgos potenciales de los consumidores, las nuevas necesidades de financiación en la vejez y el sobreendeudamiento de las familias¹¹⁴. Al mismo tiempo, aprecia las ventajas de un mercado de financiación más líquido, basado en productos y técnicas de financiación, modernas y flexibles. Igualmente, la Comisión Europea conocedora de la aparición de nuevos productos, como los *préstamos hipotecarios para fines de consumo*, advierte de que merecen una cuidadosa evaluación por lo que se refiere tanto a

¹¹² Real Decreto Legislativo 1298/1986 de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito a las normas de la Comunidad Europea, se procede a la adaptación de las leyes españolas que regulan los Entidades de Crédito a las *normas en la materia de la Comunidad Económica Europea, constituidas por las Directivas 73/183, de 28 de junio, y 77/780, de 12 de diciembre*.

¹¹³ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. "Libro Verde, el Crédito Hipotecario en la UE". Bruselas, 19.07.2005. COM (2005) 327 final. pág. 5: "*Los mercados de créditos hipotecarios están entre los mercados más complejos en los que intervienen los consumidores. La "cadena de valor" de una operación hipotecaria puede implicar a agentes del mercado diversos y especializados en cada etapa...*"

¹¹⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007. Varias Enmiendas a esta Ley 41/2007 versan sobre esta preocupación como las Enmiendas Núm. 2 y 15, del GP de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, que intenta evitar el embargo de la vivienda familiar cuando se trate de un deterioro transitorio de la situación económica, la Enmienda Núm. 23 del mismo GP que desea establecer límites al endeudamiento familiar, limitando el número de años de vida de los préstamos de vivienda y los porcentajes de endeudamiento sobre los ingresos familiares.

sus riesgos potenciales para los consumidores como a la capacidad que demuestran de ofrecer nuevas fuentes de financiación a los ciudadanos de la UE, en especial con objeto de abordar los problemas de financiación de las pensiones que tendrán que afrontar inevitablemente las generaciones actuales y futuras. Por último, la Comisión llama la atención sobre las repercusiones de este mercado en el bienestar de los ciudadanos de la UE. La dimensión social y humana vinculada a la vivienda y al crédito es inmensa, por ejemplo en aspectos tales como el sobreendeudamiento¹¹⁵. Desde Bruselas se sigue con interés la aparición de estos productos innovadores como son créditos hipotecarios al consumo que actualmente sólo están presentes en unos pocos Estados miembros, y es plenamente consciente de la necesidad de acompañar esta aparición con un nivel alto de protección a los consumidores.

El Convenio de Roma de 1980 rige la determinación de la legislación aplicable a los contratos relacionados con los créditos hipotecarios, no obstante, actualmente se experimenta un proceso de revisión legislativa, con el fin de generar un Reglamento de la UE. Uno de los puntos que se plantean es la posibilidad de proteger a los contratantes de préstamos hipotecarios, como si se tratase de préstamos al consumo. De este modo, la Unión Europea el 19 de septiembre de 2007 publica su anunciado Libro Blanco del Crédito Hipotecario - en adelante Libro Blanco-. Este estudio recoge entre sus objetivos facilitar la oferta de crédito transfronteriza. Para ello se establece como finalidad, incluir en una Directiva cuatro elementos, sobre los que se pretende la homogenización: la amortización anticipada de préstamos, la información precontractual, la definición de la tasa anual equivalente –TAE-, y el desarrollo del concepto de préstamo responsable. Posteriormente la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo, de 23 de abril, traspuesta en nuestro ordenamiento en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, recoge a su vez este concepto de préstamo responsable, pero falta una directiva sobre crédito hipotecario que permita incluir estos conceptos en todos los ordenamientos de la UE, cuya elaboración está en marcha¹¹⁶. No obstante con

¹¹⁵ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS “Libro Verde, el Crédito Hipotecario en la UE”, Bruselas, 19.07.2005. COM (2005) 327 final págs. 3 y ss.

¹¹⁶ Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, COM (2011) 142 final. Bruselas, 31.3.2011. Donde se constatan los problemas y deficiencias del mercado y de la normativa, debidos a numerosos factores, como la coyuntura económica general y la escasa cultura financiera. En la fase precontractual, se observaron los siguientes problemas: material publicitario que no permite la comparación, incompleto y falto de objetividad y de claridad;

la publicación de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, se introduce por primera vez el concepto de préstamo responsable, de hecho la norma decida el Capítulo I, con un extenso art. 18 a la evaluación de la solvencia del cliente peticionario.

A pesar de las buenas intenciones, el Comité es consciente de las dificultades que presenta el proceso de unificar, a nivel comunitario, el actual marco jurídico actual¹¹⁷. Un punto importante en este proceso, es desarrollar los mecanismos para facilitar el acceso a los Registros de propiedad. La realidad es que los registros europeos no siempre reflejan con exactitud todas las cargas que pueden afectar a los derechos de propiedad y es necesario que se facilite el acceso a los mismos. Las diferencias entre los registros siguen siendo importantes, por las características propias de los derechos reales en cada país. Por ejemplo, en España, Grecia, Portugal, Alemania, etc., la hipoteca se constituye en el momento de la inscripción en el Registro, mientras que en otros países como Francia, Bélgica o Luxemburgo la constitución es notarial. Este ejemplo pone de relieve que los ordenamientos jurídicos europeos, respecto a los derechos reales sobre la propiedad, son muy divergentes, sobre temas realmente sustanciales¹¹⁸.

A pesar de los intentos de acercamiento, los títulos competenciales de la Unión Europea en materia de propiedad e hipotecas están limitados al principio de libre circulación de capitales, pero sin entrar a normalizar los diferentes regímenes jurídicos de propiedad -Directiva 88/361/CEE-¹¹⁹.

Otro punto de acercamiento hubiera sido la figura de la *eurohipoteca*. Supone un intento por crear un instrumento, a escala comunitaria, para garantizar los préstamos sobre la propiedad, es decir, homogeneizar la hipoteca, para que la garantía real hipotecaria pudiera utilizarse de forma más flexible. Pero una vez más, la dificultad de la unificación en ese ámbito se debe a la gran variedad

información precontractual insuficiente, compleja, poco clara, facilitada a destiempo y que no permite la comparación; asesoramiento inadecuado; y evaluaciones deficientes de la idoneidad y la solvencia.

¹¹⁷ Vid. PÉREZ RIVARÉS, J. A., op. cit., pág. 73.

¹¹⁸ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS “Libro Verde, el Crédito Hipotecario en la UE”, Bruselas, 19.07.2005. COM (2005) 327 final, págs. 13 y ss.

¹¹⁹ Señala MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., op. cit., pág. 1205, que la Directiva permite liberalizar el crédito, pero no la garantía, que queda afectada por la limitaciones del art. 222 Tratado de Roma que “no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros”.

legislativa y conceptual¹²⁰. En los diversos estados miembros las estructuras del Derecho Hipotecario, así como el acceso a los Registros de la Propiedad son muy diferentes entre sí, por ello, el crédito hipotecario transfronterizo en el seno de la Unión Europea sufre numerosos obstáculos en su desarrollo¹²¹. Las diferencias en conceptuales en sus estructuras son continuas: en la noción de dominio, en la protección de la propiedad, en el tipo de contratos que se otorgan, en la transferencia de la propiedad, los efectos jurídicos de la entrega, la publicidad, las consecuencias del pago, el valor conferido a la inscripción registral, y así podríamos enumerar un sinnúmero de puntos por lo que resulta muy complejo llegar a la uniformidad que sería necesaria.

Autores como MUÑIZ ESPADA señalan la *eurohipoteca* como una figura que facilitaría la creación y transferencia de hipotecas, entre los Estados miembros. Señala que esta nueva figura podría generar el aumento de la competitividad basada en una capacidad de negociación superior a la actual, la posibilidad de otorgar escritura en cualquier país europeo, la unificación del Derecho europeo en esta materia, lo que en definitiva, facilitaría el crédito transfronterizo. El mayor referente sería la figura de la *Grundschuld* alemana como un derecho real de garantía independiente del crédito como base para una futura hipoteca europea. Esta figura insiste en su aspecto central, en el debilitamiento del vínculo, y la falta de accesoriedad entre la garantía real hipotecaria y el crédito hipotecario, características por otro lado muy arraigadas en nuestro ordenamiento¹²². Pero a pesar de los esfuerzos, hoy por hoy, la

¹²⁰ En España el III Congreso Nacional de Registradores, Granada 2006, recogía entre sus razones para una reforma del mercado hipotecario a) la necesidad de superar la aplicación rígida del principio de accesoriedad, b) necesidad de que se pueda llevar a cabo la refinanciación sin pérdida de prioridad, bajo ciertas condiciones, c) la implantación de nuevos productos, d) la conveniencia de ir preparando la existencia de un mercado hipotecario europeo, e) la incorporación de las nuevas tecnologías derivadas de la Sociedad de la Información y Administraciones Electrónicas. MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., op. cit., pág. 1204.

¹²¹ Tal y como afirma MUÑIZ ESPADA, E., op. cit., págs. 103 y ss.; III Congreso Nacional de Registradores, Granada 2006.

¹²² Como podemos ver en la numerosas resoluciones, a título de ejemplo RGDRN 3964, de 3 de abril de 2003, "...que conforme a la exigencia de los artículos 9.2 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\886) y 51.6 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947\476, 642) y debido a la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito garantizado no sólo hemos de referirla al derecho de hipoteca sino también a la deuda garantizada con ella y que exigirá en cuanto a esta última la determinación del origen de la misma. Que respecto del modo en que debe recogerse la causa o el negocio jurídico origen de la deuda en garantía de la cual se constituye la hipoteca, ha de hacerse de la siguiente manera: a) De manera concreta, es decir, la expresión de la causa en el asiento no debe limitarse a la causa genérica del artículo 1277 del Código Civil sino que debe comprender también la causa típica de donde nace la deuda; b) De manera completa recogiendo las diversas causas o negocios origen de la deuda que se pretende

eurohipoteca supone un intento fallido. Prueba de estas dificultades de unificación, es el hecho de que la Directiva 2008/48/CE de créditos al consumo, al igual que lo hacía la Directiva 87/102/CEE, en su art. 2, procede a realizar una identificación positiva de los contratos no sometidos a la misma; concretamente los siguientes: Se excluyen, en primer lugar, del ámbito de aplicación de la Directiva, los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble. Para poder aplicar esta Directiva a los créditos hipotecarios se plantearía una eventual armonización a escala europea en esta materia que exigiría armonizar al mismo tiempo las normas de garantía y ejecución forzosa vigentes en los Estados miembros¹²³. Igualmente, deberían ser modificados los títulos competenciales de la Unión Europea en materia de regulación del derecho real de propiedad, así como de los derechos reales limitados¹²⁴.

4.3.2. Hipoteca de máximo o flotante.

El Capítulo IV de esta Ley 41/2007, incorpora a nuestro ordenamiento bajo la *hipoteca máximo*, también nominada hipoteca global, hipoteca empresa, hipoteca máximo o flotante, tal como se ha venido denominando por la doctrina y la jurisprudencia registral a esta figura. La característica determinante de estas hipotecas será que una misma garantía hipotecaria responderá de diversas obligaciones garantizadas, incluso pudiendo reunir bajo una misma hipoteca unas obligaciones presentes y otras obligaciones futuras. El art. 153 bis de la Ley Hipotecaria donde ha sido regulada, queda estrechamente unido al art. 153 de la LH donde ya se recogía la hipoteca en garantía de cuentas corriente de crédito, siendo necesario un pacto novatorio expreso de las obligaciones garantizadas. Con la incorporación a la Ley de este tipo de hipoteca se intenta flexibilizar el mercado hipotecario. Además se admiten nuevos productos hipotecarios hasta

única, ya que no otra cosa se desprende de los artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil.”

¹²³ Con la publicación de la nueva Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, se lleva a cabo el objetivo de incorporar al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE y que deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo,

¹²⁴ ORDÁS ALONSO, M., “El ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo”. *Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 16/2008 (Estudio). pág. 10.

ahora rechazados por su especial estructura del crédito¹²⁵. Recordemos que este tipo de negocio jurídico ha sido especialmente rechazado por la DGRN en numerosas resoluciones que solamente admitía una garantía individualizada para cada una de las distintas obligaciones¹²⁶. Siguiendo la propia Exposición de Motivos de la Ley, ésta considera conveniente establecer como acreedores de esta relación, solamente a las entidades de crédito, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas estas entidades¹²⁷. Aunque el art. 153 bis de la LH incluye además, como acreedores también a las Administraciones Públicas y la Seguridad Social.

Numerosos autores abogaban por esta figura mucho antes de su acceso al derecho positivo, con características comunes a la hipoteca de obligación futura recogida en el art. 142 de la LH y de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes del art. 153 de la LH¹²⁸. Estamos ante una hipoteca destinada a la cobertura o en garantía de una deuda no determinada *ab initio*, sino determinable en función de los criterios de integración establecidos en el título constitutivo, que puede garantizar diversas obligaciones, o una combinación de obligaciones presentes y

¹²⁵ Exposición de Motivos Ley 41/2007: “*La accesoriadad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquéllas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria.*”

¹²⁶ Un ejemplo Resolución de la DGRN 5979 de 24 de julio de 1998: “*si se quiere que obligaciones distintas,...reciban cobertura hipotecaria, ha de constituirse una garantía individualizada para cada una de ellas, en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica, y no una hipoteca única, pues la simple reunión contable de diversas operaciones de crédito carece de virtualidad suficiente para procurar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, que representará únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte, y su realización sólo procederá a través del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas, cuya autonomía y régimen jurídico específico se mantiene inalteradas sin más correcciones que las debidas al pago compensatorio, por lo que no procede la cobertura hipotecaria de los saldos, sino el aseguramiento separado de cada una de las concretas relaciones crediticias que lo determinan.*”

¹²⁷ La autora CORDERO LOBATO, E., “Proyectadas...”, op. cit., pág. 6, señala sobre esta prerrogativa de las entidades de crédito que el mayor riesgo de esta hipoteca es que se produzcan situaciones de monopolio sobre el deudor que contravengan la competencia entre entidades. Al igual que indica como deseable que en la escritura se reconociera al deudor un derecho de y el establecimiento de un plazo a partir del cual la hipoteca pudiera cancelarse por caducidad, recogido en el texto final de la ley.

¹²⁸ CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca Global, la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997. pág. 234.; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *La hipoteca Global, valoración y crítica*. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones, 2004. pág. 10.

futuras. La práctica jurídica ha precedido a la norma y a la jurisprudencia registral, que aunque a principios del siglo pasado admitía la figura, desde 1984 la DGRN negó reiteradamente su inscripción registral¹²⁹. En concreto, se esgrimía como motivo para su no inscripción que la globalización de la garantía de obligaciones futuras contravenía las exigencias del principio de determinación; no cumplían con el requisito de accesoriedad en garantía de obligaciones no nacidas o futuras, pues la garantía tendría un carácter flotante asegurando indistintamente unas u otras obligaciones; suponían una anticipación de la garantía contraria al régimen de prelación de créditos; además esta hipoteca bloquea el inmueble gravado, encadenando al deudor y mermando su crédito territorial. A partir de la resolución de 28 de mayo de 2005, la DGRN ha admitido de nuevo la inscripción registral de la hipoteca flotante¹³⁰. Ha sido necesaria una flexibilización del principio de accesoriedad, para que podemos reunir en una sólo hipoteca las diversas obligaciones que puedan surgir entre acreedor y deudor derivadas de una relación jurídica básica¹³¹.

Como analizaba CORDERO LOBATO, estos inconvenientes podrían ser evitados si las obligaciones aseguradas provienen de una relación jurídica común, a toda la cobertura en garantía, como así se ha redactado en la nueva Ley¹³². En la escritura e inscripción de la hipoteca se harán constar la denominación de las obligaciones, y la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima, el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Resultará en el futuro de especial importancia, que en los contratos se determine de forma muy específica cuales son las obligaciones garantizadas,

¹²⁹ RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M G., “Hacia la flexibilización de la hipoteca: La hipoteca flotante como nueva hipoteca de máximo”. *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Coord. Javier Gómez Gállico. Coord. Editorial Aranzadi. Tomo II. Pamplona. 2008. págs. 1119 y ss. Expone que la DGRN en una primera fase admite la inscripción de las hipotecas de máximo en aras de favorecer el tráfico mercantil y de los negocios como se puede ver en resoluciones de 5 de marzo de 1929, 28 de febrero de 1933, pero en una segunda etapa la DGRN dio un giro con una resolución de 4 de julio de 1984, a la que le siguen otras muchas, como la de 23 de diciembre de 1987, incluso hasta el año 2006 la doctrina ha sido oscilante.

¹³⁰ Resolución de la DGRN de 28 de marzo de 2005: Donde admite que dos obligaciones distintas se engloben en una misma hipoteca, bajo una responsabilidad hipotecaria “...nada se opone a la posibilidad de extender la cobertura de la hipoteca que se constituye a esta obligación extra-cambiaria de abonar el interés de demora más allá del límite del artículo 58 LC y CH, siempre y cuando se respetan los límites que para la cobertura hipotecaria de intereses estable del artículo 114 LH.”

¹³¹ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. “Principios...”, op. cit. pág. 40.

¹³² CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca Global...*, op. cit. págs. 60 y ss.

incluidas en estas hipotecas de máximo. De forma que, atendiendo al sujeto, objeto y causa, se pueda determinar qué obligaciones, efectivamente, deben estar garantizadas hipotecariamente, y cuáles no, ya que en un intento de asegurar sus créditos, las entidades financieras podrían incluir deudas que no gozan inicialmente de la garantía hipotecaria¹³³.

4.3.3. Hipoteca recargable

La recarga de hipoteca es una reserva de rango permanente que le permite al deudor hipotecario reutilizar la preferencia de rango de una hipoteca preexistente, no cancelada registralmente y que tiene como importe mínimo la parte del mismo ya satisfecha, y como límite máximo, el importe inicialmente constituido. También denominada recarga sin pérdida de prioridad¹³⁴, permite ampliar el capital de préstamos hipotecarios concedidos por entidades financieras, sin alterar o perder el rango hipotecario y sin recabar el consentimiento de los titulares registrales posteriores¹³⁵. Puesto que esta situación puede suponer un perjuicio para acreedores que sean posteriores a la hipoteca y anteriores a la recarga, la norma establece que sólo podría practicarse esta ampliación sin alteración o pérdida de rango a hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, eliminando el planteamiento de una aplicación retroactiva¹³⁶. El artículo 4 de la Ley 2/1981, de subrogación y novación de los préstamos hipotecarios ha sido modificado de forma que acoja también esta hipoteca recargable¹³⁷.

¹³³ Señala este punto ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *La hipoteca Global, valoración...* op. cit., pág. 111.

¹³⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. “Principios...” op. cit., pág. 42.

¹³⁵ De acuerdo con QUESADA PÁEZ, A., “Hipotecas especiales”, *Revista de Derecho Inmobiliario*. Núm. 711. Enero-Febrero 2009. pág. 1.

¹³⁶ Señala MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., op. cit. pág. 1224.

¹³⁷ Art. 4, Ley 2/1981: “2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: la ampliación o reducción de capital ; la alteración del plazo; las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; la prestación o modificación de las garantías personales. 3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca

De este modo, permite la modificación, *ad hoc*, de préstamos concedidos por las entidades financieras recogidas en la Ley, de todas las condiciones de préstamos: ampliación o reducción de capital, plazo, tipo de interés, sistema de amortización, garantías personas, sin el consentimiento de los titulares registrales posteriores, sólo será necesaria ésta en el caso de ampliación de la responsabilidad hipotecaria o ampliación de plazo. Aunque, algunos autores piensan que no se trata propiamente de una hipoteca recargable, sino más bien, delimita cuando una novación es modificativa o extintiva, lejos de una figura que permitiera realmente reutilizar una garantía hipotecaria¹³⁸.

Esta figura puede tener una utilización en el caso de ayuda a la economía de la tercera edad. Algunos autores en Europa, la sitúan como un instrumento financiero que permite a los pensionistas aumentar el crédito del que ya disponían sobre sus viviendas, ampliando el capital disponible sin cancelar la hipoteca y abrir una nueva garantía¹³⁹. El problema principal de esta figura ha sido la fluctuación de los precios de la vivienda, pero supone un avance en el concepto de garantías y una debilitación del principio de accesoriedad de la hipoteca.

Esta figura ha sido tipificada en otros países de Europa, como en Francia desde 2006, donde igualmente se legisló también en la misma disposición utilizada para la hipoteca inversa¹⁴⁰.

objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores”.

¹³⁸ QUESADA PÁEZ, A., “Hipotecas especiales”, op. cit., pág. 15. Explica que: “No logramos con esta reforma mayores expectativas de obtener financiación ni para el acreedor reteniendo el crédito o viceversa ni para el deudor mediante la posibilidad de pactar la reutilización del rango hipotecario, bien solicitando un nuevo crédito al antiguo acreedor o bien a otro fomentando la competencia entre entidades financieras. Así el acreedor sólo dispone de la hipoteca si dispone del crédito y la presunta recarga a favor del deudor solo podrá ser con el primitivo acreedor y no con otro nuevo. Además la recarga supone romper con el sistema de igualdad de condiciones de los acreedores no basada en el criterio *prior tempore potior iure*, ocasionando con ello un perjuicio a los terceros, y en este caso, sin un claro precepto legal de respaldo”.

¹³⁹ VORMS, B., op. cit. págs. 16 y ss.

¹⁴⁰ Regulada como innovación junto a la hipoteca inversa, en la Ordennance N° 2006-346 du 23 mars 2006, L’hypothèque rechargeable, en los artículos: Article 2422 C.Civ – Article 2425 (rang entre HJP et convention de rechargement) - Article 2428 C ; civ (bordereau) - Article 2430 C. civ (mention en marge de la convention de recharge – Article 2434 (durée de l’inscription) – Article 2440 (Radiation à défaut de publication de la convention de rechargement) – Article 2488 (extinction de l’hypothèque) - Article L526-5 C. com - Articles L313-14 à L313-14-2 C.Consom – Article 59 de l’ordonnance (possibilité de rendre rechargeable la dernière hypothèque inscrite avant la publication

4.3.4. Inscripciones en el Registro de la Propiedad

Otras medidas enumeradas en la Exposición de Motivos dirigidas a impulsar el mercado hipotecario tienen por objeto precisar el contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho. Se intenta delimitar qué es y qué no es inscribible, ante la avalancha de pactos que llenan las escrituras. Recoge igualmente el legislador, este deseo expresado en el Libro Verde del Crédito Hipotecario¹⁴¹.

La DGRN utilizaba como línea divisoria para identificar qué se debe inscribir la distinción entre obligaciones personales y pactos con trascendencia real. El objeto de la inscripción es el derecho real de hipoteca y no el contrato de crédito, de forma que la inscripción de los pactos relativos a la obligación garantizada deben ser los imprescindibles para dar a conocer la extensión del derecho de hipoteca¹⁴². Por otro lado, y sin entrar en ninguna discusión doctrinal, otros autores piensan que inscribible es todo lo que deba ser oponible a terceros¹⁴³, aún contradiciendo en parte lo expuesto en los art. 98 de la LH y art. 51.6 del RH. La novedad legislativa aquí, va a ser que la norma obliga a que se hagan constar determinadas cláusulas, aunque carezcan de trascendencia real¹⁴⁴.

El art. 12 de la LH queda redactado de modo que enumera los conceptos inscribibles. Establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Pero, cuando parecía que el legislador dejaba las manos atadas al registrador, que veía tasados los elementos que podían acceder al registro, al

de l'ordonnance); Aunque en el ordenamiento jurídico francés, para que un préstamo tenga posibilidad de la recarga será necesario un pacto expreso, QUESADA PÁEZ, Abigail, "Hipotecas especiales" op. cit., pág.6.

¹⁴¹ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. "Libro Verde, el Crédito Hipotecario en la UE". Bruselas, 19.07.2005. COM (2005) 327 final. pág. 11.

¹⁴² Como señalan autores como CORDERO LOBATO, Encarna. "Proyectadas...", op. cit., pág. 3.; o AZOFRA VEGA, FERNANDO. "La reforma de la Ley Hipotecaria: las oportunidades perdidas". *Diario La Ley*, Núm. 6909, pág. 7.

¹⁴³ Así autores como RODRIGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi. *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo de hipoteca*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pág. 20.

¹⁴⁴ De acuerdo con MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., op. cit., pág. 1208.

antes escueto art. 12 de la LH se le añade un segundo párrafo donde se establece la posibilidad de incluir las cláusulas a favor de las entidades de crédito que obtengan la calificación favorable del registrador: *“Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.”*

El tiempo y la DGRN delimitarán cuáles de esas cláusulas de vencimiento anticipado y financieras con trascendencia real, dentro de los créditos y préstamos de entidades financieras que deben ser inscritas. Ya que resulta opinable cómo deben reflejarse en el Registro estas cláusulas. Parece claro que en el cuerpo de la inscripción, pero resulta interpretable si ha de constar la indicación expresa relativa a la trascendencia real o personal¹⁴⁵.

Algunos autores como AZOFRA VEGA ven en esta reforma una llamada a los registradores para que incluyan las cláusulas de vencimiento anticipado como habituales en la contratación en masa¹⁴⁶.

Nos hemos detenido en este punto por la especial importancia que tiene para la figura de la hipoteca inversa que nos ocupa, donde las cláusulas del contrato que pasan al Registro de la Propiedad son especialmente importantes, entre otros aspectos porque recordemos que la delimitación de qué es o no obligación real tiene especial relevancia en el momento de emitir el certificado para la ejecución de la hipoteca, la delimitación del título ejecutivo.

4.3.5. Otros temas objeto de la Ley 41/2007.

La Ley intenta promocionar los instrumentos privados de cobertura de la dependencia. En primer lugar, si nos remitimos a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, su Disposición Adicional Séptima, bajo la rúbrica de *“Instrumentos privados para la cobertura de dependencia”*, disponía que el Gobierno en el plazo de seis meses promovería las modificaciones legislativas oportunas para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia, con

¹⁴⁵ MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., op. cit., pág. 1209, llama la atención sobre que por cláusulas financieras han de entenderse las que se clasifican como tales en la OM de 5 de mayo de 1994.

¹⁴⁶ AZOFRA VEGA, F., op. cit., pág. 16.

el fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen en la Ley de Dependencia. Así mismo, se establecía que se regularía el tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia. Pero, a pesar de las expectativas, como toda regulación al respecto, la nueva Ley 41/2007 establece en su Disposición Adicional Tercera, que se instrumenta la cobertura de la dependencia a través de Seguros de Dependencia, a través de entidades aseguradoras y mutualidades de previsión social, y se habilita a que los planes de pensiones incluyan esta cobertura de dependencia entre sus prestaciones y sus causas de rescate.

4.4. RÉGIMEN APLICABLE.

Debemos tener en cuenta que la DAP de la Ley 41/2007, regula la hipoteca inversa tipificando la misma como una nueva modalidad de garantía real. Pero esta disposición resulta muy escueta para contestar a todos los interrogantes que se pueden plantear, de modo que será el Derecho Hipotecario en su conjunto el que implemente los vacíos de la norma. La propia DAP- en su punto 11-, realiza una remisión genérica de modo que será aplicable la legislación que en cada caso corresponda. El contrato de hipoteca inversa resulta un negocio jurídico complejo, donde pueden integrarse diferentes instrumentos desde seguros, préstamos, etc., donde cada contrato se regirá por su propia normativa, por lo que, dependiendo de cómo se estructure la obligación garantizada, deberemos definir cuál será la legislación aplicable. Similar conclusión se desprende del punto 1 cuando comienza la descripción de la hipoteca inversa con las palabras “*a los efectos de esta Ley*”. Nos cabe una pregunta antes de entrar de lleno en la finalidad de la hipoteca inversa. ¿Por qué una Disposición Adicional para la hipoteca inversa, en lugar de un artículo de la Ley Hipotecaria, como en el caso de la hipoteca flotante? Hubiera sido más lógico un artículo de la Ley Hipotecaria y no la DAP, ya que generalmente las disposiciones adicionales se utilizan en el caso de modificaciones que afectan a distintas normas, anexos a la norma y temas adicionales.

Vamos a hacer una pequeña reseña de la legislación aplicable a la hipoteca inversa debido a su dispersión y a modo de resumen, teniendo en cuenta que se trata de una figura hipotecaria, y por lo tanto a la que le será aplicable la

legislación en materia de préstamos hipotecarios y dentro del marco de la legislación de protección al consumidor¹⁴⁷:

1º. El Código Civil y en especial aquellos preceptos como donde se recogen el contrato de mutuo o préstamo simple. En concreto los arts. 1740 y 1753 y ss., arts. 1874 y ss., 1857 y ss. del CC y 311 y ss. del Cco. reguladores del contrato de mutuo, garantías reales e hipoteca, además de las normas generales de obligaciones y contratos.

2º Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946.

3º. Ley de Usura de 23 de julio de 1908, conocida como «Ley Azcárate».

4º. Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario.

5º. Ley 2/1994, de 30 de marzo de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

6º. Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo.

7º. Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en la que se contiene el régimen específico que habrá de aplicarse a los contratos con consumidores de servicios financieros prestados, negociados y celebrados a distancia.

8º. Ley 41/2007, por la que se modifica 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 y por la que se establece determinada norma tributaria.

9º. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. En esta orden debemos tener en cuenta las dos vertientes que afectan a este trabajo, tanto el desarrollo de normativa sobre transparencia y protección a los clientes bancarios en general, como aquella parte en que esta orden desarrolla lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, específicamente en materia de hipoteca inversa.

Esta última OM deroga las hasta ahora normas que regían gran parte de la publicidad e información a clientes como la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y la Circular del Banco de España núm. 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Así mismo, debemos tener en cuenta, la Orden del Ministerio de

¹⁴⁷ Siguiendo el esquema de ORDÁS ALONSO, M. “A Propósito de la Conveniencia de una Reforma de la Legislación Reguladora de los Contratos de Financiación”. *Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 16/2009 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010. pág. 2.

la Presidencia, de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios dirigida a garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten dichos contratos, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la actividad de las Entidades de Crédito, Entidades Aseguradoras u otras Entidades Financieras relacionadas con la concesión de préstamos hipotecarios en que la garantía recaiga sobre una vivienda, concertados por personas físicas y cuya cuantía no rebase los veinticinco millones de pesetas o su equivalente en divisas, cantidad que hoy debemos entender referida a 150.253,03 €, que deberá ser sustituida por una nueva Circular del Banco de España.

A nivel comunitario la Comisión Europea, con fecha 18 de diciembre de 2007, publicó el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea, que había sido precedido de la Recomendación de la Comisión, de 5 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda, conocida como Acuerdo Europeo relativo a un Código de Conducta Voluntario sobre Información Precontractual para Créditos Vivienda, y del Libro Verde de Crédito Hipotecario en la Unión Europea de 19 de julio de 2005.

Otras leyes especiales serían, en particular, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias, aun cuando no incorporó a la refundición ni la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo ni la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Por lo tanto, debemos ser conscientes de la dispersión legislativa de esta materia, que incluso en algún momento puede resultar contradictoria, o superponerse al tener cada ley un ámbito de aplicación diferente, bien atañe a los consumidores, a las entidades de crédito, sólo a las personas físicas que adquieren una vivienda. ORDÁS ALONSO recoge como muestra, la imposibilidad de otorgar un crédito hipotecario por parte de una entidad aseguradora, es decir, si la hipoteca inversa se desea instrumentar a través de una cuenta de crédito, no podremos contratarlo con una entidad aseguradora¹⁴⁸.

¹⁴⁸ ORDÁS ALONSO, M. “A Propósito de la Conveniencia...”, op. cit. pág. 6. Un ejemplo de este tipo de contradicción o falta de coordinación son los contratos de crédito hipotecario otorgados por Entidades Aseguradoras. La Ley 2/2009, de 31 de marzo, no se aplica a las

actividades enumeradas en su art. 1.1 cuando éstas sean llevadas a cabo por Entidades de Crédito o sus agentes. El fundamento de la exclusión es claro: en el caso de las Entidades de Crédito, además de encontrarse sometidas al control y supervisión del Banco de España, los contratos por ellas celebrados ya contaban con regulación específica con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2009, de 31 de marzo 28, en particular y como su Exposición de Motivos indica, la OM, de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. El problema surge de la constatación de que dicha Orden no sólo se aplica a los contratos celebrados por Entidades de Crédito, sino también por Entidades Aseguradoras.

II. CAPÍTULO SEGUNDO: FINALIDAD, DEFINICIÓN, DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS Y REGULACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS

1. FINES DE LA HIPOTECA INVERSA. FUNCIÓN SOCIAL

Antes de salir a la luz la nueva legislación, diversas entidades en España habían lanzado al mercado préstamos hipotecarios muy similares a la hipoteca inversa, en algunos casos hablamos de entidades extranjeras con sede en España, que ofrecían productos similares a los comercializados en sus países de origen, y dirigidas principalmente a ciudadanos extranjeros afincados en nuestro país para disfrutar de su retiro. Las siguientes entidades en responder a la demanda, fueron básicamente las Cajas de Ahorros, que elaboraron un producto similar como respuesta a una demanda del colectivo de mayor edad, un colectivo con ciertos matices sociales. Así, en el año 2008, comienza un proceso de adaptación de esta hipoteca ofrecida en el mercado con la tipificación promulgada en la redacción final de la ley. Al mismo tiempo, se ajusta y delimita la inscripción en el Registro de la Propiedad de las cláusulas de la nueva hipoteca, aunque este proceso llevará todavía varios años.

Este tipo de hipotecas ha sido recogido por algunos ordenamientos europeos en el mismo espacio temporal que el español, como es el caso de Francia o Hungría¹⁴⁹. Aunque el origen de esta figura son los ordenamientos inglés y estadounidense¹⁵⁰.

Destaca SERRANO DE NICOLÁS la protección que el ordenamiento francés ha proporcionado a la hipoteca inversa, de modo que se ha incluido la nueva *Prêt viager hypothécaire*, no en el nuevo Libro IV, *Des Sûretés del Code*, sino en el *Code de la Consommation*, con una marcada protección al

¹⁴⁹ En Francia se ha regulado recientemente la hipoteca inversa con la denominación de “*Prêt viager hypothécaire*” por la *Ordonnance N° 2006-346 de 23 de mars de 2006* en desarrollo de la Ley 2005-842 de 26 de julio de 2005.

¹⁵⁰ En Estados Unidos se comienza a desarrollar este producto financiero especialmente a partir de 1988. El Congreso de los EE.UU. aprueba la legislación sobre la hipoteca inversa el 22 de diciembre de 1987, creando la denominada HECM (Home Equity Conversion Mortgage), que son hipotecas aseguradas por la Federal Housing Administration (FHA) o por la Fannie Mae (Asociación Federal Nacional Hipotecaria Estadounidense) y que exigen unos requisitos determinados para su concesión.

consumidor¹⁵¹. Igualmente, nuestro legislador dedica cinco puntos de los once en que se divide la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, a la protección del consumidor, a la transparencia y comercialización, protección de la clientela y exenciones fiscales. Todo ello, en detrimento del desarrollo de la figura jurídica, pues tanto en la definición de la obligación garantizada como de la garantía hipotecaria, se denota una falta de rigor que no hubiera sido deseable en una hipoteca tan compleja, donde muchos puntos determinantes han quedado en el aire, como veremos.

1.1. OBJETIVO DE LA HIPOTECA INVERSA.

La propiedad de una vivienda permite obtener riqueza de dos formas básicamente: porque el propietario no necesita pagar un alquiler, con lo que no necesita detracer mensualmente parte de sus ingresos, lo que supone una ventaja económica comparativa frente a quien tras su jubilación necesita realizar ese gasto, y por otro lado, utilizando la propiedad directamente para obtener ingresos a través de su venta, o la contratación de un producto que haga líquido el patrimonio, como puede ser la hipoteca inversa.

En primer lugar, el objetivo fundamental de la hipoteca inversa, su finalidad es obtener una prestación en forma de renta única o renta periódica, temporal o vitalicia. O dicho en palabras del legislador, en la Exposición de Motivos de la ley, “*hacer líquido el valor de la vivienda*”¹⁵². El esfuerzo realizado a través de muchos años de ahorro, puede servir a través de esta hipoteca para obtener financiación sobre el valor de la vivienda, sin necesidad de venderla¹⁵³.

¹⁵¹ SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Régimen jurídico de la hipoteca inversa” en *RDP*. Núm. 92/2008. págs. 35 a 37.

¹⁵² Exposición de Motivos de la Ley 41/2007: “*Hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida. No cabe duda, pues, de que el desarrollo de un mercado de hipotecas inversas que permitan a los mayores utilizar parte de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta ofrece un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales. La posibilidad de disfrutar en vida del ahorro acumulado en la vivienda aumentaría enormemente la capacidad para suavizar el perfil de renta y consumo a lo largo del ciclo vital, con el consiguiente efecto positivo sobre el bienestar...*”.

¹⁵³ Así lo manifiestan numerosos autores MANZANO FERNÁNDEZ, María Del Mar. op. cit. pág. 1227; PEREÑA VICENTE, M., op. cit., pág. 5; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 21. que apuntaba incluso como la exposición de motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y

Al igual que otros contratos como el alquiler, la venta del inmueble, etc., el solicitante de la hipoteca busca obtener una renta. Dicho de otro modo, de acuerdo con el art. 1261 del CC, la causa de este negocio jurídico de préstamo va a ser siempre obtener un importe dinerario, bien en forma de renta o de capital.

En segundo lugar, podemos plantear cuál será destino o la finalidad de este capital, y en la mayor parte de los casos el objetivo deseado es obtener una renta que ayude al solicitante a alcanzar el nivel económico acorde a sus costumbres y necesidades, durante el resto de la vida del solicitante. Un objetivo puede ser mantener los estándares de vida anteriores a la jubilación, pero también en muchos casos se trata que eliminar el riesgo de muchos propietarios de vivir por debajo del umbral de la pobreza, es decir, cuando no se tiene el nivel de ingresos necesarios para satisfacer todas o parte de las necesidades básicas de acuerdo a los criterios de un determinado tiempo y sociedad. Se constata esta situación en los países mediterráneos como Portugal, España, Grecia, y sobre todo Irlanda, donde la contratación de esta hipoteca puede suponer elevar los ingresos de los solicitantes con rentas muy bajas¹⁵⁴.

Por primera vez, de forma estandarizada, se utiliza la hipoteca en el sector privado para obtener rentas destinadas al consumo¹⁵⁵. Pretende hacer líquida la vivienda pero manteniendo la propiedad de la misma, con sus ventajas e inconvenientes como es el pago de impuestos unidos a la propiedad, seguros, obras de mantenimiento de la misma, etc. La hipoteca inversa es una hipoteca de desamortización, y por tanto el procedimiento es el inverso al de una hipoteca ordinaria que se destina a la adquisición de la vivienda¹⁵⁶.

Atención a las personas en situación de dependencia, ya recogía los cambios demográficos, y el envejecimiento del envejecimiento, como un problema social a resolver.; BALAGUE, C., op. cit., pág. 34: "...Se enmarca en los mecanismos de licuación patrimonial para jubilados entendido como aquellos productos que permiten transformar el patrimonio inmobiliario de los mayores en una fuente de ingresos complementarios".

¹⁵⁴ Véase los estudios de DOLING, J., "How would housing wealth perform as a pension?" en DEMHOW project Demographic Change and Housing Wealth, University of Birmingham, Brussels, 2010, págs. 3 y ss.

¹⁵⁵ Generalmente los préstamos hipotecarios han sido destinados a la inversión, en adquisición de vivienda o inmuebles cuando se trata de economías familiares, o a la inversión en terrenos, inmuebles u otros activos, cuando se trata de empresas. Salvo, para el caso de garantizar deudas importantes producto de refinanciaciones, no se utiliza comúnmente la garantía hipotecaria al ser más cara su constitución, y se suele reservar para préstamos a más de 10 años. Sin embargo, en la hipoteca inversa, el destino por primera vez va a ser el consumo, en lugar de la inversión.

¹⁵⁶ Como oportunamente señala ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 166.

Una vez que el propietario de la vivienda ha pagado el préstamo que utilizó para su adquisición, no puede obtener ningún beneficio económico de su vivienda habitual, a no ser que venda su propiedad y compre una vivienda de coste inferior a la venta. Pero debemos tener en cuenta que todas las personas suelen mostrarse reacias a abandonar su casa y su entorno, y más a una edad avanzada, ya que en muchas ocasiones se trata de la casa donde han pasado la mayor parte de su vida¹⁵⁷.

De modo que, sólo tienen a su alcance soluciones que podrían resultarle muy gravosas, tales como un alquiler parcial de la vivienda, una renta vitalicia con el producto de la venta o una división de la propiedad¹⁵⁸.

Independientemente de la situación económica de una persona que ha llegado a la edad de jubilación, ante sus nuevas necesidades o su situación de dependencia, la hipoteca inversa se presenta como una alternativa financiera que le permite un complemento a su economía. Pero, al contrario que la mayor parte de los mecanismos que vienen de la economía externa o ahorro predestinado a ese fin - por ejemplo, hablamos de las pensiones de la Seguridad Social-, los rescates de productos financieros para la jubilación como los planes de pensiones o planes de ahorro sistemático, o el ahorro en depósitos, etc., la hipoteca inversa supone la toma de una decisión importante, en el momento en que el propietario de la vivienda siente la necesidad de aumentar sus ingresos. No es el resultado de una previsión para la jubilación que se haya gestado durante años, como ocurre con otras figuras de ahorro previsión, sino una decisión tomada en un momento de necesidad. De hecho, muchas personas mayores pueden considerar las hipotecas inversas más como un producto para proporcionar fondos de emergencia que como un suministrador de fondos para el consumo diario¹⁵⁹. Efectivamente, puede suponer un grave deterioro del patrimonio familiar. De hecho se la ha denominado de forma gráfica como hipoteca indolora, “painless mortgage”, utilizando un símil de la medicina, ya que hace disminuir la capacidad de resistencia, defensa y reacción de las personas. Se trata de un mecanismo que, al no requerir ningún tipo de esfuerzo, puede vaciar de contenido económico en

¹⁵⁷ Véase el trabajo de ROUWENTAL, J., op. cit., donde el autor hace un repaso los por tipos de préstamos que se han desarrollado en Holanda para dar solución a todos las personas mayores que se niegan a abandonar su casa, donde han vivido durante muchos años, y constituye un entorno muy apreciado. Igualmente así lo afirma, MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 21.

¹⁵⁸ TAFFIN, C., op. cit., pág. 2.

¹⁵⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., pág. 78.

poco tiempo el patrimonio familiar, sobre todo, cuando se trata de personas en situación de necesidad¹⁶⁰. El deudor se limita a concertar la operación y a beneficiarse de ella y son los herederos quienes deberán afrontar en el futuro, la resolución final del préstamo¹⁶¹. De algún modo los herederos se hacen partícipes de la financiación de los últimos años de sus antecesores, ya que a través de este mecanismo jurídico, verán reducida su herencia en el futuro.

La decisión de contratar una hipoteca inversa es compleja y no siempre bien entendida por toda la familia, donde entran muchos intereses en juego. Por un lado, los hijos tendrán el deseo de heredar, correspondiente con el de los padres de dejar herencia, y si se preguntara a todos los miembros de la familia su opinión ante por la formalización de esta hipoteca, no sería fácil llegar a un acuerdo dentro del grupo familiar. Por un lado, los futuros “herederos” pueden ver “amenazado” su futuro patrimonio¹⁶². De hecho van a heredar una vivienda en el mejor de los casos con una carga hipotecaria para responder de una pequeña deuda, pero la deuda también puede ser superior incluso al valor de la vivienda. Esta situación puede dar lugar a que se produzcan presiones hacia el titular del inmueble para que no celebre un negocio jurídico que resulta gravoso. De hecho algunas entidades financieras *aconsejan* que la familia conozca el contrato que se va a firmar.

Sin embargo, la gran ventaja de la hipoteca inversa frente a otras figuras jurídicas con igual objetivo como por ejemplo la renta vitalicia, es que no supone una transmisión definitiva e irreversible de la vivienda. No se pierde la propiedad de la vivienda, solamente queda gravada¹⁶³. De modo que el alcance del gravamen dependerá de la longevidad de la vida de los solicitantes o beneficiarios y de las disposiciones del crédito realizadas. Pero también los familiares pueden ver esta hipoteca como una forma de costear un mayor nivel de vida para la persona mayor, o de soportar los gastos derivados de la asistencia en situaciones de dependencia. De esta manera se puede evitar que los mayores sean una carga para sus herederos, incluso puede ser una fórmula para ayudar

¹⁶⁰ Expone MUÑOZ VILLALÓN, J. V., “La Hipoteca Inversa”, III Congreso de Registradores de España. Granada. 28.11.2007. pág. 8.

¹⁶¹ ROCA GUILLAMÓN, Juan. op. cit., pág. 667: “...esto no quiere decir que sea una operación injusta o desconsiderada hacia las expectativas de los hijos, pues la propiedad se mantiene y por tanto permanece la expectativa de posibles revalorizaciones. Se trata sólo de hacerles compartir la atención a las necesidades de los padres que a menudo no son atendidas por los hijos, de forma que si éstos se desentienden de los padres no se ve porqué los padres han de seguir, en su perjuicio, atendiendo al interés futuro de los hijos”.

¹⁶² Refleja este sentimiento HERRANZ GONZÁLEZ, Rubén, op. cit., pág. 8.

¹⁶³ Insiste igualmente LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 218.

económicamente a otros miembros de la familia, costear estudios, ayudas en otras situaciones, etc.

Por todos estos motivos, podemos señalar, que se presenta como una figura con un fuerte potencial debido al envejecimiento de la población, al aumento del porcentaje de vivienda en propiedad, y al cambio de mentalidad respecto a los hábitos de vida. El recorte de ingresos que supone la jubilación, no corresponde con el estilo de vida de cada vez un mayor porcentaje de la población española, que llega a los 65 años, y ve la jubilación como un momento de viajar, y disfrutar de la vida. Ni tampoco estos menores ingresos se corresponden con los gastos asistenciales que pueden ir unidos a la vejez. ÁLVAREZ ÁLVAREZ concluye que la hipoteca inversa es una solución a las nuevas necesidades provocadas por el aumento de la esperanza de vida, la disminución del poder adquisitivo de los jubilados, porque la mayoría de ellos son propietarios de viviendas libres de cargas, que tienen un gran valor económico latente¹⁶⁴. Así, la persona mayor o dependiente conserva la posesión y la propiedad, pudiendo continuar viviendo en ella, e incluso transmitirla por herencia, aunque con cargas¹⁶⁵.

En países anglosajones la hipoteca inversa aparece conceptualmente unida en muchos casos al *Medical Health Care*, o asistencia continuada a personas en situación de vejez, con tratamientos médicos especializados de larga duración, unidos a la larga esperanza de vida. En España, equivaldría esta situación a la dependencia, pero en nuestro país hasta ahora la familia era quien se hacía cargo, en su mayor parte, de la situación de los ancianos, recurriendo a las escasas ayudas de la Administración pública, antes de la LAAD, y actualmente, en parte asistidos por la Administración.

Con todo, esta nueva figura presenta también inconvenientes como su contribución al endeudamiento generalizado que sufren ya las familias españolas, y no deja de ser una carga sobre la vivienda, con la insatisfacción cultural y personal del solicitante que deja una vivienda hipotecada a su descendencia¹⁶⁶. No obstante, consideramos que cada vez más primará la idea de mejorar el nivel de vida del solicitante, sobre el deseo de heredar y dejar en herencia.

¹⁶⁴ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 22.

¹⁶⁵ PACHECO JIMÉNEZ, M. N. "La Hipoteca Inversa: Ventajas e Inconvenientes para los Consumidores". Centro de estudios de Consumo. Universidad de Castilla la Mancha. Abril, 2009. pág. 8.

¹⁶⁶ Tal como comenta ANGUITA RÍOS, R. M., "Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre". *El Consultor Inmobiliario*. Núm. 87. Febrero 2008. Editorial La Ley. pág. 5.

También, algunos autores ven la hipoteca inversa como una decisión legislativa encaminada a ir desentendiéndose de la cobertura a los mayores, por parte del Estado, y a que sea el patrimonio familiar a futuro, el que soporte la financiación de la tercera edad¹⁶⁷. Podemos considerar que esta idea no resulta muy desacertada, bien porque no se puede intentar recurrir siempre al Estado del Bienestar para satisfacer todas las necesidades asistenciales, bien porque el Estado se ha mostrado incapaz de sostener todas las necesidades de sus mayores.

1.2. DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN NUESTRO ENTORNO.

En estos países anglosajones, la *reverse mortgage* ha pasado desde los años ochenta por diversos avatares en su desarrollo. Tras momentos de gran contratación se pasó a ralentizarse su comercialización debido tanto a crisis económicas, como a la depuración que en la contratación ha sufrido este negocio jurídico. En Reino Unido la hipoteca exigía inicialmente la amortización, lo que dio lugar a situaciones muy angustiosas para los deudores. Así, con las experiencias pasadas, se perfila la hipoteca inversa, aumentando el número de garantías exigidas: se hace obligatoria la consulta de expertos externos que asesoren al hipotecante a valorar su situación económica. Les ayudan a valorar cuáles son las opciones a su alcance, y llegar a una decisión conociendo más o menos a fondo las implicaciones de la hipoteca que formalizan. En estos países se establecen garantías para evitar la posibilidad de llegar a “*un patrimonio negativo*” y la aplicación de tipos fijos en el caso particular de Reino Unido, lo que ha aliviado algunas de las reticencias que surgieron a raíz de las dificultades de los primeros prestatarios para responder de sus préstamos¹⁶⁸. Sin embargo, su extensión a otros países choca con numerosos obstáculos culturales que explican en parte, por qué esta clase de préstamos aún no se ha desarrollado en mayor número en la Europa continental, donde al igual que en España se va implantando de forma legislativa, y lentamente en la práctica bancaria.

¹⁶⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, “Crisis económica y crisis de la legalidad”. *Jueces para la Democracia. Información y Debate*. Núm. 62, Julio 2008, Madrid, 2008. págs. 28. Para este autor de la lectura de la Ley 41/2007 se desprenden que “...*el Estado Social no tiene que garantizar unas pensiones dignas, o unos servicios públicos que aseguren las mayores necesidades en salud, cultura u ocio de las personas de mayor edad....Se tira del ahorro familiar facilitando al tiempo un sustancioso negocio a las entidades financieras. Si las hipotecas ya eran, antes de la reforma, prácticamente vitalicias, ahora superan incluso la esperanza de vida del prestatario.*”

¹⁶⁸ TAFFIN, Claude, op. cit., pág. 4.

Otras opciones, son algunos tipos de hipotecas inversas aseguradas, como así ocurre en algunos Estados de Estados Unidos. Estas figuras solamente permiten una disposición inicial del total del préstamo, con determinadas finalidades, por ejemplo cuando el destino de esta disposición del crédito es para reparar o mejorar la vivienda, o para el pago de algunos impuestos, o se instrumentan hipotecas a determinados precios subvencionados, en el caso de estar el solicitante por debajo de un nivel de recursos propios. Es decir, se va estableciendo un cierto intervencionismo en esta figura, convirtiendo la hipoteca en estos casos en un producto de origen asistencial.

En un ordenamiento jurídico como el español, donde prima la autonomía de la voluntad, no tiene mucho sentido limitar el destino de la hipoteca y dirigir *a priori* estas operaciones a un destino concreto. Con independencia de los factores psicológicos particulares que puedan influir, los solicitantes de este tipo de hipotecas, no suelen pensar en una hipoteca inversa como instrumento de financiación al consumo, en un sentido amplio, sino como fórmula para financiar situaciones de dependencia, cuidados médicos o de carencia de recursos para hacer frente a la vida diaria. No establece la ley ninguna limitación como sí ocurre en algunas hipotecas de otros ordenamientos. El legislador deja total libertad para el uso del capital, incluso en la forma de disposición, lo que hubiera supuesto una forma de proteger al solicitante en sus últimos años de vida, evitando que se llegara a la situación de máxima necesidad personal cuando se haya agotado el capital de que puede disponer. Actualmente el uso o destino que cada cual haga de su préstamo es un tema muy personal, que no vamos a tratar porque entra en el terreno psicológico, filosófico y subjetivo.

En este punto, podremos detenernos a analizar si en algún momento se puede hacer un uso fraudulento de la operación, es decir, si las disposiciones de efectivo a cargo del préstamo que realice el solicitante pueden realizarse en la línea del fraude a la ley, bien porque ante una situación de endeudamiento, se realicen disposiciones en fraude de acreedores, o se encubran donaciones a determinados miembros de la familia, en perjuicio de los herederos. Este punto, puede dar lugar a problemas: podemos pasar de una cultura de la herencia a que, en determinados casos, se dilapide el patrimonio familiar. Es conocido lo conflictiva que puede resultar la partición de una herencia, pero en estos casos en los que hay un préstamo hipotecario que vacía de valor un inmueble, los problemas se multiplicarán. Y los problemas se agravarían más aún, si el destino de las cantidades obtenidas en préstamo no fueron destinadas al pago de atenciones personales de dependencia o mejorar el nivel de vida de sus

propietarios, sin salirse de los “*usos y costumbres*” habituales de estas personas, sino que pudiera pensarse que las rentas obtenidas fueron destinadas a beneficiar especialmente a alguno de los familiares, o hubo algún tipo de manipulación en los causantes en los últimos años de su vida¹⁶⁹.

Similar solución ha dado el legislador francés, permitiendo que el destino del capital obtenido con la hipoteca sea el que *ad libitum* decida el deudor, sólo establece una curiosa excepción, que consiste en que no puede dedicarse a un uso profesional, de hecho impone pena de nulidad si se destina el capital a una actividad profesional¹⁷⁰. Queda claro que en el ordenamiento vecino se admite esta figura siempre en el entorno de financiación a las personas mayores, para sus necesidades personales más amplias, tanto con finalidad de consumo, como de ayuda inter-generacional¹⁷¹.

BALAGUÉ nos plantea una reflexión: si durante toda la vida se ha estado ahorrando para pagar una hipoteca que financia la adquisición de una vivienda que, finalmente, por el proceso inverso se convierte en dinero líquido al final de la vida, ¿cuál es la diferencia entre comprar y alquilar?¹⁷². Puede no entenderse o, verse desproporcionado, el esfuerzo de toda una vida ahorrando para conseguir una vivienda, años de ahorro, más años de hipoteca, para que a través de una hipoteca inversa se vea liquidado este patrimonio, en relativamente pocos años, de un modo muy rápido. Además, estamos comparando el coste de ahorro de hace 30 años, con costes o gastos actuales, donde la variación de precios ha sido grande.

En definitiva, la hipoteca ordinaria tenía como finalidad la adquisición del inmueble en garantía y la hipoteca inversa hacer líquido el valor de la vivienda ya adquirida. En definitiva como toda hipoteca, el destino final es la movilización del crédito territorial.

¹⁶⁹ Situación comentada por varios autores, MUÑOZ VILLALÓN, J. V., op. cit., pág. 2.; ANGUITA RÍOS, R. M., op. cit., pág. 2., entre otros.

¹⁷⁰ Code Civil francés Art. L. 314-2. *A peine de nullité, le prêt viager hypothécaire ne peut être destiné à financer les besoins d'une activité professionnelle.*

¹⁷¹ GRIFFOND, Corinne, “Les Viagers Immobiliers en France”, Conseil Economique et Social. 2008. pág. 66. Estas nuevas fórmulas de crédito tienen una nueva orientación, bajo un procedimiento de extracción de liquidez al patrimonio, con objetivos de solidaridad intergeneracional y preservación del entorno en provecho de las generaciones futuras. Supone una renuncia a todo o parte de herencia futura para mejorar la vida de su entorno. Este punto de vista puede ser socialmente y moralmente aceptable, mientras que también puede parecer exorbitante a los ojos de objetivos egoístas y fútiles dedicar estos importes a la compra de productos de consumo.

¹⁷² Igualmente, BALAGUE, C., op. cit., pág. 48.

1.3. FINALIDAD ASISTENCIAL DE LA HIPOTECA INVERSA.

Parte de la doctrina considera la hipoteca inversa como un producto con una finalidad asistencial, puesto que cuenta con el beneplácito de los poderes públicos¹⁷³. Al mismo tiempo, por su desarrollo legislativo, parece ir unida a la Ley de Dependencia, por las referencias a la dependencia incluidas en la Ley 41/2007, donde el legislador se comprometía a fomentar instrumentos de ayuda a la Dependencia. De modo que esta hipoteca parece nacer como un producto cuya filosofía es asistencial y no especulativa. En la doctrina, podemos citar autores como JIMÉNEZ CLAR que destaca que nos encontramos ante un supuesto de hecho específico cuyas condiciones deben cumplirse íntegramente, y considera que se trata de un tipo especial de hipoteca que debe comprenderse integrado en la parte del ordenamiento jurídico dedicada a la protección de determinados grupos sociales más desfavorecidos¹⁷⁴. Incluso, LUQUE JIMENEZ señala como con este producto financiero se pretende proporcionar un instrumento jurídico-económico dirigido a solucionar demandas sociales, como es la satisfacción del incremento de las necesidades de rentas durante los últimos años de la vida a través del disfrute del ahorro acumulado en la vivienda habitual¹⁷⁵. Evidentemente estos autores cuando se plantean algún problema jurídico en la figura de la hipoteca inversa, tratan de dar una solución siempre pensando en este prisma asistencial.

Pero este matiz asistencial, hace a esta hipoteca incómoda al sector de la oferta, porque las entidades financieras están poco acostumbradas a financiar operaciones con un componente asistencial y al mismo tiempo, con un elevado riesgo crediticio. De hecho, han sido las Cajas de Ahorros las primeras que han ofrecido el producto en el mercado, quizás por el componente social de este tipo

¹⁷³ TORAL LARA, E., “Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable”, pág. 1866. donde comenta que “...el legislador haya decidido fomentar y apoyar un producto con clara finalidad asistencial a través de entidades financieras y aseguradoras...”; igualmente ANGUITA RÍOS, R. M., “Regulación relativa... op. cit., pág. 2; o, BERROCAL LANZALOT, A. I., op. cit. pág. 60.

¹⁷⁴ Vid. JIMÉNEZ CLAR, A. J. “La hipoteca inversa como instrumento de protección social”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Núm. 113/2009, pág. 106.

¹⁷⁵ LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., “La nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa”. *RCDI*, Núm. 711, 2009, págs. 218 y ss., igualmente VAÑO VAÑO, María José, “Aproximación al régimen jurídico de la Hipoteca Inversa”. *Estudios de derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*. Universidad de Valencia, Valencia, 2010. pág. 579. WADE, J.P. op. cit., pág. 10 “*It is time to transform this important habitable asset into a dynamic financial resource, a partner, that can help achieve and maintain a chosen standard of living, now and into the future*”.

de entidades financieras, además de las entidades extranjeras afincadas en nuestro país que llevan muchos años contratando esta figura jurídica en sus países de origen, y han visto un nicho de mercado.

En mi opinión la función social que cumple la hipoteca inversa es dotar a las personas mayores de 65 años de un instrumento jurídico-financiero más, al que pueden optar en un momento de su vida, dentro de un abanico de posibilidades. Y aunque se le haya intentado adornar con ese matiz asistencial, podemos concluir que sería necesarios mayores apoyos para considerarla asistencial.

En primer lugar creemos que contratar una hipoteca inversa es una opción más, igual que vender su casa, o alquilarla y mudarse a una residencia de la tercera edad, alquilar algunas habitaciones o vender la vivienda conservando el usufructo. Es decir, existen diversas y numerosas posibles elecciones entre los negocios jurídicos existentes. Todas las opciones están a disposición del propietario de una vivienda que puede ejercitar la libre disposición de sus bienes de muchas formas para obtener el mismo resultado, unos ingresos para su vejez. Dependiendo del tipo de contrato de disposición de sus bienes que realice obtendrá unas ventajas u otras, pero todas válidas para obtener unos ingresos y, *a priori*, unas no van a ser mejores que otras, sino que el éxito en el elección de una fórmula dependerá de las características de cada propietario particular, de cómo la solución contractual se adapte a las necesidades o deseos concretos de la persona mayor.

En segundo lugar, no pensamos que se trate de una hipoteca con unas connotaciones asistencias, porque el destino de la renta o capital obtenido es el que desee el solicitante, sin ninguna traba legislativa. No va a estar destinado necesariamente a complementar su jubilación para atender la asistencia de su vejez, sino que puede destinar el capital obtenido a cualquier otro objetivo. Cada prestatario dedicará el importe obtenido a lo que desee, que en principio puede ser un complemento a su pensión, pero lo puede destinar a ayudar a sus familiares, o a recorrer el mundo, si así lo desea el deudor. El deudor no deberá informar ni a la entidad financiera con la que formalice el contrato, ni la norma ha establecido ningún requisito al respecto. En la Exposición de Motivos de la Ley se recoge una declaración de intenciones, cuando habla de “*la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida*”, pero que no deja de ser un texto programático que en nada compromete al deudor. La ley no prevé que ninguna cláusula contractual haga referencia al destino de la hipoteca. Más aún, el legislador deja total libertad en la fórmula temporal de

disposición, cuando podría haberla limitado en un intento de proteger al deudor, y asegurarse de que va a tener renta disponible al llegar a su mayor edad.

En tercer lugar veremos cuál es la ayuda prestada por los poderes públicos a los deudores de esta hipoteca. Se limita a ciertos beneficios fiscales, al igual que otras figuras con desgravación fiscal. Si se tratara de un efectivo carácter asistencial o subvencionado deberíamos hablar de un programa administrativo específico como ocurre en Estados Unidos con el Programa Federal, HECM¹⁷⁶ y dentro del ordenamiento jurídico español podemos encontrar a título de ejemplo, programas específicos para la adquisición de vivienda protegida, o préstamos subvencionados del Instituto de Crédito Oficial, etc., donde se establecen importes máximos, plazos, tipos de interés y todos los requisitos que el solicitante debe cumplir para acceder a este tipo de productos en condiciones realmente más ventajosas que el mercado financiero libre¹⁷⁷. Del mismo modo que la hipoteca inversa, otros instrumentos de financiación también tienen ventajas fiscales y no por ello los calificamos de asistenciales, como los planes de pensiones, las rentas vitalicias, o el préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda o las cuentas ahorro vivienda, cuentas de ahorro para la creación de empresas, etc. Por lo que debemos considerar que no se trata de un producto asistencial por gozar de ciertos beneficios fiscales o arancelarios, que en ningún momento suponen una ventaja que convierta a estos préstamos en las opciones más baratas que el precio de mercado pueda ofrecer. Muy al contrario, uno de los principales inconvenientes que la hipoteca inversa soporta, es que puede resultar una solución bastante cara para el prestatario, por la acumulación de intereses. En todo caso, la hipoteca inversa resulta un producto caro, efectivamente, puesto que los costes son elevados, y por otro lado, la fiscalidad de que ha sido dotada es insuficiente para hacer de este tipo de hipoteca una alternativa atractiva fiscalmente. Incluso, curiosamente, la reducción impositiva será mayor cuanto

¹⁷⁶ Un programa federal Home Equity Conversion Mortgage, HECM, Hipoteca de Conversión del Patrimonio de Vivienda, asegurado por la Administración pública, fijando precio, garantías, establecimiento requisitos, etc.

¹⁷⁷ PILEÑO RODRÍGUEZ, C., “La Hipoteca Inversa: ¿una solución para nuestros mayores?”. *Derecho de los Negocios*, Nº 216, Sección Temas de hoy, Septiembre 2008, pág. 37, Editorial LA LEY, pág. 4. “*En el caso español, el Instituto de Crédito Oficial, en base a las funciones que tiene atribuidas por el régimen jurídico que le es aplicable, podría canalizar, junto con el resto de agentes financieros intervinientes en la operativa de la hipoteca inversa, un sistema que permitiese otorgar mayor seguridad, en lo concerniente a la contingencia derivada de la futura valoración de los inmuebles, tanto para las entidades financieras que contratan este tipo de operaciones como para los prestatarios que se acogen a dicha figura jurídica, con el objetivo de mejorar la calidad de este mecanismo*”.

mayor sea el valor de la vivienda, lo que conlleva que se acaba beneficiando más a los propietarios de las casas más costosas¹⁷⁸.

Y por último, no debemos pensar en un producto asistencial, ya que, el primer requisito para contratar una hipoteca inversa es tener en propiedad una vivienda, que además debe ser de un valor suficiente como para que la operación resulte rentable. Como veremos no va a servir para este fin cualquier vivienda, de cualquier precio y ubicada en cualquier lugar. Lo que implica que no coincide con la filosofía asistencial, ya que está dirigida a personas mayores, propietarios de viviendas, pero en general de alto valor inmobiliario, suficiente para que permita la disposición en el tiempo de unas mensualidades o disposiciones dignas para prestar una ayuda efectiva al deudor.

1.4. UNA NUEVA FINALIDAD EN EEUU, LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA.

Nos vamos a detener muy brevemente en una nueva finalidad que el gobierno de EEUU ha añadido a la hipoteca inversa en febrero de 2009¹⁷⁹. Se podrá utilizar la hipoteca inversa, *reverse mortgage*, para la compra de una nueva vivienda, de este modo ha solucionado uno de los principales problemas de financiación que aquejaba a la tercera edad estadounidense¹⁸⁰. No siempre es posible la financiación de la adquisición de una vivienda cuando el solicitante no está en edad laboral productiva, es decir, el acceso a la hipoteca ordinaria o de amortización, suele estar vetada a aquellas personas en situación de jubilación, puesto que se entiende que les resulta difícil detraer mensualmente, un importe cuantioso como es la amortización de un préstamo hipotecario de sus ingresos por pensiones. Otro motivo decisivo, es que su esperanza de vida no coincide con el plazo de vencimiento de préstamo, y un seguro de vida que cubra estas

¹⁷⁸ De acuerdo con BALAGUE, C., op. cit., pág. 48.

¹⁷⁹ FEDERAL FINANCIAL INSTITUTIONS EXAMINATION COUNCIL. “Reverse Mortgages Products: Guidance for Managing Compliance and Reputation Risks”. Docket No.2009-0001. pág. 15.

¹⁸⁰ El propósito de esta hipoteca en el ordenamiento americano, es atender las necesidades de los mayores ante el incremento en el coste de la vida, en su atención sanitaria, de vivienda y la reducción de sus ingresos. Mediante el mecanismo financiero de la hipoteca que permite hacer líquido una parte del valor de su propiedad, de acuerdo con la 12 U.S.C. § 1715z-20.(a) (1) “to meet the special needs of elderly homeowners by reducing the effect of the economic hardship caused by the increasing costs of meeting health, housing, and subsistence needs at a time of reduced income, through the insurance of home equity conversion mortgages to permit the conversion of a portion of accumulated home equity into liquid assets”.

contingencias resulta inviable económicamente por el importe de la prima del seguro que correspondería a su edad. Sin embargo, bien porque el mercado no le permite la venta de su casa actual, o porque su objetivo sea la adquisición de una vivienda en otra zona residencial, o con mejores facilidades de movilidad, o más cerca de sus familiares, en ocasiones desean comprar una vivienda y les resulta financieramente imposible.

Se ha habilitado la hipoteca inversa para la adquisición de vivienda, funcionando de igual forma que una hipoteca inversa habitual. Se dispone de la suma deseada por el solicitante dentro del importe al que se puede llegar en función del valor de la vivienda que se desea adquirir y la edad del acreedor, este importe irá destinado a pagar al vendedor de la vivienda, es decir se realiza una disposición única del préstamo, destinada al pago de la adquisición. Posteriormente, se amortizará el préstamo al fallecimiento del solicitante, de la forma habitual para la hipoteca inversa. Se ha diseñado en un único contrato con garantía hipotecaria lo que habitualmente se instrumentaba con una compra-venta, más constitución de un préstamo con garantía hipotecaria para su financiación, que se amortizaba a lo largo de los años, y en la vejez, cuando el préstamo anterior ya se había amortizado, se constituía por segunda vez una hipoteca sobre esta vivienda, la hipoteca inversa. El ahorro de costes es notable, en cuanto a gastos de constitución e impuestos de las operaciones. El motivo principal por el que es posible en EEUU esta evolución de la hipoteca inversa es porque la garantía de la hipoteca va a ser exclusivamente el valor de la vivienda.

Pero la legislación americana va más allá, y la Mortgage Letter 2009-11, permite comprar una vivienda que se debe convertir a los 60 días de firmar la operación, en la residencia habitual, y en el caso de tener ya en propiedad una vivienda, dejar esta vivienda anterior como una vivienda que se puede alquilar y obtener así una renta. La diferencia en este caso es que obliga al deudor a demostrar su capacidad económica, es decir se analizaría sus recursos y patrimonio, para mantener los gastos de la vivienda e incluso una posible hipoteca anterior¹⁸¹. Con esto se intenta evitar la práctica conocida como "buy

¹⁸¹REVERSE MORTGAGE, The Official Magazine of the National Reverse Mortgages Lender Association. January-February, 2011 Vol. 4 www.mrmlaonline.org. 27/02/2011. pág. 21. "...When prospective mortgagors under the HECM for Purchase Program intend to retain their existing home as a rental property, lenders must ensure that they have sufficient income to: maintain the costs associated with the new home financed with the HECM for Purchase (ie: taxes, insurance, maintenance); satisfy the monetary investment for the HECM for purchase transaction; and continue to make the mortgage payment and tax and insurance payments on the existing mortgage..."

and bail", -compra y salta- si el comprador adquiere una vivienda por encima de sus posibilidades económicas, con la intención de vivir en ella algún tiempo, y dejar de pagar la hipoteca transcurrido el mismo, dejando la propiedad a disposición del banco.

En definitiva las finalidades de la hipoteca, tanto legales como personales son amplias, y su mayor desarrollo dependerá del uso que hagan los particulares, y del apoyo y desarrollo legislativo que le presten los poderes públicos.

2. DEFINICIÓN DE HIPOTECA INVERSA

A lo largo de estas páginas hemos perfilado los requisitos esenciales de la hipoteca inversa, de manera que como cualquier contrato, de acuerdo con el art. 1261 del CC, será necesaria una causa – que es la función del préstamo o crédito - el objeto cierto del contrato - en este caso la vivienda habitual del prestatario-, y el consentimiento entre las partes siempre que todas ellas tengan capacidad para contratar. En el caso de la hipoteca inversa, el deudor deberá ser una entidad financiera válidamente constituida y en el caso del deudor deberá disponer de la capacidad requerida para hipotecar.

Según la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, la hipoteca inversa es *“el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituye la vivienda habitual del solicitante, persona física de edad igual o superior a 65 años o en situación de dependencia, y cuya finalidad es la obtención de una renta periódica o capital único hasta un máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito.”*

El texto del precepto restringe la figura a un ámbito subjetivo y objetivo determinado, lo que nos permite poder hablar de un concepto estricto de hipoteca inversa, de modo que deberá cumplir una serie de requisitos legales para su identificación como hipoteca inversa, a los efectos de serle de aplicación esta

nueva normativa¹⁸². Lo que se desprende de esta concreción en los elementos es que hay dos tipos de hipoteca inversa: la regulada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007 (en adelante DAP), y aquella que no cumple con todos los requisitos establecidos en esta disposición. La hipoteca regulada en esta ley es, una regulación singular respecto del régimen general de la hipoteca, y por lo tanto debe cumplir todos los requisitos indicados en la DAP¹⁸³. Además debemos tener en cuenta que el modelo general de hipoteca inversa deberá ser integrado por la normativa hipotecaria existente, siempre manteniendo la especialidad en su garantía¹⁸⁴. Por lo tanto, siempre estará integrada por la legislación del Mercado Hipotecario.

El elemento que mejor define la hipoteca inversa es el momento en que la deuda es exigible: a diferencia de la hipoteca ordinaria o de amortización, donde son exigibles las amortizaciones mes a mes o en el periodo establecido para su cobro; en la hipoteca inversa, la entidad financiera puede únicamente exigir el cobro de la deuda, por su montante total, en el momento de fallecimiento del deudor, o del óbito del último beneficiario en su caso. Así, la Ley 41/2007 regula la causa por la que se denomina inversa¹⁸⁵.

En una primera aproximación al concepto de hipoteca inversa, podríamos definirla como el derecho hipotecario que se constituye sobre la vivienda habitual del solicitante, persona física de edad igual o superior a 65 años, o afectada de dependencia, para garantizar un préstamo o crédito, cuya restitución sólo podrá ser exigida al fallecimiento del solicitante¹⁸⁶. Se trata pues de una garantía real en aseguramiento de una operación de crédito con las particularidades exigidas por

¹⁸² Siguiendo a la autora ZURITA MARTIN, I. “La nueva...” op. cit., pág. 1280.

¹⁸³ SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., pág. 43, en la DAP de la Ley 41/2007, punto 11: “*En lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se regirá por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable*”.; SIMÓN MORENO, Héctor, op. cit., pág. 70.

¹⁸⁴ De acuerdo con JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 107.

¹⁸⁵ SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. op. cit. pág. 36. Igualmente, MURO VILLALÓN, J. V., op. cit., pág. 6. puntualiza esta situación, refiriéndose al aplazamiento de la deuda a la fecha de fallecimiento del acreditado.

¹⁸⁶ Intentando llegar a una definición donde muchos autores han ido aportando un matiz, ANGUITA RÍOS, R. M., op. cit., pág. 2; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 54, la define en función de las personas intervinientes como “ *el contrato por el cual una entidad de crédito o una entidad aseguradora autorizada para operar en España pone a disposición de una persona física de 65 años o más, o bien en situación de dependencia severa o gran dependencia un capital, que lo recibirá bien periódicamente (de manera temporal o vitalicia) o de una sola vez, capital que a su vez generará intereses, pero el reembolso de la deuda sólo será exigible a partir del fallecimiento del deudor, quedando asegurada la obligación por la constituida sobre el inmueble que se da como garantía*”.

la ley¹⁸⁷. Lo inverso no es la hipoteca, sino el crédito o préstamo al que va inseparablemente unida. El legislador ha dotado a esta figura jurídica de un nombre que ya se había hecho un hueco en la sociedad¹⁸⁸. De este modo, ha resultado más fácilmente identificable. De entre las numerosas denominaciones que han utilizado las entidades que la comercializan: hipoteca inversa, hipoteca vitalicia, pensión hipotecaria, renta vivienda, entre otros (evitando los nombres más comerciales), el legislador ha escogido hipoteca inversa, aunque no sea una definición muy precisa del negocio jurídico que subyace. Pero en definitiva y para dar un concepto que asuma cualquier tipo de hipoteca inversa, se trata de *aquella hipoteca en garantía de un crédito o préstamo exigible al fallecimiento del deudor*. La propia DGRN se decanta en las últimas resoluciones por esta definición¹⁸⁹.

A pesar de la definición del legislador, cuando habla del *préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca*, hay que recordar que la hipoteca inversa no es un préstamo o crédito, sino la garantía que se constituye para garantizar el pago de ese crédito o préstamo¹⁹⁰. Resulta bastante frecuente que se confunda el derecho real de hipoteca con la obligación garantizada¹⁹¹. Sobre todo, en un momento como el actual, donde el préstamo hipotecario es un negocio jurídico tan

¹⁸⁷ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 657.

¹⁸⁸ Como apunta IÑIGO ARROYO, L., “La hipoteca inversa (Disposiciones Adicionales 1ª y 4ª de la Ley 41/2007)”, En *La reforma del Mercado Hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. Coord. MUÑIZ ESPADA, E. y otros. Edisofer, S.L. Madrid, 2009., pág. 327. Comenta que el legislador se deja llevar con un nombre comercial más que atendiendo a conceptos y criterios jurídicos.

¹⁸⁹ Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2010. “...un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito.”

¹⁹⁰ Comparte esta opinión RUBIO TORRANO, E. “De la ley que define la hipoteca inversa y regula otras muchas cosas” en AC. Núm. 3/2007, pág. 2560: “...la hipoteca inversa no es un préstamo o crédito, como señala la disposición adicional primera de la Ley, sino que se constituye para garantizarlos. La especialidad en este caso deriva más de las características y circunstancias del préstamo y del prestatario que de la garantía en sí misma considerada”. Otra cosa hubiera sido que el legislador hablase de *crédito hipotecario*, que como apunta RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. G., op. cit., págs. 12 y ss, la tesis de la unidad del crédito hipotecario, el crédito forma con la hipoteca una unidad distinta de sus elementos.

¹⁹¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil Derechos reales y derecho hipotecario*. Tomo V, 5ª Ed. Madrid, 2008. pág. 49; SÁNCHEZ CALERO, F.J., y otros. “Derechos reales y registral inmobiliario” 2ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. pág. 418.

generalizado en nuestras vidas que se confunde con el derecho real de hipoteca, la confusión llega incluso al propio legislador en la Ley 41/2007. Pero recordemos, que la hipoteca presupone la existencia de una obligación principal art. 1857.1 del CC, cuyo cumplimiento asegura y garantiza: art. 1876 del CC y art. 104 de la LH: “*La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida,*” en defecto de cumplimiento voluntario, y mediante publicidad registral asegura la reipersecutoriedad.

Estamos ante un préstamo especial por el que el deudor no va tener la obligación de realizar la devolución de la suma prestada, al contrario sólo va a recibir unas rentas durante su vida, es por tanto efectivamente un crédito al revés¹⁹². Por ello, cuando hablamos de renta para referirnos a las disposiciones que realiza el deudor del préstamo, deben ser entendidas como las disposiciones de capital que realiza del préstamo, no como una renta o prestación similar que proviene de un seguro, y ha de tenerse en cuenta la gran diferencia que existe de tratamiento fiscal y conceptual.

Veamos cómo funciona, en la práctica, la constitución de esta nueva modalidad de garantía real¹⁹³. En primer lugar, para conocer el importe del préstamo o crédito se realizará una tasación de la vivienda del hipotecante por parte de una sociedad de tasación. Aunque la duración en el tiempo de la hipoteca pueda ser muy larga, el importe máximo del préstamo, o límite máximo del crédito va a fijarse en el momento inicial. No sería extraño que en caso de subidas en los precios de la vivienda, se acordara con el acreedor hipotecario una revisión de la tasación y por tanto del límite del crédito. De hecho, algunas entidades permiten una nueva tasación en caso de revalorización del inmueble. Debemos tener en cuenta que la disposición de este préstamo puede ser única, pero lo normal es que sea sucesiva, a medida que se va cobrando la renta, a través de sucesivas disposiciones¹⁹⁴. Por lo tanto, la entidad financiera, que se va

¹⁹² En este sentido, BERROCAL LANZALOT, A. I., op. cit., pág. 51.; del mismo modo RAMOS CHAPARRO, Enrique J. *La garantía real inmobiliaria. Manuel sistemático de la hipoteca*. Thomson. Aranzadi. 2008. pág. 573: “...el constituyente-deudor aparece como receptor de prestaciones abonadas por el acreedor hipotecario durante la fase que sigue inmediatamente a la constitución de la garantía en una aparente inversión de las posiciones contractuales ordinarias (ya que el deudor cobra en lugar de pagar), mientras que la devolución se retrasa...”

¹⁹³ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa*, Obra no publicada, cedida por gentileza de la autora. Segovia, 2007. pág. 14.

¹⁹⁴ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit. pág. 107. puntualiza que la hipoteca inversa no está concebida para garantizar una pensión o cualquier otra prestación cuya cuantía sea variable o

a constituir en acreedor hipotecario, realizará los cálculos oportunos para conocer el límite máximo del préstamo o crédito. Pero este importe máximo, al contrario que en una hipoteca ordinaria, será el cálculo del capital más los intereses acordados hasta una fecha hipotética de fallecimiento del prestatario.

En una hipoteca ordinaria el deudor podrá disponer de un importe igual al porcentaje que se estipule sobre el valor de tasación, dependiendo de la entidad, pero generalmente en torno al 80%, lo que constituye el importe máximo del préstamo, sin tener en cuenta los intereses que se van a generar a lo largo de los años. Pero aquí comienza la diferencia, el importe máximo del préstamo será una parte de capital del que se va disponiendo sucesivamente y otra parte de intereses que no se van a pagar, sino que van a quedar devengados y no pagados hasta el fallecimiento del hipotecante, y por lo tanto, acumulados a la deuda total. Este importe de capital concedido del que el deudor va a poder disponer dependerá de cálculos actuariales donde influye la edad, el sexo del solicitante, el número de beneficiarios, de si se trata de una renta reversible a un beneficiario, y de la fórmula que se elija para su disposición. En este sentido va a influir de forma decisiva sobre el importe del capital concedido el momento de disposición previsto. Así, el importe de capital será inferior si desea una disposición única al inicio del préstamo, puesto que los intereses por todo el capital empezarán a devengarse desde el primer momento de la disposición, sin embargo, el capital concedido será mayor si la disposición es periódica, bien vitalicia, o temporal mes a mes, o en los periodos establecidos, durante un número de años, siempre manteniendo constantes el resto de los factores: edad, número de beneficiarios, tipo de interés, etc., y siempre que las disposiciones sean uniformes y predeterminadas. Si en cualquier momento el deudor solicita a la entidad prestamista, una disposición de capital extraordinaria, se volverán a realizar los cálculos para reducir la renta en función de la disposición realizada en un momento temporal concreto.

Generalmente este tipo de préstamos se instrumentan en cuentas de crédito, con un importe máximo de disposición. Al contrato de préstamo o crédito hipotecario, pueden añadirse complementariamente, otros contratos como determinados tipos de seguros de vida, o seguros de rentas temporales o vitalicias. Por ejemplo, algunas entidades proporcionan una renta temporal hasta determinada edad, y contratan con una compañía de seguros un seguro de rentas

dependa de la vida del solicitante. Todo ello sin perjuicio de que el capital obtenido pueda ser utilizado para contratar un seguro de estas características.

vitalicias diferidas que cubra el supuesto de que un hipotecante supere una edad determinada, y así la póliza de seguros podría continuar con el pago de esas rentas hasta su fallecimiento, cubriendo de este modo el riesgo a partir de ese momento.

En la contratación de la hipoteca inversa, el solicitante podrá decidir conforme a sus necesidades el tipo de disposiciones que desee realizar, tal y como se manifiesta en la ley, y conforme a la fórmula elegida se estructurarán las disposiciones de capital de la hipoteca inversa.

Por ejemplo, HERRANZ GONZALEZ describe de un modo muy gráfico, la hipoteca inversa como la operación contraria a lo que popularmente se entiende por hipoteca convencional, utilizando el símil de una *compra a plazos* de la vivienda, esta operación se explicaría como “*ir recibiendo a plazos el dinero que se obtendría de la venta de la vivienda*” pudiendo continuar viviendo en ella hasta el fallecimiento, momento en que la entidad financiera se queda con la misma¹⁹⁵. Y MARTINEZ ESCRIBANO la entiende como “...una vía para ir transformando el patrimonio inmobiliario en dinero a medida que éste se va necesitando, de manera progresiva y sin desprenderse del título de propiedad.”¹⁹⁶.

En definitiva, bajo cualquier denominación que haya adoptado la doctrina como por ejemplo: *préstamo hipotecario especial, crédito con garantía inmobiliaria, crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria, hipoteca inversa, crédito revertido, crédito vitalicio con garantía hipotecaria, etc.*, debe quedar claro que estamos ante una deuda garantizada con hipoteca y exigible al fallecimiento del deudor, al que la legislación ha unido otros requisitos accesorios¹⁹⁷.

¹⁹⁵ HERRANZ GONZÁLEZ, R., op. cit., pág. 1.

¹⁹⁶ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 49.

¹⁹⁷ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Reforma del Mercado Hipotecario, en la disposición adicional primera, a modo de resumen, puede definirse como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones normalmente periódicas, aunque la disposición del préstamo pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación de la finca hipotecada en el momento de la constitución de la hipoteca inversa; cuando se alcanza dicho porcentaje, el receptor del préstamo deja de disponer de la renta que recibe y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad de crédito acreedora del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente, de una vez, cuando fallece el propietario, ya sea mediante la cancelación de la deuda por los herederos o ya sea por la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito.

3. NATURALEZA JURÍDICA

En un intento de acercarnos a la naturaleza jurídica de la figura que tratamos, son varios los conceptos de que se va a nutrir, tanto en su estructura obligacional, como en la delimitación del derecho de garantía. Debemos tener en cuenta que la Ley 41/2007 tiene por objeto la modificación de la regulación del Mercado Hipotecario, una ley muy amplia que incluye la modificación de normas financieras, hipotecarias, tributarias, además de delimitar la hipoteca inversa, ya que la disposición regula otros aspectos fiscales, arancelarios, además de normas del mercado hipotecario¹⁹⁸.

PEREÑA VICENTE apunta que la no inclusión del régimen de la hipoteca inversa, ni en la Ley Hipotecaria, ni entre las hipotecas en el Código Civil puede ser un indicio de que se trata de una institución con una impronta diferente de la hipoteca ordinaria, y que este tratamiento la aleja de su régimen jurídico. En esta misma línea, el legislador francés no la incorpora al régimen de las hipotecas sino que la ubica en el Código de Consumo¹⁹⁹.

Durante los últimos años el modelo de hipoteca que ha predominado en España ha sido la hipoteca de amortización destinada a la adquisición de vivienda, utilizando como garantía el propio bien adquirido, de forma que toda la normativa que regula este modelo hipotecario se ha convertido en la norma general para otro tipo de hipotecas más innovadoras²⁰⁰. Se han estandarizado los contratos, y se admiten escasas variaciones en la estructura de las mismas. Los cambios incorporados por la legislación, también lo han hecho en este tipo de hipotecas. Se han ido materializando, como en el caso de la subrogación hipotecaria del art. 1211 del CC, cuando la Ley 2/1994 de 30 de marzo permite a los deudores hipotecarios terminar con los largos años de compromiso con su entidad financiera pudiendo mejorar sus condiciones financieras, o en nuevas figuras como la hipoteca flotante. Como advierte JIMÉNEZ CLAR, nos hemos alejado de la naturaleza protectora de las normas civiles para entrar en el casi

¹⁹⁸ ROMERO CANDAU, P. A., “La Hipoteca Inversa” págs. 307-337. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., Coord. *Hacia un nuevo Derechos Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008. pág. 309.

¹⁹⁹ PEREÑA VICENTE, M. op. cit., pág.9.

²⁰⁰ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 100: “...su cuota cercana al 90% de las hipoteca originadas en el mercado primario, hace que las normas que la rigen pretendan extenderse a otros tipos de hipoteca que persiguen finalizadas distintas, impidiendo de esta forma su normal desarrollo y convirtiéndolas en formas marginales de garantía hipotecaria...”

todo vale del Derecho mercantil²⁰¹. Pero con el cambio hemos ganado en modelos más ágiles, menos conservadores y con mayor adaptación a la realidad práctica. Se introducen nuevos modos en la práctica bancaria, permitiendo una hasta ahora desconocida agilidad del tráfico y del crédito territorial. Será decisiva, como señala el preámbulo de la Ley 41/2007, la colaboración de los notarios y registradores para permitir el acceso de estas nuevas figuras al Registro de la Propiedad, consiguiendo así que queden al amparo de su régimen de publicidad y seguridad jurídica, accediendo al Registro de la Propiedad todas aquellas cláusulas que definen las figuras recogidas en la Ley, como son la hipoteca inversa, la hipoteca flotante, o la denominada hipoteca recargable.

3.1. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA HIPOTECA INVERSA.

Antes de continuar debemos destacar las dos notas que definen a la hipoteca inversa, que suponen la verdadera especialidad de este negocio jurídico y que son, por un lado, la especial fórmula del crédito y, por otro, el momento de exigibilidad del préstamo.

En primer lugar el aspecto que la diferencia de otras hipotecas es la carencia absoluta de capital e intereses del préstamo o crédito. En ningún momento, y salvo vencimiento anticipado puede el acreedor requerir el pago de ninguna cantidad al deudor, ni en concepto de capital, ni de intereses, ni comisiones, no puede solicitar ningún tipo de abono hasta el momento del vencimiento. De tal modo que lo podríamos denominar efectivamente *crédito inverso* puesto que en lugar de decrecer el importe adeudado va a aumentar, por el cálculo de los intereses, y donde el importe máximo del que se va a disponer se calcula en el momento inicial, pero a través de una proyección a un momento incierto en el futuro²⁰².

La segunda nota que caracteriza esta figura, va a ser el momento de su exigibilidad. De acuerdo con el punto 5 y 6 de la DAP, la deuda sólo es exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario²⁰³. De este modo, la hipoteca está garantizando una obligación futura, que se va a extender a

²⁰¹ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 100.

²⁰² BALAGUE, C. op. cit., pág. 35: "...la suma de las cantidades dispuestas más los intereses periódicamente capitalizados y otros gastos previstos al contratar la operación, equivaldrán al valor de la vivienda a la fecha de vencimiento..."

²⁰³ En este sentido, ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 311; VAÑO VAÑO, M. J., op. cit. pág. 580.

lo largo de los años, en este aspecto, muy similar a las hipotecas contenidas en los arts. 142 y 143 de la LH. Igualmente, salvo que se produzca una causa de vencimiento anticipado, por otro lado muy específicas en esta figura como veremos, la única causa de vencimiento va a ser el óbito del deudor, o del último de los beneficiarios, sólo exigible *post mortem debitoris*²⁰⁴. No es de extrañar, que producto de esta idea se haya denominado a la hipoteca inversa “*crédito vitalicio*”, sobre todo en Iberoamérica²⁰⁵.

Por lo tanto, podemos definir la obligación que ha surgido entre el solicitante deudor y la entidad financiera como un crédito o préstamo inverso, con vencimiento al fallecimiento del deudor, nota que lo va a definir como vitalicio. Un préstamo de estas características se va a garantizar no solo con garantía personal, sino además una garantía hipotecaria.

Incluso la doctrina ha denominado a la hipoteca inversa como “*crédito privilegiado*”, pero esta denominación entraña el peligro de entender la garantía hipotecaria principalmente como un derecho de cobro²⁰⁶. Recordemos que los créditos privilegiados serían, únicamente, los enumerados dentro del art. 1926 del CC. Pero efectivamente, la figura se basa en un crédito o préstamo, al que se le une una garantía hipotecaria, como la Prêt Viager Hypothécaire francesa, cuyo nombre es un reflejo de la figura jurídica que representa, *préstamo vitalicio hipotecario*²⁰⁷.

El resto de los elementos de la hipoteca, como los elementos subjetivos, el elemento objetivo de la hipoteca (la vivienda habitual), sus beneficios fiscales, etc., son elementos que el legislador puede modificar en cualquier momento producto de una política social más amplia o más restrictiva, pero que no afectan a la esencia de la hipoteca inversa. Otros elementos de esta figura, como es el

²⁰⁴ Considera esta figura RAMOS CHAPARRO, E. J., op. cit., pág. 578., como “...un contrato de apertura de crédito simple, generador de una obligación futura, sólo exigible post mortem debitoris...”

²⁰⁵ LUCERO ESEVERRI, R. A., “Crédito Vitalicio con garantía hipotecaria”, Instituto de Derecho e Integración. Revista N° 2. Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2009. Argentina. pág. 22.

²⁰⁶ CANALS BRAGUE, F., “El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)”, *Diario La Ley*, núm. 6691, 12 de abril de 2007. págs. 4: “No pretende la hipoteca un mejor derecho al cobro, sino un derecho de satisfacción exclusiva, sin interferencias, con cargo al bien hipotecado. Por eso no es un crédito privilegiado --no tiene origen legal--.”

²⁰⁷ PEREÑA VICENTE, M. op. cit., pág. 5: “La denominación que la Ley ha elegido no debe ocultarnos que la hipoteca es, como siempre lo accesorio y lo principal es el contrato de préstamo... el código francés ha ajustado más su denominación a la realidad que representa: préstamo vitalicio hipotecario.”

sistema de responsabilidades, van a ser consecuencia directa de los dos elementos definatorios mencionados, el sistema de amortización y el momento de exigibilidad de la deuda. Incluso, respecto al instrumento financiero, el contrato obligacional, a través del cual se van a establecer las relaciones entre las partes del contrato, deberemos elegir aquél que mejor se adapte a estas características. Deberá ser una fórmula financiera que permita las necesidades de financiación del deudor, la llevanza contable de los saldos deudores y acreedores del préstamo o crédito, y permita el acceso al Registro de la Propiedad en las condiciones expresadas en la DAP. Es decir, para elegir bajo qué instrumento financiero daremos cobertura a la hipoteca inversa, debemos buscar la fórmula más práctica que satisfaga las necesidades de todas las partes implicadas.

3.2. LA HIPOTECA INVERSA HASTA SU TIPIFICACIÓN.

La cuestión que plantearnos nos lleva a tener en cuenta si nuestro ordenamiento admite la teoría de *numerus apertus* en la constitución de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad de las partes, pudiera crear nuevos derechos reales atípicos, *de forma que la libertad individual goce de la misma autonomía en materia de derechos reales que en materia de derechos de crédito o de obligación*²⁰⁸. Lo cierto es que la DGRN admite este sistema y así, lo declara en numerosas resoluciones²⁰⁹. Al igual que admite la creación de nuevos derechos reales, siempre que se basen en una razón suficiente y dentro del respeto a la libertad del tráfico jurídico²¹⁰. Con la publicación de la ley 41/2007, se recoge *ex novo*, la hipoteca inversa como una nueva modalidad de garantía real, y sin

²⁰⁸ Véase DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídicos-reales* Tecnos. Madrid, 1978. págs. 81 y ss. Y frente a esta posición la teoría de *numerus clausus*, donde no existirían más derechos reales que aquellos tipificados por la ley, basándose en que afectan a terceros, posibles adquirentes, personas que de cualquier modo se relacionen con los bienes, y por ello, al tráfico en general y en esa medida al orden público.

²⁰⁹ Por ejemplo, la Resolución de la DGRN 14 de marzo de 2008, especifica que “...no sólo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. arts. 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria) sujetarlos a condición, término o modo”.

²¹⁰ Siguiendo la Resolución de la DGRN 5813 de 14 de marzo de 2008: “...de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993).”

embargo, la DGRN ya admitía la existencia de un préstamo sin amortización, e intentaba complementar la voluntad de las partes con la legislación hipotecaria entonces en vigor. Pero, siempre ha rechazado la inscripción de otros puntos como la llegada al Registro de la Propiedad de la extensión de los intereses por encima de los cinco años marcados por el art. 114 de la LH²¹¹, o los vencimientos anticipados por venta del inmueble como privilegio del acreedor, cuyo acceso ha permitido una vez que ha entrado en vigor la Ley 14/2007. En definitiva, en el caso de la hipoteca inversa, antes de la publicación de la ley que la contiene, la DGRN ha permitido la inscripción de todas aquellas cláusulas de carácter obligacional, como era que el crédito no amortizase hasta el vencimiento, o que la fecha de vencimiento no estuviera delimitada *a priori*, sino que fuera una fecha indeterminada, pero no ha permitido, hasta las resoluciones de 2010 y 2011, el acceso al registro de aquellas cláusulas que afectaban a terceros, como podía ser una responsabilidad hipotecaria por encima de lo establecido en el art. 114 de la LH. Incluso, en un estricto respeto a la libertad de pactos, la DGRN ha permitido la inscripción de hipotecas con responsabilidades diferentes, más reducida que la universal del art. 1911 del CC, siempre que la cláusula establecida fuera en favor del deudor²¹².

Por lo que debemos concluir, que nuevamente la realidad social precede a la legislación, y la creación de nuevos derechos reales es fruto de la práctica jurídica. Curiosamente en esta misma Ley se recogen las hipotecas flotantes o de máximo, que han seguido un proceso similar, hasta que han encontrado su redacción en una norma positiva. Pero a la vista de los problemas planteados para acceder al Registro, debemos concluir que, si a un derecho real no se le dota de la necesaria publicidad, en relación con los terceros de buena fe, no alcanza plena

²¹¹ Resolución de la DGRN, 5813 de 14 de marzo de 2008: “ *Y así lo impone igualmente el necesario respeto de la limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero, establecida en el art. 114 de la Ley Hipotecaria, si bien ésta última, tiene precisamente en el ámbito de la hipoteca inversa (figura, como hemos dicho, de contornos semejantes a la que ahora enjuiciamos), la excepción prevista actualmente –aunque no en el momento de la calificación impugnada– en el apartado 6 de la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.*”

²¹² Resolución de la DGRN, 5813 de 14 de marzo de 2008: “*Inexistencia de Garantía patrimonial, que consiste en esencia, en que en aquellos supuestos en que teniéndose que reembolsar el préstamo como consecuencia de la venta de la finca, si en ese momento el importe de lo adeudado supera el valor de la finca (téngase en cuenta que en este préstamo se va acumulando los intereses devengados al capital, no siendo exigible ninguna cantidad hasta el momento del vencimiento), el deudor puede ver limitada su responsabilidad a la cantidad neta obtenida de la venta de la finca, ... La cláusula aludida además de ser en beneficio del deudor, que ve de esa manera reducida su responsabilidad patrimonial universal ex artículo 1911 del Código Civil*”

efectividad²¹³. Y hasta que no ha sido legislada, no todas sus características obligacionales y reales han llegado al Registro de la Propiedad en toda su extensión.

3.3. DOS POSIBLES ESTRUCTURAS OBLIGACIONALES. EL PRÉSTAMO O EL CRÉDITO.

La ley ofrece la posibilidad de instrumentar la deuda a través de un crédito o de un préstamo con garantía hipotecaria. Esta libertad permite a este contrato adoptar diferentes estructuras para adaptarse así a las disposiciones de la deuda según las necesidades del solicitante.

De este modo, la hipoteca la podemos instrumentar a través de un préstamo. Esta figura resultaría adecuada, como contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, en este caso una suma de dinero, y además sería un contrato unilateral, puesto que sólo genera obligaciones para una de las partes, el prestatario, una obligación consistente en la devolución del importe préstamo, más los intereses, si se hubieran pactado, de acuerdo con el art. 1755 del CC²¹⁴. En el caso de la hipoteca inversa la entrega del capital podría pactarse en varias disposiciones, y como contrato real los intereses se cargarían desde la entrega de cada disposición, y la deuda va a ser líquida desde el principio, sin necesidad de ninguna formalidad posterior²¹⁵. La estructura en forma de préstamo únicamente tiene sentido cuando se desea la contratación de un seguro de rentas vitalicias con la disposición del capital, puesto que la relación con la entidad bancaria va a finalizar en ese momento de la entrega del capital, hasta la liquidación de la deuda al fallecimiento del deudor, o cuando el deudor desea una disposición total

²¹³ DIEZ-PICAZO, L. op, cit. pág. 99: *”En materia de derechos reales puede decirse que un negocio constitutivo de un derecho real, al que no se le haya dotado de la necesaria publicidad, y en particular de la inscripción en el Registro, en relación con los terceros de buena fe no alcanza plena efectividad y, por consiguiente, en alguna medida no llega a ser un auténtico derecho real.”*

²¹⁴ De acuerdo con el art. 1740 del CC *“Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra...o dinero u otra cosa fungible, con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad....El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar intereses.”*, y unido a éste el art. 314 del CCom. donde se prescribe que *“los préstamos no devengarán intereses si no se hubiesen pactado por escrito”*. Define igualmente el préstamo la STS 2371 de 27 de marzo de 1999, de cuando refiere que *“...el contrato de préstamo, que es un contrato real y que requiere, para su perfeccionamiento, la entrega del dinero que, inmediatamente, pasa a la propiedad del prestatario, el cual puede disponer de él, ingresándolo en la cuenta que tenga por conveniente.”*

²¹⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...* op. cit., pág. 57.

con otros fines. Como un instrumento adicional, y por utilidad práctica se puede abrir una cuenta corriente especial donde se depositen las cantidades dispuestas del préstamo. Esta cuenta puede o no devengar intereses a favor del titular de la misma, en función de lo pactado entre las partes²¹⁶.

Pero, salvo que la disposición del capital vaya a ser única, será más útil para la vida de la hipoteca el contrato de crédito, de cuenta corriente de crédito. Como contrato consensual en el contrato de crédito el banco pone a disposición del acreedor una cantidad de dinero, y permite la entrega del capital a través de distintas disposiciones, mediante entregas periódicas, bien mensuales, trimestrales, etc. Así, el crédito es un contrato consensual y bilateral, donde nacen obligaciones para ambas partes del simple acuerdo de voluntades: el prestamista debe poner a disposición del prestatario el capital que éste debe devolver junto con los intereses, de modo que el objeto del contrato es la disponibilidad que permite al deudor realizar reintegros y abonos en el crédito de acuerdo con sus necesidades. Así lo recoge, por ejemplo la STS de 12 de noviembre de 2010, que centra el objeto del crédito en la disponibilidad²¹⁷.

Parte de la doctrina ve la hipoteca inversa como una hipoteca en garantía de crédito abierto²¹⁸, otros como una hipoteca en garantía de un préstamo de disponibilidad condicionada, como préstamo sucesivo con entregas aplazadas, etc. Por ejemplo, SERRANO NICOLAS y MURO VILLALÓN proponen abonar el préstamo en una cuenta especial, unida a un préstamo, o formalizar la operación bajo la estructura de una cuenta de crédito²¹⁹.

²¹⁶ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 339, considera que este tipo de cuenta no debe devengar intereses, como el préstamo tampoco los devenga sino en los capitales dispuestos.

²¹⁷ STS de 12 de noviembre de 2010 “...puesto que la disponibilidad del dinero durante un plazo determinado es lo que constituye el objeto claro de una póliza de crédito”.

²¹⁸ BERROCAL LANZALOT, A. I., op. cit., pág. 52.

²¹⁹ SERRANO DE NICOLÁS, A., op. cit., pág. 47; MURO VILLALÓN, J. V., op. cit., págs. 11 y ss. En principio, el crédito será unilateral de modo que únicamente sea la Entidad de Crédito la que se obliga dentro del límite temporal y cuantitativo, a poner a disposición del acreditado de forma periódica las sumas establecidas, pero nada impide que se pueda instrumentar como crédito abierto en cuenta corriente o, incluso, como préstamo sucesivo con entregas aplazadas que se pueden reflejar en una cuenta corriente bancaria. La relación jurídica básica de crédito estará perfectamente determinada, siendo las entregas que se realicen actos de ejecución de la obligación principal que se incorporan a la cuenta corriente. La cantidad líquida debida se determinará por el saldo que resulte al cierre de la cuenta, único crédito exigible. No cabe duda de que los intereses pueden configurarse como créditos independientes aunque accesorios del principal, de modo que sin asentarse en la cuenta sean exigibles independientemente del saldo, conforme al criterio sentado por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio y 13 de julio de 1999, lo que, sin embargo, no parece muy útil en este tipo de hipotecas ya que si se hace así los intereses quedarán sujetos a las limitaciones del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su

Efectivamente, la cuenta de crédito en este tipo de operaciones va a ser un instrumento muy práctico y útil a la hora de acreditar en el tiempo las partidas positivas y negativas que se van a generar²²⁰. Así, el contrato de cuenta corriente de crédito se define como un contrato consensual y bilateral, atípico, que asume las características de los dos contratos que fusiona, el de cuenta corriente y el de apertura de crédito simple. Conjugando ambas figuras implica la disponibilidad de una cantidad de dinero que instrumentada en cuenta corriente de este modo facilita efectuar reembolso parciales. La cuenta corriente permite integrar distintos créditos en una misma cuenta, como apunta RODRIGUEZ DE ALMEIDA las obligaciones que ingresan en la cuenta pierden su individualidad para convertirse en simples partidas contables²²¹. Aunque no todos los autores estén de acuerdo²²². Nos referimos a las disposiciones de capital que va a realizar el deudor o beneficiario, cargo de intereses que de forma mensual o trimestral va a devengar la operación, los primeros gastos derivados de la formalización de la operación impuestos, gastos de notaría, y las primas de los contratos de seguro que se vinculen a la operación, entre otros, en definitiva todos aquellos sobre los que se pacte su aplicación al crédito. Igualmente, los abonos que se pueden realizar serían las amortizaciones parciales de la deuda acumulada en los casos en que fueran permitidos, y el deudor en algún momento decidiera realizar amortizaciones parciales, y otros posibles conceptos sobre los que pueda pactarse su abono a esta cuenta, como podría ser la prestación del contrato de seguro de renta vitalicia diferida. En definitiva, en mi opinión, la cuenta corriente de crédito es la figura mercantil que mejor se adapta a todas las necesidades que puede tener el deudor, y donde se puede estructurar con la máxima plasticidad la relación entre deudor y acreedor.

Reglamento, y lo que interesa es que todos los intereses resultantes hasta la fecha de fallecimiento queden cubiertos por la hipoteca a través de la cuenta corriente de crédito.

²²⁰ BILBAO ESTRADA, I. y SANTANA MOLINA, J. C., “La futura regulación del régimen de las hipotecas inversas: aspectos jurídico privados y fiscales”. *Tribuna Fiscal*, CISS. Valencia, Febrero 2007, pág. 24, estos autores veían viable tanto el contrato de préstamo, como el de cuenta de crédito, aunque más adecuada la apertura de un crédito en cuenta corriente donde se reflejan las sucesivas disposiciones de dinero que realiza el acreditado, así como los intereses devengados y los gastos que se generen hasta la fecha de vencimiento del contrato.

²²¹ Tal y como afirma RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M.G. “Hacia la flexibilización de la hipoteca...” op. cit., pág. 1114.

²²² Sorprende la opinión de MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 95, que no considera posible la hipoteca inversa como una línea de crédito, frente al resto de la doctrina y la práctica que ve posible todo el abanico de opciones que se le ocurran al solicitante y a la entidad financiera.

3.4. LA HIPOTECA INVERSA, COMO HIPOTECA DE MÁXIMO.

Unida a la figura de cuenta corriente de crédito, nos planteamos la posibilidad de calificar las hipotecas inversas como hipotecas de máximo. La característica que define a la hipoteca de máximo, va a ser que se desconoce el importe total de la obligación asegurada y se establece un tope de cobertura o responsabilidad hipotecaria que será la cantidad máxima de la que responderá la finca en garantía, sea cual sea el importe final de la obligación asegurada²²³. No conocemos el momento de fallecimiento del solicitante y por tanto no conocemos el vencimiento de la hipoteca de cara a establecer la responsabilidad hipotecaria por ambas deudas, capital e intereses. Dentro de las hipotecas de máximo o de seguridad, se encuentra la hipoteca en cuenta corriente de crédito donde el principio de determinación se flexibiliza, de forma que el crédito que aseguran puede no haber nacido o no ser posible inicialmente determinar su cuantía. Definida en el art. 153 de la LH (y añadido el art. 153 bis en la Ley 41/2007),²²⁴ garantiza una única obligación, cuya cuantía corresponderá con el saldo resultante de la liquidación del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente al cierre de esta²²⁵. Siempre debe cumplir con los requisitos de: a) determinación de la cantidad máxima de que disponga la finca hipotecada, b) fijación del plazo de duración del contrato, c) especificación de la clase de operaciones mediante las cuales se puede utilizar el crédito en cuenta corriente, es decir, delimitar la relación jurídica básica que las une, y d) un sistema de doble libreta o certificación bancaria para justificar el saldo exigible, si se desea utilizar el procedimiento judicial sumario. Con la anterior regulación, el crédito garantizado era el saldo definitivo que se producía tras convenir el pacto novatorio, con la

²²³ RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. G., op. cit., pág. 1113.

²²⁴ : “También podrá constituirse hipoteca de máximo: a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas...”

²²⁵ De acuerdo con la Resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 1987 : “Solamente cuando la cuenta bancaria aparece como instrumento contable de una relación contractual, ya de apertura de crédito ya de cuenta corriente, deviene exigible el saldo resultante de modo autónomo, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados en aquélla: tal exigibilidad se funda, entonces, en un convenio previo por el que o bien una de las partes concede crédito a la otra hasta cierto límite, de modo que al irse destinado aquél al pago de otras obligaciones del acreditado con el concedente, éstas se extinguen total o parcialmente, quedando únicamente el deber de restituir el importe dispuesto de ese nuevo crédito abierto, o bien, ambas partes deciden que las recíprocas relaciones de crédito entre ellos pierdan, al ser recogidas en la cuenta, su exigibilidad aislada, y sean sustituidas en el momento del cierre por la obligación nueva correspondiente al saldo resultante y a cargo de quien aparezca en la posición deficitaria.”

firma de ambas partes o la aceptación de la certificación bancaria²²⁶. Tras esta reforma, en las hipoteca de máximo, no será necesario realizar el mismo al tratarse de entidades financieras del art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, ya que la normativa ha eliminado expresamente el pacto novatorio en estos casos.

Este tipo de contrato es el que permitirá mayor flexibilidad a la hipoteca inversa y sobre todo porque el devengo de los intereses se va acumulando y pagando sobre la disposición del préstamo, que de otro modo debería pagarla periódicamente el deudor con la cantidad dispuesta²²⁷. Efectivamente si la hipoteca inversa se constituye a través de un préstamo, deberíamos contabilizar los intereses de forma paralela. La ventaja comparativa que nos ofrece la hipoteca instrumentada en cuenta corriente de crédito, es que resulta una figura “*cuya virtualidad más destacada es la de provocar la dilución de las diversas partidas que ingresan en ella, entre las cuales estarían los intereses que la misma produjera*”²²⁸.

Damos por supuesto que la compensación de las deudas de ambas partes será diaria, de modo que hay una compensación progresiva de las deudas recíprocas²²⁹. En la cuenta de crédito la entidad financiera pone a disposición del deudor el importe total del crédito, que no comenzará a devengar intereses hasta y en la medida que se vayan cargado partidas como consecuencia de disposición de las rentas u otros gastos, si el deudor a su vez realizase abonos en la misma cuenta de crédito, la compensación sería diaria. Esto no significa que la cuenta de crédito quede a la libre disposición del deudor, puesto que los cargos admitidos van a estar previamente identificados en la escritura de constitución del crédito hipotecario, donde se enumerarán los gastos, impuestos, rentas, o comisiones que pueden ser abonados contra la cuenta de crédito, siendo un crédito indisponible, en cuanto que no queda a la libre voluntad del deudor, ni se permitirá el cargo por ningún otro concepto que los estrictamente estipulados.

²²⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. “Principios de Derecho Civil...” op. cit., pág. 69; BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, E. “Hipoteca en garantía...” op. cit., pág. 53, RODRIGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi. “Hacia la flexibilización...” op. cit., pág. 1114.

²²⁷ BERROCAL LANZALOT, A. I., op. cit., pág. 59.

²²⁸ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *La hipoteca Global...* op. cit., pág. 133.

²²⁹ BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, E. “Hipoteca en garantía...” op. cit. pág. 61. Sin entrar en la discusión doctrinal sobre si la compensación se produce *ipso iure*, de acuerdo con el art. 1202, o si se trata de un convenio entre las partes, en las modalidades más sencillas de cuenta de crédito la compensación es progresiva, de hecho se incluyen cláusulas en los contratos donde se estipula que el saldo deudor que presente la cuenta devengará diariamente a favor del Banco un interés de tanto, con lo cual hablamos de compensación progresiva. Pueden estipularse cuentas más complejas donde la compensación se realice al cierre de la cuenta, porque las deudas no cumplen los requisitos de ser deudas vencidas, líquidas y exigibles, del art. 1196 del CC.

En realidad, la hipoteca flotante o de máximo, no es una hipoteca que suponga la afección de una finca al pago de una deuda, sino más bien, un privilegio respecto a una finca de un acreedor por cualquier deuda: el designado en este contrato será preferido a los demás acreedores prescindiendo del orden de prelación de créditos del art. 1921 y ss. CC. Se trata de un sistema personal de entidades de crédito privilegiadas frente a acreedores más recientes²³⁰.

Por su parte, la DGRN no admitía que pudiera constituirse una hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones, entendida como unidad sólo contable, si no es a través de la novación del título de aquellas deudas que tienen el mismo deudor y acreedor, generalmente, novándose en una cuenta de crédito²³¹. A partir de la resolución de 1 de junio de 2006 (RJ 2006/12902), cambia la postura de la DGRN, admitiendo plenamente las hipotecas de máximo, determinando que: *“...Indudablemente, obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria cuando aquéllas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra. No lo impide la aplicación del principio de especialidad ni el de accesoria de la hipoteca, en tanto en cuanto las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores (o al menos sean éstos determinables, como – con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito-se permite en algunos supuestos, siempre que se cumplan ciertas exigencias mínimas) y la hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones de suerte que aquélla quede debidamente supeditada a éstas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad”*.

Como resumen la hipoteca flotante podrá constituirse a favor de las deudas de entidades financieras, y administraciones públicas. El preámbulo de la Ley 41/2007 dice que se pretende generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, hablamos de deudas futuras, entre los mismos sujetos personales. Se excluye el pacto novatorio aunque si será necesaria algún tipo de aceptación de la liquidación de la deuda.

Entre la doctrina, se ha buscado asimilar la hipoteca inversa con algún tipo de hipoteca tipificada, con la que mantuviera puntos en común. Parecía que las diferencias con la hipoteca flotante eran importantes y no sería posible que la hipoteca inversa pudiera adoptar la forma de hipoteca de máximo, porque ésta permite la determinación posterior de las relaciones jurídicas que van a ser objeto de cobertura por la garantía, y precisa de la prestación de un nuevo

²³⁰ MANZANO FERNÁNDEZ, M. M, op. cit., pág. 1219.

²³¹ Pero muchas entidades no desean realizar esta novación al perder así las acciones y las garantías propias de cada una de las deudas. La posición de la DGRN que en origen, en resoluciones del año 1929, admite la posibilidad de coberturas globales, pero posteriormente la posición fue contraria y absoluta hasta el año 2006.

consentimiento entre las partes²³². En la hipoteca inversa se exige una determinación de las prestaciones en el momento inicial con independencia de la forma en que las partes establezcan el modo de disposición de las cantidades concedidas, sin embargo en la hipoteca flotante se utiliza la indeterminación inicial como mecanismo que permite la agilidad en las relaciones entre el deudor y el acreedor²³³. Algunos autores abogaban porque la hipoteca inversa resultaba muy similar a la hipoteca de rentas o prestaciones periódicas, del art. 157 de la LH²³⁴. No obstante, debe quedar claro que tal y como ha resultado la posterior redacción de la Ley 41/2007, no se trata de una hipoteca de rentas, pues la única semejanza es la percepción de una renta por el deudor, pero la deuda garantizada aquí es el saldo del préstamo dispuesto por el causante²³⁵. Incluso, varias entidades financieras habían establecido en sus escrituras cláusulas de modo que la obligación a cargo del prestatario sería una obligación *propter rem*, de modo que la obligación siguiera a la titularidad de la finca²³⁶. Además así, resultaría

²³² El preámbulo de la Ley 41/2007, punto VII: “*La accesoriadad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquéllas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria...*”

²³³ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., págs. 116 y ss.

²³⁴ MURO VILLALÓN, J.V., op. cit., pág. 18. Para este autor: “*una posible solución al problema planteado de lograr la afección de todo el valor del inmueble, puesto en cambio de la deuda que se genere al finalizar el contrato, sería entender que en este tipo de hipotecas la obligación que surge a cargo del prestatario tiene el carácter de obligación “propter rem”, de modo que será deudor de la obligación que resulte de la liquidación de la cuenta, la persona que sea titular de la finca, como ocurre en las hipotecas en garantía de rentas o prestaciones periódicas reguladas por el artículo 157 de la LH si así se pacta expresamente. Sin desconocer que su naturaleza ha dado lugar a interminables discusiones doctrinales. El adquirente de la finca hipotecada asumirá no sólo la carga real derivada de la hipoteca sino también la obligación que resulte del pago de las prestaciones periódicas hasta su vencimiento. No obstante para evitar que el tercero quede gravado con una responsabilidad excesiva por la asunción automática de la deuda, podría establecerse que su límite de responsabilidad fuese el valor alcanzado en venta voluntaria o forzosa de la finca.*”

²³⁵ RAMOS CHAPARRO, E. J. op. cit., pág. 578.

²³⁶ DIEZ-PICAZO, L. op. cit., págs. 61 y ss. Donde tras dejar claro la escasa precisión y diferencias doctrinales sobre esta figura, considera que las obligaciones *propter rem* se caracterizan por su ambulatoriedad. Son obligaciones en las cuales quienquiera que sea propietario o titular del derecho real está obligado a cumplir una prestación contractual. Y continúa diciendo como la regla general, para todo tipo de obligaciones sin distinción es la responsabilidad universal del art. 1911 CC. La limitación de la responsabilidad del deudor producida automáticamente *ex lege* por el juego del ejercicio de un derecho de abandono liberatorio es algo excepcional. La obligación *propter rem* no exige la limitación de la responsabilidad, ni el derecho de abandono.

contraria al procedimiento de ejecución sumarísimo del art. 129 LH. Algunas escrituras fueron firmadas, en estos términos, antes de la publicación de la ley con objeto de asegurar las obligaciones conforme con la legislación del momento.

Otros autores tratando de dar solución a uno de los problemas más importantes en relación al régimen jurídico de la hipoteca inversa que es la determinación del patrimonio que responderá de la deuda resultante al vencimiento del contrato²³⁷, asimilan sus características a la hipoteca de responsabilidad limitada, del art. 140 LH, atendiendo a su responsabilidad, pensando que en muchas ocasiones la obligación garantizada se hará solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.

En síntesis, lo que está claro es que se trata de un negocio jurídico complejo, un préstamo o crédito por regla general instrumentado en una cuenta corriente de crédito con garantía hipotecaria, que va a ser un contrato de tracto sucesivo y de larga duración, en la que una de las partes pone a disposición de la otra una suma de dinero bien en forma de capital o de renta.

Las últimas resoluciones de la DGRN han zanjado el tema y arrojado mucha luz sobre este asunto dando a la cuenta corriente de crédito una labor muy útil en este tipo de operaciones, presentando la hipoteca inversa en palabras de este centro, como una hipoteca de máximo: “...mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, se formaliza un crédito en cuenta corriente hasta un determinado límite, garantizando el saldo resultante al cierre de la cuenta con hipoteca de máximo, en su modalidad de hipoteca inversa”²³⁸.

²³⁷ BILBAO ESTRADA, I. y SANTANA MOLINA, J. C., op. cit. pág. 25.

²³⁸ RESOLUCIONES DE LA DGRN de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero de 2011: “...Ambas modalidades contractuales pueden ser utilizadas como instrumento financiero en el caso de las hipotecas inversas por preverlo así expresamente la referida Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, al definir esta figura su apartado primero como «el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante» y siempre que cumplan los requisitos que establece el mismo apartado primero. Pero debiendo diferenciarse los conceptos y regímenes jurídicos de ambos contratos. La distinción es clara y ha sido puesta de manifiesto por este Centro Directivo subrayando que en el caso del préstamo hipotecario éste se ha de adecuar al régimen que para el contrato de préstamo regulan los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real en cuanto se perfeccionan con la entrega de la suma prestada, y unilaterales por cuanto de ellos tan sólo surgen obligaciones para el prestatario. Ambas notas caracterizadoras del préstamo mutuo (real y unilateral) han sido destacadas igualmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencia de 7 de abril de 2004). Frente al préstamo, la apertura de crédito es una operación, ordinariamente bancaria y esencialmente crediticia, por la que el banco se obliga, dentro del límite y por el tiempo pactado, a poner a disposición del cliente –acreditado– y a medida de sus

Así, las últimas Resoluciones de la DGRN se inclinan por configurar la hipoteca inversa como una cuenta corriente de crédito, puesto que resulta más sencilla la disposición de los importes por el deudor, y donde se instrumentan las respectivas obligaciones de pago y devolución de importes, frente a la figura del préstamo. Pero sobre todo, a través de la utilización de la cuenta de crédito, como hipoteca de máximo se pueden incluir los intereses junto al capital en el total del saldo final de la deuda, lo que permite evitar los inconvenientes que la hipoteca inversa tendrá de cara a la reclamación de un importe indeterminado *a priori* de intereses.

4. FIGURAS AFINES

En nuestro ordenamiento jurídico existen figuras tradicionales, bien recogidas en la legislación o atípicas, que cumplen con los mismos fines y objetivos que la hipoteca inversa. Existen numerosos contratos, con carácter real o no, cuya finalidad es la obtención de rentas, o servicios destinados a afrontar las necesidades económicas de la vejez. Afortunadamente, estas figuras están en continua evolución, y desarrollo para adaptarse al momento social y económico, e intentar dar solución a los problemas de la tercera edad, al igual que la hipoteca inversa. Así, el abanico de posibilidades se amplía con la figura estudiada que ha

requerimientos, sumas de dinero o realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo, a cambio de la obligación de éste de reintegrarlas en la fecha pactada, satisfaciendo los intereses y, en su caso, comisiones convenidas. Se configure la apertura del crédito de forma simple o se le añada el convenio expreso de instrumentalizarla en cuenta corriente –como sucede en el presente caso–, no cabe hablar en ella de una relación jurídica unilateral en la que se contrapongan la posición acreedora de una de las partes frente a la deudora de la otra, ya que en ella existen derechos y obligaciones por parte de ambas. De este modo, el concedente tendrá derecho a los reintegros, intereses y comisiones que procedan, o al saldo de liquidación en su día, tiene la obligación de mantener la disponibilidad en los términos convenidos, disponibilidad de que seguirá gozando el acreditado como un derecho pese a que surjan a su costa las obligaciones correlativas a los derechos del concedente (cfr. Resolución de 18 de junio de 2001). Se trata de un contrato que, aunque aludido en el número 7 del artículo 175 del Código de Comercio, no adquirió carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento jurídico, hasta que lo reconocieron expresamente las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se citan en la de 1 de marzo de 1969 y las Resoluciones de esta Dirección General de 28 de febrero de 1933 y 16 de junio de 1936, y que, como aclara la Sentencia de la misma Sala y Tribunal de 11 de junio de 1999 se trata de un «contrato de carácter consensual y bilateral, no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1753 a 1757 del Código Civil, y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario» (vid. en el mismo sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1976 y de 27 de junio de 1989)...”

sido introducida en nuestra realidad social y nuestro ordenamiento por las entidades financieras que ya ofrecían estos productos en otros ordenamientos, y finalmente por el legislador.

La hipoteca inversa presenta ventajas añadidas sobre otros contratos y aspectos que no se contemplaban antes. El Derecho moderno dota a la hipoteca de mayor flexibilidad, de acuerdo con los avances en el cálculo actuarial y el desarrollo de los mercados secundarios. De modo que una institución tan arraigada como la hipoteca puede ampliar su función social y económica, e ir alcanzando la consagración legislativa de nuevas modalidades de hipoteca más adaptadas al momento histórico²³⁹. De este modo, se atribuyen nuevas utilidades y formas a la hipoteca, sin encorsetar la garantía hipotecaria.

Conviene resaltar el aspecto positivo de que existan muchas alternativas en la contratación de soluciones para la tercera edad, ya que no siempre la hipoteca inversa será la mejor alternativa a una situación concreta, y cuanto mayor sea el conjunto de posibilidades, mejores y más adecuadas soluciones podrán encontrar nuestros mayores. La hipoteca inversa debe ser apta para el perfil de persona que la solicita. En caso contrario, el deudor nunca se sentirá satisfecho con la contratación que ha realizado²⁴⁰. La hipoteca inversa es un negocio jurídico complejo y de larga duración en el tiempo debiendo analizarse si es la solución más beneficiosa para cada contratante de acuerdo con sus características personales, su entorno y su situación económica, para que se pueda beneficiar de todas sus ventajas, y minorar sus desventajas²⁴¹.

Debemos destacar que muchas de estas figuras tienen en común un fuerte componente de aleatoriedad en el contrato, debido a que el término final del mismo siempre está determinando unido al momento de fallecimiento del transmitente, y como consecuencia, en muchas ocasiones existe la posibilidad de que se produzca un desequilibrio entre las contraprestaciones que deben asumir las partes otorgantes en el negocio²⁴².

²³⁹ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 665.

²⁴⁰ WADE, J.P., op. cit., pág. 11. La autora nos muestra que si el instrumento hipotecario no es el adecuado para esta persona, se puede convertir en su peor enemigo, de modo que el dinero que puede conseguir de su vivienda a través de la hipoteca puede ser gastado mucho antes de lo que piensa sin responder a los objetivos que se planteaba.

²⁴¹ No en vano WADE, J.P., op. cit., pág. 1, advierte en el título de su libro que puede ser tu mejor amigo o tu peor enemigo, depende del acierto en la elección de este contrato: “*best friends, worst enemy...yours choise*”.

²⁴² MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 30.

En nuestros Derecho Forales y Derecho Común, destacan numerosas figuras como el censal castellano, o el violario de Cataluña regulado en la actualidad en la Ley 6/2000 de 19 de junio, como *el derecho de crédito a percibir o la consiguiente obligación de pagar indefinidamente una pensión a una persona y sus sucesores en virtud del capital recibido*. En Galicia se regula el *vitalizo* similar al contrato de alimentos, o en Navarra, su Compilación Foral, en la Ley 131 tipifica bajo la denominación de acogimiento, una figura similar al vitalicio²⁴³. Igualmente, en el Derecho consuetudinario del alto Aragón existe otra institución que permite la integración de una persona mayor en una familia con objeto de convivir como un miembro más de la misma, la dación personal del derecho aragonés²⁴⁴. Pero estas figuras al menos cualitativamente no han pasado de tener un valor meramente testimonial, estando circunscritas a determinados territorios²⁴⁵.

Algunas de las figuras expuestas son soluciones híbridas e intermedias, con características comunes a más de una figura, o incluso algunas entidades financieras y aseguradoras incluyen servicios adicionales dentro de la celebración de estos contratos como: tele-asistencia domiciliaria, asistencia médica, seguros adicionales, posibilidad de contratar otros servicios en condiciones más ventajosas, asesoramiento financiero, liquidaciones de impuestos, etc.²⁴⁶.

Muchos de estos contratos tienen en común con la hipoteca inversa su objetivo de atención y cuidado a la vejez, otras son jurídicamente muy similares a la hipoteca inversa, y otro grupo son generalmente contratos de seguro que pueden ser simplemente complementarios de la hipoteca inversa, que se muestra como un negocio jurídico complejo. Así, en el mercado español podríamos encontrar figuras como la inversión en *nuda propiedad*, a través de entidades que ponen en contacto a una persona mayor con una tercera persona interesada en adquirir la nuda propiedad mientras que el antiguo propietario se reserva el derecho de usufructo de la vivienda²⁴⁷. Como vemos, son negocios jurídicos

²⁴³ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en su ley 131 recoge el Acogimiento. “*Cuando en capitulaciones matrimoniales, testamento u otras disposiciones se establezca en favor de alguna persona derechos de vivir en la Casa, de ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad u otros similares, con o sin obligación de trabajar para la Casa, se estará a la disposición que los conceda y a la costumbre del lugar.*”

²⁴⁴ LUQUE JIMÉNEZ, M^a.C., op. cit., pág. 244.

²⁴⁵ De acuerdo con ROCA GUILLAMÓN, J. op. cit., pág. 663.

²⁴⁶ HERRANZ GONZÁLEZ, R. “Hipoteca...”, op. cit., pág. 7.

²⁴⁷ HERRANZ GONZÁLEZ, R. “Hipoteca...”, op. cit., pág. 9; BERROCAL LANZAROT, A. I., “Hipoteca inversa y otros instrumentos financieros afines”, *Academia Sevillana del*

generalmente vitalicios, con la idea de atender a las personas mayores por el resto de su vida. Las fórmulas se multiplican, y sin ánimo de abarcar todas las posibles figuras, podemos señalar: los alquileres de habitaciones, concretas situaciones convivenciales como los centros de día, las viviendas tuteladas o los acogimientos familiares, con las connotaciones forales que hemos visto, donaciones modales, hipotecas pensión, contrato de alimentos, contrato de renta vitalicia, vivienda pensión, cesión para alquiler, censo reservativo, contrato de renta con opción de compra²⁴⁸. Incluso podríamos mencionar la hipoteca ordinaria, aunque plantea un doble problema, el hecho de que resulta difícil que una entidad financiera contrate con un deudor con escasa capacidad de reembolso, y el riesgo para el solicitante de que el impago comportara la consecuente ejecución de la hipoteca y en definitiva la pérdida de la vivienda²⁴⁹. Aunque, también es posible establecer una *recarga* sobre una hipoteca ya concedida, ampliando su capital de nuevo disponible, de acuerdo con el art. 4 de la Ley 2 de 1981, de Subrogación y Novación de los Préstamos Hipotecarios.

Únicamente vamos a señalar de forma más pormenorizada aquellas figuras que consideramos más útil comparar con la hipoteca inversa, o aquellos contratos que son complementarios a la misma. Al igual que la hipoteca inversa algunos de estos contrato no son una opción que haya sido planificada a lo largo del tiempo como los instrumentos de ahorro sistemático, sino que cualquiera que sea propietario de una vivienda cuenta con esta posibilidad, es decir, aquella persona mayor de 65 años que cuente con un patrimonio inmobiliario, y con escasa liquidez, a pesar de que hasta el momento de su contratación, nunca hubiera planteado esta posibilidad.

Notariado, pág. 137.: incluso compra del derecho de uso y habitación de una vivienda sin tener que abonar la totalidad del precio del inmueble como apunta SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., LÓPEZ ARES, S. y QUIROGA GARCÍA, R., “Diseño de Hipotecas Inversas en el Mercado Español”, Instituto de Mayores y Servicios Sociales. Marzo, 2007. pág. 11.; igualmente, BALAGUE, C., op. cit., pág. 38, comenta la posibilidad de vender la vivienda y constituir un depósito a plazo o una línea de crédito para ir disponiendo, siempre en la idea de que habrá que realizar la devolución de las disposiciones efectuadas más los intereses, unido a un contrato de alquiler o la reserva de usufructo que garantice el uso de la vivienda a su anterior titular.

²⁴⁸ Sobre este contrato, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 31, “...se percibe una renta fija o variable a cambio de constituir una opción de compra sobre un bien inmueble por su valor actual.”; BALAGUE, C., op. cit., pág. 36.

²⁴⁹ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 25.

4.1. CONTRATO DE ALIMENTOS

Esta figura de origen medieval, con origen en los contratos de manutención rural pensados para asistir a los más débiles, tiene a su vez precedentes en el seno de los Derechos Forales como en la Ley de Derecho Civil de Galicia, de 24 de mayo de 1995 que tipifica el “*vitalicio gallego*”²⁵⁰, o en la “*dación personal*” de Aragón, la “*pensión alimenticia*” de Cataluña, o el “*acogimiento en la casa*” del Derecho navarro²⁵¹. Gracias al desenvolvimiento de la vida jurídico-económica, se da solución mediante contratos atípicos a una figura que existe en la realidad social de forma consuetudinaria, hasta que la Ley 41/2003 la incluye en los arts. 1791 y ss. del CC. La definición legal del contrato de alimentos, “*contrato de vitalicio*”, “*pensión alimentaria*”, “*alimentos vitalicios*”, o “*contrato de alimentos*”, etc., entre otros nombres utilizados para el mismo contrato²⁵², establece que “*una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital de cualquier clase de bienes y derechos*”.

En definitiva la causa en el contrato de alimentos será el intercambio de bienes o capital a cambio de proporcionar medios para la subsistencia, cuya particularidad es la de vivir en familia, prestando asistencia, atención, cuidados e incluso cariño a la persona necesitada²⁵³. Resulta curioso que aunque esta figura estaba destinada a regular una relación en el entorno de la familia, de algún modo esta figura ha sido utilizada por las residencias de la tercera edad. La persona que va a ingresar entrega la propiedad de su vivienda a cambio de recibir manutención alojamiento y cuidados durante toda su vida²⁵⁴.

NUÑEZ ZORRILLA advierte de la complejidad de la prestación, separándola conceptualmente de la prestación obligatoria de alimentos entre parientes, y resalta que lo que intenta procurarse a la persona que recurre a este tipo de relación es *un hogar* en el que integrarse, aún a costa de tener que

²⁵⁰ El art. 95 de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 lo conceptúa como aquél en el que “*...una o varias personas se obligan, respecto a otra u otras, a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista*”.

²⁵¹ Vid, MÉNDEZ SERRANO, M. M., op. cit., pág. 87; NUÑEZ ZORRILLA, M^a. C. “El contrato de Alimentos Vitalicio: Configuración y Régimen Jurídico”. Marcial Pons. Madrid 2003. pág. 14.; igualmente LLAMAS POMBO, E., “La tipificación del contrato de alimentos”. *Protección jurídica de los mayores*. La Ley, Madrid, 2004. págs. 199.

²⁵² MÉNDEZ SERRANO, M. M., op. cit., pág. 92.

²⁵³ MÉNDEZ SERRANO, M. M., op. cit., pág. 104.

²⁵⁴ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 29.

convivir con una familia extraña²⁵⁵. Se define como una prestación mixta de dar y hacer, donde el alcance de la prestación depende del acuerdo entre las partes, siempre y cuando respete los límites de la libertad de contratación de los arts. 1255 y 1256 del CC²⁵⁶. Incluso en muchas ocasiones el contrato de vitalicio ha sido simulado bajo la apariencia de una venta de inmuebles entre parientes²⁵⁷.

En definitiva, el contrato de alimentos, en un principio, tiene el mismo momento inicial que la hipoteca inversa, el mismo punto de partida: una persona que llegado un momento de necesidad y viéndose propietaria de un patrimonio decide celebrar un contrato que le facilite su asistencia. Pero a partir de este punto las diferencias con la hipoteca inversa son absolutas:

La hipoteca inversa es como veremos, un negocio celebrado con una entidad financiera, que realiza un préstamo al deudor de una cantidad de dinero fijada previamente. La disposición de esta prestación pecuniaria será la elegida: única, periódica, etc., garantizada con una garantía hipotecaria, y donde la devolución de este préstamo está condicionada al fallecimiento del contratante. Por el contrario, el contrato de alimentos es un contrato de prestación de servicios, y donde además, se establece una relación personal entre las partes, por lo que ambas asumen obligaciones económicas y personales, dentro de la idea de prestación de asistencia, a diferencia de la hipoteca donde el destino es el aumento de liquidez. La hipoteca inversa, supone, a *sensu contrario*, un negocio jurídico donde no cabe ninguna referencia a la *afectividad*, y donde el solicitante desea obtener exclusivamente una cantidad de dinero, en forma de capital o renta de forma temporal o vitalicia hasta el final de sus días.

El bien transmitido sale de la propiedad del alimentista para convertirse en un derecho de crédito, de difícil ejecución forzosa en especie cuando exista un

²⁵⁵ NUÑEZ ZORRILLA, M^a. C. op. cit., pág. 19; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...* op. cit., pág. 31, resalta también la diferencia entre el contrato de alimentos y la obligación legal de prestar alimentos entre parientes de los arts. 142 y ss. del CC, pues el contrato de alimentos surge de un pacto, y no de la ley como en el caso de prestar alimentos entre parientes.

²⁵⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa*, op. cit., pág. 132.

²⁵⁷ SAP de La Coruña 63/2009 de 13 febrero JUR 2009\190148, donde bajo la apariencia de compraventa se simulaba el contrato de vitalicio, “Según se afirma por los recurrentes, la contraprestación que ofrecían a cambio de los bienes que recibían era el compromiso de prestar “atención y cuidado” a su anciana tía, que no podía ya valerse por sí misma. Y eso, en Galicia, se llama contrato de vitalicio. Por lo que intentar nominar el contrato subyacente no es una irregularidad por parte de la Juzgadora de instancia, como se sostiene por los recurrentes. Aunque sea cierto que lo esencial es que exista una causa subyacente, verdadera, lícita y acreditada, cualquiera que sea la denominación del contrato, o que se trate de un contrato innominado”.

incumplimiento de la misma²⁵⁸. No obstante, el contrato de alimentos podría variar su contraprestación, y convertirse en el pago de una renta, de acuerdo con el art. 1792 del CC, cuando se produzca alguna circunstancia grave que impida la pacífica convivencia entre las partes, pero esta eventualidad, siempre supone una excepción causada por una situación no deseable.

A pesar de que ambos contratos comparten muchas características puesto que son contratos típicos, consensuales, bilaterales, onerosos, realizados *intuitu personae*, el contrato de alimentos se define por ser un contrato aleatorio, donde su extensión temporal depende de un factor futuro e incierto, la vida del alimentista²⁵⁹, y el art. 1793 del CC excluye la proporcionalidad de la prestación de alimentos contractuales respecto las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe.

4.2. ACOGIMIENTO FAMILIAR

Podemos mencionar una figura muy similar al contrato de alimentos, pero con un mayor componente altruista y de solidaridad pues solamente una de las partes está obligada a la prestación de asistencia, la familia receptora del acogimiento familiar, no hay una contraprestación pecuniaria por parte del acogido. La figura del acogimiento familiar de menores de edad se regula en los arts. 172 y ss., del CC; por el contrario, el acogimiento de personas mayores es prácticamente desconocido en nuestro ordenamiento común²⁶⁰. La única normativa estatal que reconoce la institución es la Ley 39/1999 de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral que a través de la modificación del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, reconociendo un periodo de excedencia a los trabajadores para atender al cuidado de un familiar.

²⁵⁸ PEREÑA VICENTE, M., “La protección de la vivienda habitual...”op. cit. pág. 5. Señala cuáles son los peligros de este contrato cuando el bien que se transmite es vivienda habitual, ya que la Ley prevé dos mecanismos de protección: la condición resolutoria y la hipoteca en garantía de prestaciones periódicas, que deben pactarse expresamente. Si así fuera, sería posible en caso de incumplimiento una recuperación de la vivienda por la vía de la ejecución de la hipoteca, no siendo posible la recuperación directa de la misma por la prohibición en nuestro ordenamiento del pacto comisorio.

²⁵⁹ LLAMAS POMBO, E., op. cit. pág. 208.

²⁶⁰ RANCAÑO MARTIN, A. “Las medidas fiscales de protección a nuestros mayores en el IRPF” *Quincena Fiscal Aranzadi*, Núm. 3/2008. Pamplona, 2008. pág. 6.

No obstante, algunas comunidades autónomas sí han publicado normas relativas al acogimiento familiar de personas mayores²⁶¹. En especial en el Derecho catalán se regula el pacto de acogida de personas mayores. Consiste en la vinculación de una persona, una pareja casada o unida de manera estable, o una familia de mono-parental, por razón de la edad o bien de una discapacidad a una persona, pareja casada o unida de manera estable, que deben ser más jóvenes si la acogida es por razón de edad que los que aceptan, en condiciones parecidas a las relaciones de parentesco, a cambio de una contraprestación. El objeto será la prestación de ayuda mutua, compartir los gastos del hogar y el trabajo doméstico de la forma pactada, que debe corresponder a las posibilidades reales de cada parte. Este pacto de acogimiento deberá ser formalizado en escritura pública donde se harán constar las contraprestaciones, derechos y obligaciones que corresponden a cada parte, y las donaciones realizadas por las personas acogidas. Incluso a efectos de derechos sucesorios, si la convivencia ha sido por un periodo superior a cuatro años, tanto en caso de sucesión intestada o testada las personas acogedoras pueden ejercer acciones para recibir una indemnización económica con cargo a la herencia, y en el caso de ausencia de herederos les corresponderá toda la herencia²⁶².

Resulta loable, el intento de mantener a los ancianos en un ambiente familiar y en su medio social habitual, y por lo tanto, se proponen estas alternativas cuando el mayor no pertenece a una familia con la que pudiera convivir.

Podemos definir el acogimiento de personas mayores como *una medida de protección, perteneciente al ámbito de los servicios sociales de atención especializada, que consiste en la integración de un anciano, de modo temporal o indefinido, en el seno*

²⁶¹ OM. 3/1993, de la Consejería de Integración Social de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 12 de enero de 1993, por lo que se establecen las ayudas individuales para el acogimiento familiar de ancianos. Decreto 225/1994, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Galicia, de 7 de julio de 1994, por la que se establece el programa de acogimiento familiar para personas mayores y minusválidos. Decreto 38/1999, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, por el que se regula el programa de acogimiento familiar dirigido a personas mayores. Mientras que otras comunidades como Andalucía y la Comunidad Valenciana, recogen ayudas económicas o favorecen la puesta en marcha del acogimiento.

²⁶² Decreto 284/1996, de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña, de 23 de julio de 1996, mediante el que se regula el sistema catalán de servicios sociales. Más tarde recogido en la Ley 22/2000 del Parlamento Catalán de 29 de diciembre y complementado con la Ley 11/2001 de 13 de julio de Acogida Familiar para Personas Mayores. Igualmente a Ley Foral 34/2002 del Parlamento Navarra, se refiere al pacto de acogimiento establece en su art. 4, que el pacto de acogida consiste en la vinculación de una persona mayor de 65 años a una persona o a una familia que la aceptan en condiciones similares a las relaciones de parentesco.

*de una familia, sin mediar, en ningún caso, lazos de parentesco, por carecer aquél de las más básicas condiciones materiales y afectivas, garantizándose, de esta manera, la convivencia mutua, la salud, la seguridad y el bienestar físico y psíquico*²⁶³.

Cuando se habla de la integración en el seno de una familia, se va más allá del mero alojamiento y dispensación de cuidados físicos²⁶⁴. El objetivo último, al igual que en el contrato de alimentos, se ofrece la posibilidad de tener su propio hogar, entendiéndose por tal un ámbito de convivencia donde puede encontrar todas sus necesidades físicas y afectivas cubiertas²⁶⁵. En estos casos los ancianos deben cumplir unos requisitos de nacionalidad, edad, etc., y la familia acogedora recibe una compensación económica por los gastos ocasionados. Así desde el punto de vista patrimonial, el pago de una retribución, en la legislación navarra, por ejemplo, consistirá en la fijación de un precio, mientras que en la catalana puede consistir en la cesión de bienes muebles, bienes inmuebles o en dinero²⁶⁶. Como vemos esta figura se desarrolla dentro del marco de la asistencia social.

4.3. CESIÓN PARA ALQUILER.

Este contrato está presente en el mercado español, ofrecido por grupos empresariales dedicados a prestar servicios residenciales para mayores, más que por entidades financieras o de seguros²⁶⁷.

Cuando el propietario de una vivienda desea vivir por el resto de su vida, en una residencia para mayores, o en un piso tutelado, u otro alojamiento alternativo, puede ceder la vivienda a una entidad que se encarga de su alquiler y le garantiza unos ingresos al propietario, lo que supone que estamos ante un contrato con carácter vitalicio. De este modo, el propietario continúa siendo titular de su vivienda, no pierde la propiedad de la vivienda y no asume ninguna carga, es decir, mientras que la entidad que gestiona el alquiler de la vivienda

²⁶³ JIMÉNEZ-AYBAR, I.; CAPARROS CIVERA, N. “El acogimiento familiar de adultos mayores en España” www.redadultosmayores.com.ar/buscador/files/FAMIL006.pdf, Zaragoza, 2006. págs. 10 y ss.

²⁶⁴ PEREÑA VICENTE, M. *Asistencia...* op. cit., págs. 179 y ss.

²⁶⁵ MORENO FLÓREZ, R. M., “Acogimiento de menores y de personas mayores: nuevas formas de convivencia”, en Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias, VV.AA. Coord. Javier Gómez Gállego. Editorial Aranzadi. Tomo II. Pamplona. 2008. pág.646, señala que se propician situaciones cuasifamiliares con obligaciones para las partes y efectos para la situación, que van más allá de la normativa que las regula, abordándose entendiéndose de forma sucinta, qué se entiende por familia.

²⁶⁶ MORENO FLÓREZ, R. M., op. cit. pág. 661.

²⁶⁷ HERRANZ GONZÁLEZ, R. “Hipoteca Inversa...”, op. cit., pág. 11.

asume el riesgo de que la vivienda esté o no alquilada, y los demás gastos de mantenimiento de la misma. El propietario tan sólo cede la explotación, el uso de la vivienda, reservándose la propiedad de la misma²⁶⁸. Este contrato siempre implica el abandono de la vivienda por el propietario para que sea alquilada por un tercero, mientras que él pasa a ser consumidor de un producto residencial más adecuado a sus necesidades.

La filosofía del producto resulta muy adecuada para quien no desee vivir en su domicilio habitual. El principal inconveniente que plantea, es su dependencia del mercado del alquiler, que no siempre es estable, y no siempre será posible mantener al alza la actualización de la renta, de este modo el compromiso sólo puede mantenerse cuando las rentas prometidas al propietario son relativamente bajas. En materia fiscal, la obtención de estas rentas estaría sujeta al impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, IRPF, como rendimientos de capital inmobiliario, con una retención del 8%, de acuerdo con la Dirección General de Tributos, el alquiler si supone un ingreso a efectos de IRPF, puesto que la DGT no lo considera como una disposición de la vivienda habitual²⁶⁹.

Y, como hemos comentado, el destino de esta figura es complementar una renta a una persona que no desea residir en su vivienda, a diferencia de la hipoteca inversa, sino que bien porque prefiere o requiere otro tipo de residencia donde se pueda beneficiar de servicios asistenciales.

4.4. CENSO RESERVATIVO

En estos casos, el dueño pierde la propiedad del inmueble y con ella la posesión, reservándose el derecho a percibir sobre el mismo una pensión o canon anual, que puede ser vitalicio o indefinido. La naturaleza de esta figura como derecho real impone sobre la finca la carga del pago de forma permanente y consustancial mientras no tenga lugar la redención. La adquisición del inmueble por un nuevo titular, ya sea a título gratuito u oneroso, mantiene la obligación del pago de la pensión. Quien constituye el censo -censualista- mantiene una acción

²⁶⁸ ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía, “La hipoteca inversa y otros productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores”, en *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*. DÍAZ PALAREA, M^a Dolores y SANTANA VEGA, Dulce M^a. Coords. Editorial Reus, S.A. Madrid, 2008. pág. 209.; igualmente, BERROCAL LANZAROT, A. I. op. cit., pág. 136.

²⁶⁹ Ver Consulta de la DGT, V 0943-08.

personal contra el censatario para obtener el cobro de la pensión, sin perjuicio de la acción real dirigida sobre la finca gravada. Ante el impago de la deuda, el censalista tiene potestad para dirigirse contra la finca y cobrarse con el producto de la enajenación. Así pues, el inmueble sujeto al censo garantiza el cobro de la pensión, como el inmueble hipotecado el cumplimiento de la obligación asegurada por la hipoteca. Esta carga impuesta sobre la propiedad puede concluir transcurrido un tiempo, según fija el art. 1608 del CC. Así, se puede establecer que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censalista, constituyente del censo, o durante un plazo no superior a sesenta años. Este plazo supone un cálculo temporal suficiente para cubrir las necesidades de una persona.

Quizás la figura que más se parece, dentro de las que vamos a tratar, sea el contrato de renta vitalicia. Si bien el objetivo de ambas es conseguir una renta vitalicia para el censalista o acreedor del derecho, la principal diferencia radica en que el censo une la obligación del pago de la renta a la propiedad del inmueble, mientras que el contrato de renta vitalicia queda vinculada la obligación del pago de la renta como contraprestación por la transmisión del inmueble.

El censo tiene en común con la hipoteca inversa su faceta de naturaleza de derecho real y de la conversión del valor de un inmueble en dinero, pero el principal inconveniente del censo es la pérdida de la propiedad, el inmueble sale del patrimonio del censalista para integrarse en el del censatario y, no solamente eso, sino que también cesa en el disfrute del bien que pasaría a las nuevas manos²⁷⁰.

Muy similar al censo tendríamos, el violario, o *pensión para vivir*, anteriormente mencionado, que implica la constitución de un derecho a una pensión vitalicia a cambio de un capital que se transmite²⁷¹.

4.5. HIPOTECA PENSIÓN Y VIVIENDA PENSIÓN.

En el anteproyecto de ley 41/2007 se contemplaban otras dos figuras hipotecarias, dos hipotecas distintas de la hipoteca inversa denominadas hipoteca pensión y vivienda pensión.

²⁷⁰ ANGUITA RÍOS, R. M. “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”. *Diario La ley*, Núm. 6875. Febrero 2008. págs. 13 y ss.

²⁷¹ ROCA GUILLAMÓN, J. op. cit., pág. 664.

4.5.1. Hipoteca-pensión.

La hipoteca pensión consiste en la suscripción de un crédito hipotecario garantizado con la vivienda destinando el importe obtenido a la contratación de un seguro de pensión vitalicia. Por lo tanto, consiste en hipotecar la vivienda y, con el dinero obtenido de esta hipoteca, constituir una pensión vitalicia, que permite al propietario mejorar su nivel de vida y hacer frente al pago de los intereses de la hipoteca²⁷². Se trata de un negocio complejo con una sola causa, que es garantizar al beneficiario una cantidad de dinero periódica hasta su fallecimiento²⁷³. La Enmienda núm. 65 del Grupo Parlamentario Catalán, Convergència i Unió define la hipoteca-pensión asegurada como un contrato de seguro de renta inmediata, vitalicia o temporal, donde se conviene el aplazamiento del pago de la prima a una fecha posterior al inicio del cobro de la renta o bien al fallecimiento del asegurado, y que quede garantizado el pago de dicha prima mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual²⁷⁴. La Enmienda núm. 65 detalla de forma prolija la figura, y justifica la misma como un negocio donde al ser de naturaleza vitalicia el beneficiario mayor de 65 años se encuentra protegido²⁷⁵. Es decir, su finalidad es dotar al beneficiario de ingresos hasta su fallecimiento, situación que puede no darse en la hipoteca inversa regulada en la Ley, donde puede haber agotado sus prestaciones antes del fallecimiento.

La hipoteca estará siempre en un período de carencia de amortización del capital hasta que fallezca el propietario, sin que, hasta entonces, genere ningún derecho para la entidad financiera. Acaecida la muerte del deudor, los herederos tienen las mismas opciones que en la hipoteca inversa: hacer frente a la deuda con la venta del inmueble o heredar la propiedad y asumir la deuda. La principal desventaja sigue siendo la misma, común a este tipo de operaciones: la fiscalidad, ya que las rentas procedentes de un seguro tributan por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aunque hubiera estado exenta de impuestos su constitución si hubiese prosperado su inclusión en el texto de la Ley 41/2007.

²⁷² ANGUITA RÍOS, R.M. “Regulación...”, op. cit., pág. 12.

²⁷³ SERRANO DE NICOLÁS, A., op. cit., pág. 40.

²⁷⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007. Y enmiendas al Proyecto de Ley, Núm. 127-10 de 21 de noviembre de 2007. <http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro/index>.

²⁷⁵ Aunque en algún momento menciona una renta temporal.

La finalidad de esta hipoteca-pensión era la contratación de un seguro al cual quedan afectas las prestaciones recibidas del crédito garantizado. En la hipoteca inversa las disposiciones periódicas pueden o no destinarse, en su totalidad o parcialmente, a un plan de previsión asegurado. Por lo tanto, aunque no se legisló de forma específica, este contrato no sería más que una de las opciones que puede elegir el solicitante de una hipoteca inversa, la del cobro de su prestación en forma de capital al inicio destinada a la contratación de un seguro de renta vitalicia.

4.5.2. Vivienda-pensión.

Otra propuesta parlamentaria fue la vivienda-pensión (o seguro vivienda pensión) tanto por la Enmienda núm. 64 del GP Catalán, Convergencia i Unió, como la Enmienda núm. 105 del GP Popular, ambos intentaban incluir el mayor número posible de soluciones para que las personas mayores y dependientes pudieran hacer líquido su patrimonio, en este caso la vivienda-pensión se definía como *“el contrato de seguro en virtud del cual el tomador trasmite la titularidad o la nuda propiedad de su vivienda habitual a una entidad aseguradora a cambio de una renta vitalicia asegurada, pudiendo pactarse o no en el contrato de seguro el derecho del transmitente al uso o usufructo o derecho de habitación de la misma hasta su fallecimiento y siempre que el transmitente sea una persona de edad igual o superior a 65 años o afectada de dependencia severa o gran dependencia...”*.

De modo que se define como un contrato mediante el cual una entidad aseguradora, a cambio de la adquisición de la propiedad de un bien inmueble, se obliga a entregar un capital durante la vida de una o dos personas, en el caso de reversión de rentas a un beneficiario. Ahora bien, aún cuando por causa de este contrato tiene lugar la transmisión del dominio de un bien, nada impide que en el mismo pueda establecerse un usufructo vitalicio a favor del pensionista, de forma que el adquirente asuma en principio únicamente la nuda propiedad. Se trata de un negocio muy complejo, al que no todas las entidades están dispuestas, puesto que hay que asumir la titularidad de un inmueble con un usufructuario, que limita la disposición del mismo por tiempo indeterminado, y en todo caso limita el importe de la renta de contrapartida. De acuerdo con ÁLVAREZ ÁLVAREZ, esta figura resulta complicada, y abre la posibilidad de una cesión del derecho de usufructo a un tercero, además de ser fiscalmente poco atractiva²⁷⁶. En cierto

²⁷⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa*, op. cit., pág. 130.

modo desnaturaliza la finalidad de una entidad aseguradora, que no es la adquisición de bienes inmuebles como contrapartida a la contratación de un seguro.

No obstante, como hemos indiciado ninguna de las dos posibilidades, ni la vivienda pensión, ni la hipoteca pensión llegó a plasmarse en la Ley 41/2007. No obstante, se estableció en la Disposición Adicional Cuarta sobre el “...aseguramiento de rentas futuras provenientes de las cantidades recibidas con la hipoteca inversa”, la posibilidad de contratación con ventajas fiscales de un plan de previsión asegurado, quizás como vestigio de unas hipotecas que no vieron la luz parlamentaria: “...con las disposiciones periódicas que pueda obtener el beneficiario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa podrán destinarse, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado”.

Algunos autores, entidades o residencias la denominan también como renta-vivienda o renta vitalicia sobre la vivienda. Parte de la doctrina no recomienda la contratación de esta figura para personas con hijos, puesto que la operación no se puede deshacer y por lo tanto no se puede recuperar la nuda propiedad de la vivienda²⁷⁷.

4.6. CONTRATO DE RENTA VITALICIA

La renta vitalicia posee una larga trayectoria histórica en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en los Derechos civiles forales, como en el territorio común. El contrato de renta vitalicia, de acuerdo con lo previsto en los arts. 1802 a 1808 del CC²⁷⁸, es aquel en el que una persona a cambio de la entrega de un capital en bienes muebles e inmuebles se obliga a realizar una prestación periódica limitada a la vida de una o varias personas consistente en una cantidad de dinero o cosas fungibles²⁷⁹. El deudor será la persona física o jurídica a quien se ha transferido la propiedad del bien, y el acreedor será la persona o personas receptoras de la renta²⁸⁰. Supone la salida de la persona mayor de su vivienda

²⁷⁷ ESTUPIÑÁN CÁCERES, R. op. cit., pág. 208.

²⁷⁸ Art. 1802 del CC establece que “el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión.” Y a su vez el art. 1803 del CC, permite la constitución de una renta a favor de varias personas.

²⁷⁹ TORAL LARA, E., *El contrato de renta vitalicia*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca 2008. pág. 105.

²⁸⁰ Como señala BADENAS CARPIO, J. M., *La renta Vitalicia Onerosa: Estudio jurisprudencial y breve ensayo doctrinal*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1995. pág. 130. En la

habitual, salvo que se reserve el usufructo de la misma, en cuyo caso la renta obtenida será menor, al ser minorada en función del valor que correspondiera al usufructo. Como vemos, la diferencia con el contrato de alimentos va a ser que aquí se obtiene una renta, en lugar de una atención personalizada²⁸¹.

En primer lugar, este contrato generalmente se realiza entre un particular y algunas instituciones o personas físicas cercanas al rentista, en su mayor parte entre familiares²⁸². De modo que hablamos de un contrato oneroso que se desarrolla en el ámbito privado y personal. Este va a ser un primer punto de diferencia con la hipoteca inversa donde una de las contrapartes va a ser siempre una entidad financiera o aseguradora. Así mismo, TANTO EL ADQUIRENTE DEL PATRIMONIO, COMO EL PERCEPTOR de la renta no van a tener ningún límite de edad en el caso de la renta vitalicia. Y también a diferencia de la hipoteca inversa, ya que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de libertad de forma, sería plenamente válido el contrato de renta vitalicia, si se celebra en documento privado, o incluso verbalmente²⁸³.

En este sentido, la hipoteca inversa se podría considerar como una evolución de la institución de la renta vitalicia adaptando la esencia o razón de ser de esta figura de forma que las entidades de crédito puedan ser parte en este tipo de negocio jurídico sin incurrir en la prohibición del pacto comisorio previsto en el artículo 1858 del Código Civil. El legislador ha querido dejar la hipoteca inversa, debido a su complejidad, en manos de profesionales, de instituciones con una regulación muy reglada y supervisada, con una solvencia probada, y verdaderos especialistas tanto en préstamos o créditos, como en rentas y en seguros; y al mismo tiempo ha convertido la hipoteca inversa en un contrato que nace en el mundo mercantil, alejado del mundo civil y privado de los contratos entre particulares. Evidentemente se busca una mayor seguridad jurídica para el mayor de 65 años que va a hipotecar su patrimonio a cambio de unas prestaciones, y no dejarlo pendiente de la buena fe, y la solvencia a lo largo de los años, de un particular. TORAL LARA resalta la posibilidad de que entre particulares, familiares exista el “cariño” u otras causas por las que una parte esté dispuesta a perder dinero en el caso de que se produjera un desequilibrio entre las

renta vitalicia habrá que distinguir entre los sujetos que ocupan el lugar de las partes contratantes y el sujeto que aparece en el contrato como beneficiario de las rentas.

²⁸¹ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 27.

²⁸² TORAL LARA, E., *El contrato...*, op. cit., pág. 164.

²⁸³ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 126., aunque se aconseja que se realice en escritura pública.

prestaciones²⁸⁴. A parte de la visión idílica que se pueda tener de la familia o los amigos, las entidades de crédito efectivamente no contratan operaciones que no vayan a ser rentables *a priori*. Pero en todo caso, a mi contraparte en cualquier negocio jurídico oneroso, y más cuando es tan complejo como una hipoteca inversa o una renta vitalicia lo que le debo pedir es solvencia y cumplimiento de las prestaciones. Cualquier negocio jurídico oneroso se dificulta más si le añadimos un matiz sentimental.

Al mismo tiempo, la hipoteca permite al hipotecante disponer del capital de la forma que más le convenga en cada momento: renta temporal, vitalicia, suspender las disposiciones, establecer disposiciones con revalorización, etc.

La gran ventaja que ofrece la hipoteca inversa frente a la renta vitalicia, es que el patrimonio familiar será consumido únicamente en la parte necesaria para atender las necesidades del deudor hasta su muerte. Es decir, la garantía hipotecaria permite no realizar la venta del bien. Por otro lado, cuando en la hipoteca inversa se habla de renta vitalicia, no se trata de un contrato de renta vitalicia, sino de una fórmula matemática de disposición, de forma que al fallecer el pensionista el crédito se deja de disponer, y por lo tanto los herederos deberán devolver a la entidad financiera únicamente la parte de capital de que dispuso el deudor antes de su fallecimiento. Este tipo de disposición, elimina la incertidumbre de que el deudor fallezca al poco tiempo de firmarse la operación. Por el contrario, en un contrato de renta vitalicia, los herederos perderían el capital sin haber sido disfrutado por el pensionista. Solamente se considera nulo el contrato de renta vitalicia, de acuerdo con el art. 1804 CC, si la muerte se produce en los 20 días siguientes a la fecha de otorgamiento del contrato. TORAL LARA señala que la renta vitalicia tiene “...*un alea equilibrada que otorga tantas posibilidades de salir beneficiado como perjudicado en el contrato*”²⁸⁵. Pero en realidad se trata de un contrato aleatorio. Por el contrario, la hipoteca inversa busca mitigar el riesgo en lo posible, eliminar el riesgo de que el fallecimiento anticipado del solicitante trunque el hecho de que la vivienda continúe en manos de sus herederos, lo que no significa que sea una figura carente totalmente de riesgo.

²⁸⁴ TORAL LARA, E., “Hipoteca...” op. cit., pág. 1871.

²⁸⁵ TORAL LARA, E., “Hipoteca...” op. cit., pág. 1867.; igualmente, BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 125, resalta como se trata de un negocio aleatorio o de suerte, pues la duración del contrato depende de la vida que se haya tomado como módulo que puede ser muy larga o muy corta.

Una figura muy similar al contrato de renta vitalicia hubiera sido la citada anteriormente vivienda pensión, donde con el importe recibido por la transmisión de la nuda propiedad el rentista establecería una renta vitalicia. Señala TORAL LARA a esta hipoteca como una posible adaptación del contrato de renta vitalicia²⁸⁶. Pero debemos tener en cuenta que el valor de una vivienda libre de cargas es superior al valor de una vivienda con una carga como el derecho de usufructo, con lo cual el rentista parte de un capital inferior. Así, por ejemplo, ÁLVAREZ ÁLVAREZ destaca las distintas modalidades de renta vitalicia en función de si se realiza una venta de la propiedad del inmueble, si se preservan el usufructo, si se reserva el arrendamiento de la vivienda, etc.²⁸⁷

Así mismo, la fiscalidad del contrato de renta vitalicia resulta gravosa frente a la no sujeción al impuesto de IRPF de las prestaciones de la hipoteca inversa. La hipoteca inversa, al no constituir transmisión patrimonial alguna, no queda sujeta como en el caso del contrato de renta vitalicia al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales²⁸⁸.

Señala ROCA GUILLAMÓN²⁸⁹ que la constitución de renta vitalicia basadas en la venta de la nuda propiedad de la vivienda no ha gozado de popularidad comercial en España, al menos las constituidas por entidades de

²⁸⁶ TORAL LARA, E. “El contrato de...” “*cuando tal finalidad podría ser satisfactoriamente cubierta mediante el contrato de renta vitalicia. Simplemente dejando clara la legitimación del contrato cuando sólo se trasmite la nuda propiedad de un inmueble como capital, y permitiendo el disfrute del usufructo de la vivienda por parte del rentista, se habría conseguido la finalidad de que éste gozase de liquidez sin perder el uso y el disfrute de la vivienda mientras viva.*”, op. cit., pág. 163.

²⁸⁷ Para mayor desarrollo, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 27: Renta vitalicia con arrendamiento, donde se formaliza un contrato de arrendamiento que permite al transmitente residir en la vivienda percibiendo una renta vitalicia, descontando el importe del arrendamiento de la vivienda; Renta vitalicia con desembolso inicial: se cede la propiedad de una vivienda a una entidad financiera y se conserva el uso y disfrute, percibiendo una importante cantidad inicial y además una renta mensual vitalicia; Renta vitalicia para atención en residencia, se transmite una vivienda a la sociedad que garantiza una plaza en una residencia hasta el fallecimiento del propietario; Renta vitalicia con prima única: se vende la vivienda y con el dinero obtenido se constituye una prima única en una compañía de seguros, la cual paga una renta vitalicia al vendedor de la vivienda; Renta vitalicia con compraventa de nuda propiedad: se cede la nuda propiedad de la vivienda a cambio de la percepción de una renta vitalicia, se establece un derecho de usufructo por el cual el transmitente de la vivienda puede continuar residiendo en ella recibe además una renta vitalicia, de la que se descuenta el valor del usufructo, es decir, se paga sólo la nuda propiedad.

²⁸⁸ DGT. V 1716-08: “*en definitiva, la constitución de una hipoteca inversa conforme a los términos establecidos en las normativas señaladas, conllevará que la percepción del importe del préstamo o crédito derivado de la misma no generará rentas sujetas al Impuesto*”; ZURITA MARTIN, I., “La nueva...”, op. cit., pág. 1309.

²⁸⁹ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 662.

crédito, que son de las que existen datos estadísticos, apuntando la reticencia a la pérdida de la titularidad dominical de la vivienda, y su reducida práctica ha retrocedido aún más tras la comercialización de la hipoteca inversa²⁹⁰.

Recordemos que nada tiene que ver este contrato de rentas vitalicias, con el seguro de rentas vitalicias, que veremos más adelante como un contrato de seguro que en muchos casos puede complementar a la hipoteca inversa, pero contratado siempre con una entidad financiera de las establecidas en el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, con una compañía de seguros, basado en un estudio técnico-actuarial, y regulado por toda la legislación específica en materia de seguros.

5. CONTRATOS COMPLEMENTARIOS

Junto a la hipoteca inversa se suelen contratar otro tipo de figuras que ayudan a crear el marco donde se hace más rentable y seguro este préstamo. A través de la contratación de diversos seguros, como de un plan de pensiones se realizan las inversiones necesarias de acuerdo con la visión del futuro de cada uno de los contratantes.

5.1. PLAN DE PREVISIÓN ASEGURADO

Además de las exenciones anteriores, la ley trata de forma especial en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 41/2007, el caso en el cual se destina el capital obtenido con la hipoteca inversa, en su totalidad o parte del mismo, a la constitución de un Plan de Previsión Asegurada²⁹¹. Esta figura es un instrumento de ahorro de carácter privado cuyo objetivo es complementar las prestaciones de la Seguridad Social. Efectivamente, se trata de un seguro de vida ahorro, cuyas

²⁹⁰ De hecho, desde que se inició la comercialización de la Hipoteca Inversa, la “Renta Vitalicia Inmobiliaria” ha ido cediendo terreno frente a aquella: De una muestra de 2.212 casos, el 78% se inclinó por la Hipoteca Inversa y el 22% por la Renta Vitalicia a cambio de la “Nuda Propiedad” CONSULTORA OPTIMA MAYORES, “Informe Anual Hipoteca Inversa 2008” e “Informe Anual Hipoteca Inversa 2009”

²⁹¹ Del mismo modo se ha recogido en otras legislaciones forales esta excepción como Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 2007 de Álava, Norma Foral 3/2007, de 29 de enero, que en su DA tercera remite a la forma de aplicación del art. 39.1.; o Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de Navarra de 2008, Decreto Foral Legislativo 4/2008, de 2 de junio.

prestaciones se reciben en el momento de la jubilación, con una rentabilidad asegurada y con idénticas ventajas fiscales que los planes de pensiones individuales. La ley asimilará la inversión del importe del préstamo en este producto, a la contingencia de jubilación prevista en la letra b del apartado 3 del artículo 51 de la citada Ley 35/2006, la situación de supervivencia del tomador una vez transcurridos diez años desde el abono de la primera prima de dicho plan de previsión asegurada²⁹².

De acuerdo con el art. 51.3 de la Ley 35/2006 de IRPF, los planes de previsión asegurados se definen como contratos de seguro, donde el hipotecante será el tomador y deberá ser a su vez, asegurado y beneficiario, salvo en el caso de fallecimiento, podrá generar derecho a prestaciones a otros beneficiarios como si de un Plan de Pensiones se tratase. Las contingencias cubiertas deberán ser las mismas que un Plan de Pensiones y tener como cobertura principal la prestación de jubilación. Sólo se permitirá la disposición anticipada, total o parcial, en estos contratos en los mismos supuestos previstos para Planes de Pensiones, enfermedad o desempleo de larga duración. Este tipo de seguros tendrá obligatoriamente que ofrecer una garantía de interés, y utilizar técnicas actuariales en su funcionamiento. En el condicionado de la póliza constará de forma expresa y destacada que se trata de un Plan de Previsión Asegurado y que la movilización de la provisión matemática o de los derechos consolidados sólo podrá efectuarse con destino a otro Plan de Previsión Asegurado, no permitiendo su traslado a otro tipo de instrumento de previsión social, como sería un plan de pensiones que no ofrece, de forma general, rendimientos fijos, sino que su rentabilidad dependerá del comportamiento de los activos financieros que haya contratado en el mercado. De ahí que el Plan de Previsión Asegurado esté especialmente indicado para personas interesadas en evitar cualquier tipo de

²⁹² Ley 41/2007, DA4ª: “Aseguramiento de rentas futuras por la constitución de una hipoteca inversa. Las disposiciones periódicas que pueda obtener el beneficiario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa podrán destinarse, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado, en los términos y condiciones previstos en el apartado 3 del artículo 51 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. A estos efectos, se asimilará a la contingencia de jubilación prevista en la letra b del apartado 3 del artículo 51 de la citada Ley 35/2006, la situación de supervivencia del tomador una vez transcurridos diez años desde el abono de la primera prima de dicho plan de previsión asegurado. La provisión matemática del plan de previsión asegurado no podrá ser objeto de movilización a otro instrumento de previsión social, ni podrán movilizarse a aquél los derechos consolidados o las provisiones matemáticas de otros sistema de previsión social”.

riesgo en su ahorro, bien porque estén cercanos al momento de su jubilación o por su perfil conservador²⁹³.

En la DA cuarta de la Ley 41/2007, la ley permite que todo el importe obtenido por la hipoteca inversa o parte de las disposiciones periódicas, se aporten a un PPA, a pesar de que en la mayoría de los casos el tomador de este seguro va a ser un sujeto que ya ha traspasado la edad de jubilación. Cada aportación realizada tendrá la desgravación en la base imponible del impuesto de la renta de una aportación común a los planes de pensiones, y no se permitiría el rescate como jubilación hasta pasados 10 años desde la primera aportación. Recordemos que el rescate de este PPA formalizado tras el año 2007, no cuenta con las ventajas que tenían las aportaciones a los planes de pensiones realizadas antes del año 2006, que disponen de un exención del 40 por ciento en el caso de rescate en forma de capital. En resumen, cuando al cabo de 10 años se rescaten las aportaciones realizadas al PPA tributarán como rentas del trabajo, añadiéndose al importe de la base imponible.

Resulta sorprendente que el legislador fomente las aportaciones a un PPA de una persona mayor de 65 años, por lo que cabe preguntarse si es posible la aportación a planes de pensiones y, por lo tanto, a planes de previsión asegurada tras la edad de jubilación, como es el caso de los solicitantes de hipoteca inversa. Según el criterio de la DGT, una vez acaecida la contingencia de jubilación se pueden seguir realizando aportaciones a planes de pensiones para la contingencia de jubilación y beneficiarse de la reducción en el gravamen en el IRPF²⁹⁴. La DGT, de acuerdo con el art. 11 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, RD 439/2007, señala que a partir del acceso a la jubilación, se permite al partícipe seguir realizando aportaciones al plan de pensiones. No obstante, una vez iniciado el cobro de la prestación por jubilación, las aportaciones sólo podrán destinarse a las contingencias de fallecimiento y dependencia. Por este motivo la DA cuarta de la Ley 41/2007, permite el rescate a los 10 años de las aportaciones realizadas con la disposición de una hipoteca inversa.

Con respecto a la hipoteca inversa el legislador con esta medida fiscal pretende dos cosas. En primer lugar, primar fiscalmente la fórmula de

²⁹³ PACHECO JIMÉNEZ, M. N., op. cit., pág. 8.

²⁹⁴ Consulta vinculante de fecha 11 de mayo de 2009 DGT, V1039-09: “...Por tanto, una vez acaecida la contingencia de jubilación se podrá seguir realizando aportaciones a planes de pensiones para la contingencia de jubilación, siempre y cuando no se haya iniciado el cobro de la prestación correspondiente a dicha contingencia. A partir del momento en que se inicie dicho cobro, las aportaciones únicamente podrán destinarse a las contingencias de fallecimiento y dependencia.”

disposición que ofrece más seguridad al deudor, un seguro de rentas futuras que le garantice unos ingresos, en este caso, en forma de verdadera renta financiera que suponga el resultado del capital invertido más la rentabilidad obtenida por ese capital a lo largo del tiempo. Y en segundo lugar, persigue diferir el cobro de las disposiciones durante 10 años. Cabe preguntarse por qué diez años, a lo que algunos autores contestan que el legislador parece tener en cuenta que la persona mayor prevea la pérdida de poder adquisitivo de su pensión en el tiempo²⁹⁵. Efectivamente, no deja de ser una fórmula para garantizar ingresos más allá de los primeros diez años de vigencia del préstamo hipotecario. Con este PPA específico se intenta que, cuando el contrato de préstamo contemplase límite temporal en el pago de la pensión, y no estuviera complementado con un contrato de seguro de *pensión vitalicia diferida* o, aún vinculándose tal contrato de seguro, se hubiese pactado el *importe constante de la pensión*, el beneficiario pueda intentar corregir el resultado aportando una parte de la prestación corriente de la hipoteca inversa a este PPA.

De hecho la introducción de este instrumento financiero no estaba contemplada en el Proyecto inicial, pero la Enmienda núm. 106 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso propone la modificación del art. 7 de la Ley 35/2006 de IRPF, intentando proteger a los solicitantes como personas mayores o dependientes fomentando fiscalmente las rentas vitalicias aseguradas, intentando eliminar el riesgo de longevidad y, así mismo, el riesgo de inversión con un instrumento de tipo de interés asegurado²⁹⁶. Como hemos visto introdujo el concepto, que se materializó en una enmienda de adición pactada por varios grupos parlamentarios.

Realmente, la Ley lo único que asegura al participe del PPA es que puede rescatar a los diez años, como prestación de jubilación aunque lleve jubilado más años, porque durante esos 10 años las aportaciones al PPA van a tener la misma fiscalidad que otro plan de pensiones, ya que en general hablamos de mayores de 65 años que podrán deducir la menor de las siguientes cantidades: 12.500 euros o

²⁹⁵ LECINA GRACIA, J. M., “Hipoteca inversa y revalorización... op. cit., pág. 101: “La prestación de este PPA específico sólo puede ser dispuesta por el Beneficiario que lo contrata a partir de transcurridos 10 años de la primera aportación, por lo que se entiende que el objetivo que se intenta es facilitar que el Beneficiario prevea la pérdida de valor adquisitivo de la pensión en el tiempo, cuando el importe de la pensión se mantenga nominalmente constante en toda la vigencia de la operación, que es lo frecuente en las hipotecas inversas que se comercializan”.

²⁹⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007.

el 50% de sus ingresos en la base de IRPF, y de personas con discapacidad que podrán deducir hasta un máximo de 24.500 euros²⁹⁷.

Esta excepción de la DA cuarta, respecto a los PPA consideramos que se debe aplicar a los dos supuestos posibles de hipoteca inversa, la que se constituye sobre la vivienda habitual o la que se constituye sobre cualquier otro inmueble, puesto que la ley no distingue que este beneficio sea aplicable exclusivamente cuando se trate de vivienda habitual; al utilizar una disposición adicional diferente el legislador obvió este punto. Aunque tampoco entre la doctrina existe unanimidad de criterios²⁹⁸. Lo más lógico será que donde la ley no distingue, nosotros tampoco lo hagamos, y se beneficien también las hipotecas de segundo nivel.

5.2. SEGURO PRIVADO DE DEPENDENCIA

La Disposición Adicional Tercera, de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las Personas en situación de Dependencia instrumenta la cobertura de la misma a través de seguros de Dependencia. Estos seguros se contratarán a través de entidades aseguradoras y mutualidades de previsión social, e igualmente la norma habilita a que los planes de pensiones en general incluyan esta cobertura de dependencia entre sus prestaciones y sus causas de rescate, de modo que serán efectivas si así lo recogen de forma expresa en sus particulares Especificaciones.

En el caso de que sea el Plan de Pensiones quien cubra esta contingencia de dependencia, la prestación no será de tipo asistencial²⁹⁹. Por el contrario, será más lógico pensar en una prestación pecuniaria, o más bien en un adelanto en el

²⁹⁷ Los beneficiarios de estos sistemas de previsión social de discapacitados son las personas con discapacidad con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100, psíquica igual o superior al 33 por 100, así como las personas cuya incapacidad se halle reconocida judicialmente, cualquiera que sea su grado; de esta forma, el beneficio se extiende en la nueva Ley a los discapacitados psíquicos con un grado de minusvalía del 33 por 100 y se especifica la asimilación de los incapacitados judiciales, igualándose, de esta manera, la situación financiera y fiscal de estos «Planes».

En lo relativo a las aportaciones que reducen la base imponible, se ha incrementado a 10.000 € el importe máximo que pueden realizar los familiares del discapacitado, antes era de 8.000 €, y sin perjuicio de las aportaciones que pueda realizar el contribuyente; pero se sigue conservando para el conjunto de todos los sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad el límite de 24.250 €.

²⁹⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa*, op. cit., pág. 113. opina que se aplicará únicamente cuando la hipoteca se constituya sobre vivienda habitual, mientras que SERRANO NICOLÁS, opina lo contrario, que sobre cualquier inmueble.

²⁹⁹ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 333.

momento de cobro de las prestaciones, bien en forma de capital o renta al momento de reconocimiento de la dependencia, similar al caso de incapacidad, en lugar de esperar a la llegada a la edad de jubilación para rescatar sus derechos consolidados.

Pero todavía el incipiente mercado español del seguro de dependencia apenas existe, frente a otros países donde la conciencia de necesidad social, unida a la legislación fiscal y a la cobertura pública de la dependencia ofertada, ha provocado un desarrollo muy dispar en cuanto al contenido de este tipo de seguro de unos países a otros³⁰⁰.

El país con mayor número de contrataciones en este tipo de seguros es Estados Unidos, donde la protección pública es de mínimos, y desde 1974, se ofertan seguros privados e individuales, además de estar muy incentivados por el hecho de que la cobertura pública tan solo sea temporal³⁰¹. Francia, es el segundo mayor mercado para este tipo de seguros. La Ley 1997-60 de 24 de enero de

³⁰⁰ www.mapfre.com/documentacion/publico, 9/11/2010. En Reino Unido la mayor parte de las situaciones de dependencia están asumida por la cobertura pública, las administraciones locales financiadas con subvenciones estatales e impuestos locales, otra parte es cubierta por la seguridad social, y la mayor parte de los dependientes reciben atención de cuidadores informales en su domicilio. La cobertura privada es muy pequeña comercializando dos tipos de seguro: el dirigido a personas que gozan de buena salud para su futuro, y el de rentas monetarias dirigido a personas ya dependientes. En Alemania, desde 1985 se comercializa el seguro de dependencia, que puede contener diferentes coberturas: Indemnización diaria por asistencia, reembolso de un porcentaje, hasta un 80% de los gastos hospitalarios y de cuidados a domicilio, y renta diaria más reembolso de costes de asistencia por necesidad de asistencia permanente. No obstante, dada su poca aceptación, las autoridades introdujeron una modalidad de seguro de dependencia obligatorio en la Ley de garantía de asistencia social en caso de dependencia, de 26 de mayo de 1994. En este seguro participan en su gestión entes tanto públicos, como privados. El seguro de dependencia social cubre a casi 72 millones de personas y aparece como un pilar fundamental de la Seguridad Social alemana. Este seguro tiene una financiación propia, diferenciada del resto de la protección social. Mientras que el seguro privado alcanza a más de 8 millones de ciudadanos.

³⁰¹ www.mapfre.com/documentacion/publico, 9/11/2010. Trébol núm. 34. El Seguro de Dependencia II. Experiencia Internacional y Reaseguro. Los seguros de salud se desarrollaron básicamente, por los beneficios fiscales a partir de 1996 y van unidos a seguros de dependencia, son los Tax Qualified LTC plans, siempre limitados temporalmente a unas prestaciones de dependencia como mucho a 5 años. También se han comercializado unidos a seguros de vida, de modo que la cobertura mensual de la dependencia se expresa como un porcentaje del capital por fallecimiento, normalmente un 2%. Así el capital de fallecimiento se va reduciendo a medida que se va consumiendo el mismo por el pago de la prestación de dependencia. La cobertura pública en Estados Unidos, se compone de dos programas asistenciales: Medicare, para personas con recursos que han cotizado previamente un mínimo de 40 trimestres más primas complementarias mensuales y todas las prestaciones están limitadas en el tiempo básicamente 100 días en residencias y 60 días de hospital y Medicaid está destinada a personas sin recursos y cada estado establece sus prestaciones.: MALDONADO MOLINA, J. A., *El Seguro de Dependencia: Presente y proyecciones de futuro*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, pág. 71.

1997 establece la cobertura pública de dependencia *Prestation Spécifique Dépendance*, dirigida inicialmente a personas con bajos ingresos, pero en el año 2001 se introduce la *Allocation Personnalisée d'Autonomie (APA)*, regulada por la Ley 2001-647 de 20 de julio, donde reconoce la prestación con independencia de los ingresos o del número de años de cotización, basta con ser mayor de sesenta años y presentar un determinado grado de pérdida de autonomía³⁰². La cuantía de la asignación no cubre íntegramente el gasto, sino que el dependiente debe hacerse cargo de parte del coste. El objetivo de esta ley es la asistencia del dependiente en su entorno habitual donde se considera que es el lugar más beneficioso para él. Junto a la cobertura pública la ley preveía importantes incentivos fiscales al seguro privado, y se han comercializado muchos contratos a través de seguros colectivos³⁰³.

En España apenas se comercializa quizás por falta de información o porque muchas veces se confunde por su similitud con un seguro de asistencia sanitaria³⁰⁴. El impulso legal en nuestro país ha sido desigual, siempre a través de remisiones en Disposiciones Adicionales en diversas leyes, y en definitiva, teniendo como Derecho supletorio la regulación general de los seguros³⁰⁵. En el

³⁰² MALDONADO MOLINA, J. A., op. cit., pág. 73. donde en 2007 había contratadas 3 millones de pólizas. Se valora el coste por año de una persona dependiente entre 30.000 y 35.000 euros.

³⁰³ SEGUROS MAPFRE. “El Seguro de Dependencia II. Experiencia Internacional y Reaseguro”. Trébol. Núm. 34., www.mapfre.com/documentacion/publico. 9/11/2010.

³⁰⁴ CNP ASSURANCE, es una compañía de seguros francesa extendida por todo el mundo que vende sus seguros principalmente a través de otras entidades financieras. La aseguradora ofrece este seguro a través de siete cajas de ahorros: Caja Canarias, Caja Extremadura, Caixa Laietana, Caixa Manlleu, Caixa Tarragona, Sa Nostra y Caja Ávila.

³⁰⁵ La Disposición Adicional 14 de la Ley 55/1999, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden social, ordenaba al Gobierno la elaboración del régimen jurídico y fiscal del seguro de dependencia, decantándose claramente por la financiación privada. Posteriormente será la Disposición Adicional Tercera, de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia especialmente. La Ley 41/2007 de 7 de diciembre, Ley de Regulación del Mercado Hipotecario y de otras normas del sistema hipotecario y financiero, en su Disposición Adicional Segunda regula el contrato de seguro de dependencia, o la suscripción de planes de pensiones en los que expresamente se contengan en sus especificaciones la cobertura de la contingencia de dependencia. Así. en virtud de la Disposición Adicional segunda de la Ley 41/2007, “*En defecto de norma expresa que se refiera al seguro de dependencia, resultará de aplicación al mismo la normativa reguladora del contrato de seguro y la de ordenación y supervisión de los seguros privados*” y de manera supletoria al régimen jurídico establecido contractualmente, resulta de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, y por último, deben tomarse en cuenta algunos preceptos del Texto Refundido de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y su normativa de desarrollo.

art. 6.1 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se incluye al seguro de dependencia dentro del ramo de vida³⁰⁶. Se configura como un contrato de adhesión, lo que supone una falta de adaptación de los mismos a las necesidades particulares que cada individuo conlleva³⁰⁷. Sin embargo la contratación masiva favorece el tratamiento del riesgo bajo términos actuariales y colectivos. La ausencia casi total de normas dedicadas con carácter exclusivo al seguro de dependencia, hace que la regulación sea notablemente insuficiente, y genera imprecisiones y ambigüedades que requieren ser solventadas³⁰⁸.

La finalidad del seguro de dependencia va a ser la misma que en el resto de seguros: la asunción por parte de la aseguradora del siniestro, en los términos y en los supuestos previstos por la Ley, que consistirá en las consecuencias perjudiciales que genere, la pérdida de la autonomía del asegurado para realizar una serie de actividades de la vida diaria, y la necesidad de la intervención de una tercera persona de manera permanente, o en su caso, la asunción directa de la asistencia, objeto de cobertura³⁰⁹. Estamos pues, ante un contrato bilateral y aleatorio³¹⁰.

Las coberturas de los seguros de dependencia garantizan, generalmente, una renta vitalicia, más un capital adicional para los primeros gastos. Pero puede haber seguros que consistan en una fórmula global o indemnizatoria. Suelen incluir la cobertura de indemnización por fallecimiento, y añaden servicios de asistencia (como ayuda a domicilio, tele-asistencia, selección de profesionales para asistencia personal, segunda opinión médica, sesiones de fisioterapeutas, asistencia geriátrica, etc.).

El principal objetivo de todo seguro privado de dependencia es proporcionar unos ingresos o prestar unos servicios a las personas que han

³⁰⁶ Art. 6.1: *Declarándose a tales efectos que: “El seguro sobre la vida, tanto para el caso de muerte como de supervivencia, o ambos conjuntamente, incluido en el de supervivencia el seguro de renta; el seguro sobre la vida con contraseguro; el seguro de «nupcialidad», y el seguro de «natalidad». Asimismo, comprende cualquiera de estos seguros cuando estén vinculados con fondos de inversión. Igualmente podrá comprender el seguro de dependencia”.*

³⁰⁷ HERAS HERNÁNDEZ, M. M., “El seguro privado de dependencia como mecanismo de previsión voluntaria de la dependencia”. *RCDI*, Núm. 716. Diciembre 2009. pág. 2873.

³⁰⁸ HERAS HERNÁNDEZ, M. M., “El seguro privado...” op. cit., pág. 2887. donde destaca la importancia de una legislación más detallada sobre todo en el tema de la mora del mismo, art. 20 LCS, desistimiento, indemnizaciones, etc.

³⁰⁹ HERAS HERNÁNDEZ, M. M., “El seguro privado...” op. cit., pág. 2874.

³¹⁰ De acuerdo con el art. 1.790 del CC la prestación a la que deviene obligada la aseguradora o mutualidad se hace depender de que acontezca el evento incierto de la dependencia del asegurado en tiempo indeterminado.

perdido su autonomía, pero siempre dentro de la presunción previa de la capacidad de control y capacidad para impartir instrucciones del beneficiario. La constatación de la falta de capacidad para tomar decisiones, obligaría a acudir a los procedimientos judiciales de modificación de la capacidad de obrar con el consiguiente establecimiento de alguna institución tutelar.

5.2.1. Elementos básicos del seguro de dependencia

El tomador, que generalmente coincide con el asegurado, puede ser una persona física, o jurídica -en el caso de una empresa que contrate este tipo de seguro para sus empleados-, cuya edad de contratación generalmente se sitúa entre los 40 y los 65, ya que por encima de esa edad el incremento de precio de la prima haría inviable la contratación, y por debajo, es difícil que el sujeto sienta la necesidad de cubrir este riesgo³¹¹. Sin embargo, la Ley de Dependencia aborda la protección de los dependientes menores de tres años en la Disposición Adicional decimotercera estableciéndose, entre otras medidas, la necesidad de elaborar planes integrales de atención a dependientes menores de tres años, situación a la que deberán adaptarse las compañías de seguros.

Tratándose de un contrato de adhesión, será especialmente importante la información que reciba el tomador antes de la firma del contrato, por lo que se refiere a la comprensión de las correspondientes contraprestaciones que para ambas partes establece el seguro, de modo que el consentimiento del tomador estará basado en un consentimiento plenamente informado, y la póliza será redactada en términos claros y precisos³¹². Resulta de especial relevancia en un contrato donde el tomador siempre será consumidor, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

³¹¹ BLAY BERRUETA, D., “Sistemas...”, op. cit., pág. 67. Por sexos, los estudios realizados en Francia indican la mayor propensión de las mujeres a estas situaciones de dependencia: “*Los resultados obtenidos indican que la probabilidad de caer en situación de dependencia es más alta para las mujeres que para los hombres. Además como se ha demostrado en otros países (en Francia, la expectativa media para una persona dependiente se sitúa entorno a los 2,5 años para los hombres y entorno a los 4,5 para las mujeres) las mujeres suelen vivir más que los hombres en situación de dependencia. En conclusión, la prima es ampliamente superior para las mujeres*”.

³¹² HERAS HERNÁNDEZ, M. M., “El seguro privado...”, op., cit., pág. 2884.

En los países que utilizan este producto, se aconseja que la prima sea periódica, en lugar de única. Esta prima dejará de pagarse en el momento que el asegurado entrase en situación de dependencia. Suele añadirse una revisión del importe de la misma cada 5-10 años, debido al desconocimiento de la evolución de la población dependiente y de sus expectativas de vida, y por lo tanto a una gran incertidumbre en la apreciación de este riesgo.

Determinación del riesgo. Las compañías de seguros establecen un cuestionario de salud para detectar posibles sobreprimas cuando los antecedentes del asegurado denoten posibles riesgos agravados. No se trata de excluir de la contratación a parte de la población, sino de incrementar el importe de la prima en el caso de situaciones de especial riesgo. El tomador deberá informar sobre las circunstancias que sean necesarias para la adecuada determinación del riesgo, (art. 10 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro), además de tener el deber declarar las circunstancias sobrevenidas agravantes. Por lo que la compañía aseguradora necesitará información directa sobre el riesgo y las circunstancias que debe asumir, y será la buena fe de ambas partes quien debe presidir el contrato, confiando en la descripción del riesgo que hace el asegurado³¹³. En este juego de voluntades, será pieza clave el cuestionario que deberá ser presentado por la aseguradora, completo y adecuado para el riesgo que se valora, y contestado por el tomador sin reservas o inexactitud.

El art. 27 de la Ley de Dependencia, en relación con lo dispuesto por el RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia tendrá carácter vinculante para las entidades aseguradoras o mutualidades, por lo que nos servirá a estos efectos, como definición del riesgo asegurado³¹⁴. Cabría preguntarse si es posible la

³¹³ HERAS HERNÁNDEZ, M. M., “El seguro privado...”, op., cit., pág. 2869. La práctica judicial ha concretado casuísticamente qué se entiende por conductas dolosas o culposas en el ámbito del seguro entendiendo que se refiere a conductas basadas en ocultaciones, omisiones, engaños o inexactitudes trascendentes en la adecuada estimación del riesgo, que de haberse conocido por la aseguradora, hubieran sido determinantes para adoptar la decisión de no celebrar el contrato de seguro, o celebrarlo imponiendo condiciones más onerosas para el tomador.

³¹⁴ Se realizará una evaluación de la pérdida de autonomía por el consejero médico del asegurador, en el momento que suceda la dependencia que puede producirse como consecuencia de un accidente, una enfermedad o una demencia senil por lo que se puede pactar delimitar temporalmente la efectividad de las prestaciones debidas sometiéndose a un término inicial, estableciéndose que la pérdida de autonomía comience a cubrirse a partir de los sesenta y cinco años, aunque pueden introducirse cláusulas que adelanten la ejecución de las prestaciones debidas cuando la dependencia se cause por accidente. Generalmente la probabilidad de reactivación de una persona dependiente es prácticamente nula.

contratación de un seguro de dependencia cuando ya ha surgido el riesgo, en contra del art. 4 LCS. Siempre que la aseguradora acepte la contratación, sería posible asegurar el riesgo de que se produzca una agravación de la situación ya existente, como el paso a otro grado de dependencia, con la correspondiente determinación del riesgo en la póliza del seguro³¹⁵.

Respecto a las prestaciones, el seguro se puede plantear como un sistema de capitalización, de modo que llegada una edad previamente fijada, o acontecida la situación de dependencia, se recibe el capital acumulado, o se transmuta en una renta. Si se trata de un contrato de seguro de capital, éste debe quedar perfectamente indicado *ab initio*, en el contrato, así como si se trata de un seguro de renta deberá determinarse la misma y las cláusulas de revisión, y si ésta es de naturaleza temporal o vitalicia. Si la renta se pacta con naturaleza vitalicia, ésta se sucederá a lo largo de la vida del asegurado, de ahí que la supervivencia de la persona dependiente puede determinar un elevado coste para las aseguradoras, difícil de evaluar³¹⁶. Recordemos la temporalidad de estos seguros en EEUU. Si el seguro se contempla en su modalidad de capital o de rentas, aún cuando se hayan introducido índices de actualización, es muy posible que la cantidad recibida por el beneficiario no alcance a cubrir enteramente el coste de la dependencia, más aún si ésta es de larga duración o severa. Por el contrario, se puede establecer que el seguro se realice bajo la modalidad de pago de capital único o indemnizatorio, con una prestación de tracto único. El contrato puede incluir el pago de un capital inicial al producirse la dependencia, destinado por ejemplo, a la reforma del hogar para su adaptación a las nuevas circunstancias. Algunas entidades establecen la posibilidad de una renta revalorizable³¹⁷.

Cuando se haya pactado el seguro bajo la modalidad de prestaciones *in natura* o de servicios, donde la entidad aseguradora asume directa o indirectamente la asistencia se determinará previamente de forma contractual, detallando la calidad e intensidad de la manera más precisa posible, el modo,

³¹⁵ ORTI BUSTOS, J. A., El seguro privado de dependencia. En *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Dtra. María del Carmen García Garnica. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2011. Pág.512.

³¹⁶ Si la prestación es vitalicia, lógicamente se tendrá que controlar la supervivencia del dependiente de forma como mínimo anual, y quizás fuese más aconsejable el control semestral.

³¹⁷ Cada entidad va a aplicar unas condiciones particulares, a título de ejemplo Caja Ávila recoge en su web www.cajadeavila.es “pago adicional único 5 veces el importe de la renta contratada, para poder hacer frente a los primeros gastos originados por la pérdida de autonomía”, o acerca de la revalorización: “Puedes escoger la opción de que tu renta vitalicia se revalorice un 2% anual a partir de la contratación del seguro. Esta opción se aplica tanto en el periodo de pago de la prima como en el de cobro de la renta vitalicia”.

lugar y el tiempo de las prestaciones, a fin de evitar, no sólo auténticos incumplimientos, sino también cumplimientos defectuosos³¹⁸.

Estos contratos suelen añadir unos periodos de carencia. Generalmente se establecen unos plazos diferentes en función del origen de la dependencia, así, no se computaría carencia en el caso de accidente; un año en el caso de enfermedad; y generalmente tres años en el caso de demencia senil o enfermedad degenerativa. Igualmente se establece una franquicia o periodo en el que se establece si el enfermo realmente ha entrado en una situación de dependencia. Es el plazo normal de instrucción del expediente de siniestro, el plazo necesario para certificar la situación.

En algunos contratos, las compañías permiten que el asegurado no pierda el derecho a percibir la prestación, en caso de dejar de pagar las primas antes del plazo fijado en el contrato, el denominado “valor de reducción”. De este modo, en función de los años pagados, conserva el derecho al seguro por un valor de capital garantizado inferior al pactado.

Los aspectos fundamentales que se deben barajar a la hora de establecer actuarialmente el importe de la prima en el seguro de dependencia son: en primer lugar, el periodo de tiempo que transcurre entre la contratación del seguro y el momento en que ocurra el siniestro, en el caso de la situación de dependencia, este periodo puede ser largo. Por otro lado, el coste de los servicios a prestar en el futuro, que pueden variar mucho respecto al coste de los servicios actuales, al momento de la contratación. Y por último, el carácter vitalicio de la prestación. Estos tres aspectos unidos a la falta de datos estadísticos que recojan los índices de dependencia y los índices de mortalidad de las personas dependientes, hacen deseable que se pacten cláusulas contractuales de revisión de tarifas³¹⁹.

En la LAAD, bajo la rúbrica de: “Instrumentos privados para la cobertura de la dependencia”, se ordena al Gobierno que en el plazo de seis meses promueva las modificaciones legislativas que procedan para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia, y que, con el fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios.

³¹⁸ HERAS HERNÁNDEZ, M. M., “El seguro privado...” op. cit., Pág. 2878.

³¹⁹ BLAY BERRUETA, D., “Sistemas...”, op. cit., págs. 44. y 67, “...debido a la falta de datos en España, se ha asumido que la mortalidad de la población dependiente es la misma que la mortalidad de la población general (aunque en algunos países como Estados Unidos se ha demostrado que la probabilidad de fallecimientos de la población dependientes es superior a la de la población general). La consecuencia de esta hipótesis es una posible sobrevaloración del coste del seguro”.

Fiscalmente se ha establecido una deducción del 100% de la prima del seguro en los rendimientos de trabajo, pero dentro de un cómputo global de aportaciones con el resto de productos de protección social, planes de pensiones, planes de previsión asegurada, etc., con un tope de 24.250 €, (art. 53 LIRPF)³²⁰. Este tratamiento fiscal plantea muchas cuestiones. Por un lado, su fiscalidad no debería plantearse como alternativa a la de los planes de pensiones, compitiendo por beneficiarse este tratamiento, cuando su cobertura es diferente. El plan de pensiones es un ahorro constituido para afrontar la jubilación, que en el caso de que el partícipe del mismo falleciera antes de su rescate, el derecho consolidado pasaría a sus hijos, frente al seguro de dependencia, que como todo seguro cubre un riesgo, la situación de dependencia, a la que se podrá llegar o no. Igualmente, resulta curioso que los seguros de dependencia no tengan la misma fiscalidad que los seguros de enfermedad colectivos³²¹.

Con respecto a la fiscalidad de sus prestaciones tanto en forma de capital como en forma de renta tributarán como rendimientos de trabajo, pero resultarán exentas de acuerdo con el art. 51,5 de LIRPF, siempre que se trate de dependencia severa y gran dependencia³²².

Parece que el camino o la alternativa para su implantación va ser su incorporación a otros seguros, como una ventaja más añadida incluyendo esta cobertura en otros seguros de vida o de rentas y, sobre todo, unida a los planes de pensiones³²³.

³²⁰ Art. 53 LIRPF: En lo relativo a las aportaciones que reducen la base imponible, se ha incrementado a 10.000 € el importe máximo que pueden realizar los familiares del discapacitado, antes era de 8.000 €, y sin perjuicio de las aportaciones que pueda realizar el contribuyente; pero se sigue conservando para el conjunto de todos los sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad el límite de 24.250 €.

³²¹ Recordemos que en países como Alemania, un porcentaje del salario se destinaba a este tipo de prestaciones, suscritos por empresarios para sus trabajadores.

³²² Téngase en cuenta que al configurarse estos seguros como instrumentos de previsión social, siempre que cubran exclusivamente el riesgo de dependencia severa o de gran dependencia, artículo 51.5 LIRPF, sus prestaciones quedan cubiertas por la exención hasta el triple del IPREM, junto con las restantes prestaciones de esta modalidad de instrumentos, regulada en el artículo 7, Ley 35/2006.

³²³ MORETÓN SANZ, M^a. F., op. cit., pág. 60: “...este riesgo se encuentra con el elemento añadido de la cronificación de muchas enfermedades inhabilitantes por lo que las incertidumbres con las que se enfrenta a ciertas dudas sobre la soportabilidad de asunción del riesgo por parte de las aseguradoras cuestionan la oferta de este tipo de seguro”.

5.3. CONTRATO DE SEGURO DE RENTAS VITALICIAS Y TEMPORALES

El contrato de seguro de rentas, se trata de un seguro de vida celebrado con una entidad aseguradora, para el caso de supervivencia del asegurado, que de forma inmediata a su contratación o diferida por un espacio de tiempo, ofrece al asegurado una cantidad económica periódica, generalmente mensual, a lo largo de toda su vida -rentas vitalicias-, o por un periodo de tiempo determinado -en el caso de rentas temporales-. Para la contratación del producto, el asegurado paga una prima o capital inicial, en base al cual y en función del sexo y edad del asegurado, a través de cálculos actuariales se determina la cantidad periódica a recibir de forma vitalicia o temporal. Regulado por la Ley de Contrato de Seguro, (art. 83 al 99), comercializado con una entidad aseguradora, a diferencia del contrato de rentas vitalicias.

Esta figura puede ser sustitutiva o complementaria a la hipoteca inversa: una opción sería contratar un seguro de rentas vitalicias o de supervivencia, donde las rentas se pagarán transcurrido un periodo inicial, rentas diferidas. Otra posibilidad es la contratación de este seguro de rentas diferidas como complementario a la hipoteca inversa, es decir, para el caso de que el constituyente supere una edad ya avanzada, tras un periodo de disposiciones temporales del préstamo hipotecario. Por ejemplo, inicialmente con parte del préstamo se suscribe una póliza de seguro de supervivencia. Así, durante los primeros años se realizarán disposiciones del préstamo, por ejemplo de los 70 a los 90 años, y si superase los 90 años el seguro le proporcionara rentas hasta su fallecimiento. Otra opción sería la contratación de una póliza con el importe total del préstamo.

Las entidades que comercializan el seguro de rentas vitalicias suelen estar especializadas en el ramo vida. El importe de la renta mensual vitalicia dependerá principalmente de su edad, sexo, y conforme a estos datos las tablas actuariales de supervivencia serán las que definan los importes de las rentas. Este seguro de supervivencia, garantiza el pago de una renta vitalicia, mientras viva el asegurado³²⁴. En algunas ocasiones, existe la posibilidad de transmitirla al cónyuge en caso de fallecimiento del asegurado, es lo que se denomina

³²⁴ Señala PACHECO JIMÉNEZ, M. N., op. cit., pág. 6, que “la suscripción del seguro de rentas diferidas presenta una importante ventaja, que no es otra que la de garantizar al titular de esta pensión hipotecaria el cobro de por vida de una renta, independientemente de que haya superado el plazo establecido en la hipoteca”.

“reversión” de la renta. Y como consecuencia, uno de los principales problemas que pueden surgir con este tipo de seguros de rentas, similar al caso de los beneficiarios en la hipoteca inversa como persona, igualmente legitimada para el cobro de las cantidades periódicas, o beneficiaria del seguro de rentas vitalicias, es la posibilidad de una estipulación a favor de tercero, con eficacia *post mortem*³²⁵.

En cuanto a su tipología podemos decir básicamente que estas rentas pueden ser: rentas inmediatas, en cuyo caso el asegurado comienza a cobrar de forma inmediata en el tiempo, al mes siguiente a la contratación; y rentas diferidas, donde el beneficiario empieza a cobrar, según se acuerda en el contrato, a partir de una fecha futura determinada. En cualquier caso, la duración del seguro comenzará en la fecha de contratación del seguro hasta el momento de fallecimiento del asegurado, o plazo establecido en su caso. No obstante, hay que señalar que las posibilidades y combinaciones son infinitas en el mercado del seguro: atendiendo al riesgo asegurado: a) seguros para el caso de muerte del asegurado, a favor del beneficiario, b) seguros para el caso de vida o sobrevivencia, a una determinada fecha o edad.

En el caso de un matrimonio, donde la prima del seguro se haya satisfecho a cargo de la sociedad de gananciales, la póliza es transmisible, pero puede haber reclamaciones de los herederos legítimos o acreedores del tomador del seguro³²⁶. Incluso la propia acreedora podría solicitar la nulidad de la figura del beneficiario, pero no exigir en este caso el reembolso de las primas de seguros, puesto que se han cargado en vida del causante contra disposiciones del préstamo autorizadas por la entidad. Efectivamente, la idea de proteger a otra persona puede llevar al tomador del seguro a incluirle como beneficiario, como desconocemos el momento del fallecimiento del tomador, este interés por protegerle puede colisionar con los derechos legítimos de sus herederos.

Puede ocurrir que contratado un seguro de rentas diferidas, si el titular fallece antes de que venza el plazo fijado en el contrato de hipoteca inversa, los

³²⁵ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 102: “estamos ante un negocio *inter vivos* en el que la muerte es el elemento estructural determinante de la producción de los efectos o lo que es lo mismo la condición esencial para su eficacia, de forma que hasta que aquella no tenga lugar el sujeto contractual reserva su derecho de revocación de la designación del beneficiario, lo que también podrá hacerse señalando un hecho que lo justifique”; SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., pág. 44., apunta su posible colisión con los pactos sucesorios para ello debe tenerse presente el momento de la adquisición por el beneficiario; y el mantenimiento o pérdida de la revocabilidad unilateral por el estipulante.

³²⁶ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 103.

herederos recibirán la parte proporcional de la prima que en su día esta persona pagó³²⁷.

En todo caso, se busca la protección del contratante durante toda su vida, no una gran rentabilidad, ya que en de este tipo de contratos las rentabilidades son bajas³²⁸.

6. LA HIPOTECA INVERSA EN EL DERECHO COMPARADO

Los países con mayor tradición en préstamos hipotecarios inversos son Gran Bretaña e Irlanda, EE.UU. y Nueva Zelanda -con un importante desarrollo de distintas modalidades de hipoteca inversa-, como también en Canadá y Australia, y entre los que destaca el caso británico donde se comercializa desde el año 1965. En todo caso, la hipoteca inversa está en casi todos los mercados, actualmente en la mayoría de países desarrollados como Japón y los países del resto de Europa, como Dinamarca, Finlandia, Francia, Noruega, Suecia, Países Bajos, etc. Si bien, el número de entidades que ofertan este producto ha variado, y la crisis económica ha modificado sus miembros³²⁹.

La Universidad de Birmingham lleva a cabo el estudio denominado DEMHOW, a través del que evalúa, en colaboración con otras universidades europeas, como afrontar la vejez en los países de la Unión Europea y cómo la propiedad en inmuebles puede ayudar económicamente a la hora de afrontar esta etapa de la vida³³⁰. Desde marzo del año 2008 han estudiado la situación

³²⁷ PACHECO JIMÉNEZ, M. N., op. cit., pág. 7., ”...Esta parte es calculada por el banco, de acuerdo a la renta recibida por el titular y al plazo fijado. Igualmente, en caso de fallecer el asegurado, la compañía aseguradora pagará a la entidad financiera la prestación de fallecimiento (consistente en el 100% de la provisión matemática del seguro de vida a la fecha del fallecimiento del asegurado), que servirá para disminuir la renta contraída con ésta a modo de un seguro de amortización de préstamos (muy habitual en la contratación de préstamos hipotecarios y cuya beneficiaria es la entidad de crédito prestamista para el caso de muerte o invalidez del deudor hipotecario).”

³²⁸ En la actualidad, las aseguradoras están ofreciendo en sus seguros de rentas vitalicias un interés técnico cercano al 3% anual.

³²⁹ CONSULTORA OPTIMA MAYORES, *Informe Anual Hipoteca Inversa 2009*,

Países de UE con HI	UK	Irlanda	España	Italia	Hungría	Alemania, Finlandia	Austria, Bulgaria, Francia, Países Bajos, Rumanía y Suecia
Nº de Proveedores de HI	40	27	18	5	3	2	1

³³⁰ DEMHOW (Demographic Change and Housing Wealth). www.demhow.bham.ac.uk. Este proyecto fue organizado y financiado por la Unión Europea, constituido por instituciones de 10 países miembros de la UE, como entre otros, la Universidad de Birmingham, la de Ghent, la Universidad del sur de Dinamarca, Universidad de Bremen, la Agencia Nacional para la

demográfica de los países de la Unión Europea y, sobre todo, las costumbres en cuanto al ahorro de cara a la tercera edad de los europeos. Por supuesto que las diferencias de unos países a otros son notables, pero queda patente que el mayor patrimonio con el que cuentan los europeos en su edad madura es la propiedad de la vivienda, que ha sido su mayor preocupación a la hora de ahorrar o invertir durante sus años de vida laboral. El porcentaje de población en el cual la vivienda es el mayor ahorro es particularmente alto en España, Italia y Portugal, frente a los países, donde el ahorro de sus ciudadanos, ha sido menor en inmuebles como Dinamarca y Suiza. Los factores que más influyen, de acuerdo con este estudio, para que se produzca esta necesidad económica son básicamente que las pensiones públicas no permiten mantener el mismo estándar de vida que durante la vida laboral, y la falta de protección ante especiales necesidades como son los cuidados de larga duración³³¹.

Igualmente, existe una tendencia a utilizar durante la vejez en primer lugar otros bienes, o activos, excepto la vivienda, esta situación se mantiene en todos los países, especialmente en la cuenca mediterránea donde la idea de familia, y por tanto de transmisión del patrimonio, es más fuerte. Por otro lado, los cambios de mentalidad que se están produciendo en las nuevas generaciones europeas son similares a los de la sociedad española: cambia el concepto de familia, se reduce el número de hijos, y la crisis económica también influye sobre la consideración de que, quizás la mejor inversión no sea la vivienda. Y un dato común a la Europa Occidental que señala este estudio es que la generación posterior a la postguerra es sin duda, más hedonista y capaz de gastar dinero para sí misma, tras haber pasado dos generaciones tras la Segunda Guerra Mundial³³².

Información de Paris, el Instituto Metropolitano para la Investigación de Budapest, el Centro de Estudios para la Intervención Social de Lisboa, Universidad de Delf, Holanda, Universidad de Nueva York, etc.. Desde marzo del año 2008, este proyecto lleva a cabo un estudio en toda la Unión Europea sobre cuáles son los cambios demográficos acaecidos en los últimos años, y como la riqueza en propiedades que ostentan los ciudadanos puede ayudar a mejorar la calidad de vida en los años de vejez. Este proyecto trata de ayudar a establecer unas directrices políticas. Así, el profesor, DOLING, J., coordinador del programa DEMHOW dice: “wider access to reverse mortgage products would benefit many older people, but it is not a good substitute for social provision”, subrayando como el acceso a la hipoteca inversa o productos similares podría beneficiar a muchos mayores, pero sin considerar estos productos como un sustituto de la previsión social.

³³¹ DOLING, John, “Home ownership as wealth over the life cycle” en DEHOW project Demographic Change and Housing Wealth, University of Birmingham, Brussels, 2010. págs. 3 y ss.

³³² DOLING, John, “Home ownership...”, op. cit., pág. 5, analiza cómo la recesión de precios de la vivienda lleva a que los mercados financieros se replanteen si efectivamente la vivienda es un activo seguro. En Europa también se ha producido una reducción de las pensiones privadas

Dentro de la Unión Europea el país cuyo mercado de hipoteca inversa está más extendido es Reino Unido, con 33.000 contratos en 2007, y comienza a ser significativo en Holanda, España y Suecia. De hecho en Europa, algunos países no han desarrollado un mercado de hipotecas inversas, bien porque no ha surgido esta figura en el mercado financiero, o porque sus marcos legales no contemplan esta posibilidad, como podrían ser Bélgica, Estonia, Grecia, Portugal, Lituania, Eslovenia, etc. Otros países, que sí tienen una regulación legal de la hipoteca inversa como son Francia y Alemania, aunque apenas cuentan con un mercado para estos productos, porque es pequeño el número de entidades que la ofrecen a sus clientes. Y un tercer grupo de países, formado por España, Irlanda y Reino Unido, donde sí existe un marco jurídico, y un mercado establecido como el de Reino Unido, o como el español hoy en desarrollo.

Uno de los factores que influyen en que este negocio se popularice es también la política fiscal de cada país. Por ejemplo en países como Holanda los incentivos fiscales a la compra de vivienda, hacen que los holandeses lleguen a su edad de jubilación con el préstamo hipotecario destinado a la compra de la vivienda pendiente de pago, porque no tienen alicientes fiscales para la adquisición de vivienda, al igual que en Finlandia o Bélgica, mientras que en Hungría la situación es la contraria, la política fiscal alienta la adquisición de la vivienda, por lo que no es de extrañar que sea más fácil el desarrollo de esta segunda hipoteca, inversa en la jubilación.

Otro dato que aumenta la contratación de hipotecas inversa es el grado de seguridad que cada ciudadano tenga en que su gobierno va a ser capaz de mantener las pensiones de jubilación, y los importes de las mismas. Es obvio, que cuanto mayor sea la incertidumbre, mayor va a ser el número de hipotecas inversas. Además, la mayoría de los Estados han ampliado el número de años para alcanzar la jubilación, y el número de años cotizados para obtener la pensión máxima, lo que en parte añade desconfianza al sistema³³³.

basadas en participaciones o fondos, lo que ha forzado a utilizar la vivienda como una fuente de ingresos. La tendencia demográfica con una vida más larga y menor número de hijos, permite eliminar la carga de la herencia sobre la vivienda, al igual que la separación geográfica entre la familia, y una idea que nos hace comunes es que la generación posterior a la segunda guerra mundial es más hedonista y egoísta que la generación anterior, y más dispuesta a gastar el dinero en sí mismos.

³³³ DOLING, John, "Can home ownership contribute to the income needs of older people?" en DEHOW project Demographic Change and Housing Wealth, University of Birmingham, Brussels, 2010. pág. 2.

Además de la hipoteca inversa, se valora en Europa la *equity withdrawal*, definiéndolo como el aumento del capital disponible en el préstamo hipotecario ya contratado³³⁴. A pesar de que esta posibilidad ha pasado a los ordenamientos como el francés, donde se ha denominado *hypothèque rechargable*, o al ordenamiento español a través de la modificación por la Ley 41/2007 de Ley 2/2004 de modificación y subrogación de préstamos hipotecarios, esta posibilidad no se está utilizando debido a la pérdida de valor que han sufrido los inmuebles en los últimos años.

Para finalizar destacaremos cómo cada país, en esta búsqueda de ayuda a la tercera edad, ha elegido un sistema diferente, como propio, donde la intervención del Estado es diferente, y cada forma de hipoteca inversa también lo es, con sus ventajas e inconvenientes. Unos países como Gran Bretaña, Canadá o España tienen un mercado libre, sin pautas. En el sistema francés el gobierno ha establecido algunos límites, como el valor de la vivienda y un porcentaje de disposición en función de la edad. Y como contrapunto a los anteriores el sistema de EEUU es absolutamente intervencionista, en la concesión de la hipotecas, y en la cobertura del riesgo³³⁵.

6.1. HUNGRÍA.

En Hungría, los orígenes de la figura estudiada provienen de los todavía existentes contratos de *life care*, una versión especial de contrato de ayuda a la tercera edad que surge cuando la *Housing Law* permitió a los poseedores de viviendas públicas transferir sus derechos a terceras personas a cambio de una renta mensual o un seguro, o una combinación de ambos. En el año 1997, algunos gobiernos locales comienzan a ofrecer a los propietarios de viviendas rentas vitalicias a cambio de sus propiedades, como por ejemplo “el XIII Distrito de Budapest” que fue donde se inició este modelo y le siguieron otras ciudades como Székesfehérvár en 2001, y Tatabánya en 2005. Sin embargo, los escasos recursos de estos gobiernos locales, limitaron el número de contratos.

En la actualidad se ofrecen dos tipos de contratos de rentas vitalicias, en las que el contratante puede recibir una cantidad de dinero igual a entre un 15% al 30% del valor de mercado de la vivienda, más una anualidad, o renta vitalicia de un importe entre 100 y 300 euros, de acuerdo con la edad del contratante. E

³³⁴ VORMS, B., op. cit. págs. 10 y ss.

³³⁵ VORMS, B., op. cit. págs. 17 y ss.

igualmente se comercializa la hipoteca inversa donde el hipotecante mantiene la propiedad sobre la vivienda³³⁶.

En 2006, el *ombudsman* y la máxima autoridad de supervisión financiera húngara, declararon que no existe una regulación legal del contrato de rentas vitalicias o *life annuity*, pero las entidades financieras han desarrollado sus propios contratos que comercializan, aunque no exista un marco legal específico.

6.2. REINO UNIDO

En el Reino Unido el 1% de las personas mayores de 65 años con vivienda en propiedad son usuarios de productos “*Equity Release*”³³⁷. Bajo diferentes estructuras y denominaciones se recogen diversos negocios jurídicos cuya finalidad básica es hacer líquido el valor de un inmueble, es decir, transforman el valor acumulado en capital líquido. Un tipo de estos contratos sería la hipoteca inversa. Pero en este país, se suscriben todo tipo de hipotecas inversas o rentas vitalicias inmobiliarias. Estos productos están regulados por la *Financial Services Act* y *Consumer Credit Act*, que junto al código de conducta establecido por SHIP, establecen el marco jurídico de estos productos³³⁸. Así mismo, los instrumentos comerciales son básicamente dos: Hipoteca vitalicia o hipoteca inversa: *Lifetime mortgage*³³⁹, y la reversión del hogar: *Home reverse*.

Nos vamos a fijar en los modelos de negocio financiero anglosajones. Dentro de la hipoteca inversa podemos encontrar diferentes modalidades con un punto de partida común, son hipotecas sobre la vivienda, con amortización al fallecimiento del deudor³⁴⁰:

Home Income Plan: Este Plan de Ingresos del Hogar, consiste, básicamente, en un préstamo por el importe del valor total de la vivienda. Este

³³⁶ VORMS, B., op. cit., pág. 18. Distintas entidades ofrecen estas rentas e hipotecas, por ejemplo: *HILD Life Annuity Programme (HILD Örökjárdék Program Magyarország)*, desde 2005, *FHB BANK Life Annuity Zrt*, desde el año 2006, y *OTP Life Annuity Ltd.*, desde 2006. HILD, ofrece diferentes variantes de estos productos, con diferentes porcentajes de dinero y rentas, e incluso, con la posibilidad de transferir como herencia parte de la propiedad a la persona designada.

³³⁷ Este dato lo publica el SHIP (Shafe Home Income Plans) Organismo autorregulador que creó un Código de Conducta de obligado cumplimiento para todos sus miembros (entidades financieras, asesores, etc.). El SHIP controla el 90% del negocio de Equity Release en ese país.

³³⁸ HUAN, C.; MAHONEY, J., “Equity release mortgages”, *Housing Finance International*. June, 2002. pág. 5.

³³⁹ Del francés antiguo: “gage mort”, fianza muerta, pero que significa transmisión de un derecho real sobre un inmueble.

³⁴⁰ COUNCIL OF MORTGAGES LENDERS, *Equity release guide – unlocking the value of your home*. Documento informativo sobre la movilización de capital (Equity release). Agosto 2006. <http://www.cml.org.uk>. págs. 2 y ss.

capital se utiliza para comprar un seguro de renta vitalicia, es lo más parecido a un vitalicio inmobiliario. Hasta aquí una figura muy parecida a nuestra hipoteca pensión³⁴¹. Se hipoteca la vivienda con el destino de comprar un seguro de rentas vitalicias, pero en el caso inglés los intereses del préstamo, serán pagaderos mensualmente, generalmente a tipo de interés fijo, y estos se deberán deducir de la renta que percibe mensualmente el prestatario, disminuyendo la misma.

Interest-only Mortgage: En esta hipoteca de intereses solamente, obtenido el capital se puede destinar a lo que el acreditado desee, pero deberá pagar mensualmente los intereses que se vayan devengando al acreedor, de modo que sí será importante que el solicitante del préstamo tenga una cierta capacidad de reembolso para hacer frente a estos abonos de intereses que pueden ser a tipo fijo o variable. No tenemos en España ninguna figura parecida.

Roll-up Mortgage: Es la figura más cercana a la hipoteca inversa española, donde el préstamo está garantizado con la vivienda y el solicitante puede disponer en un momento inicial de todo el capital. Los británicos destacan de esta modalidad la rapidez con que los intereses que se cargan en el mismo préstamo hacen subir la cantidad adeudada que puede ser superior al valor de la vivienda.

Fixed repayment lifetime mortgage: o hipoteca de revalorización compartida. Por último una figura con un componente muy diferente, donde el solicitante recibe un capital y en lugar de pagar intereses en función del capital y tipo de interés aplicado, se obliga a devolver un capital prefijado al principio de la operación, que suele ser superior al prestado, y además se incluye una cláusula de participación en la revalorización de la vivienda a su enajenación, de ahí que no se conozca el coste total de la financiación hasta el momento de la cancelación. Actualmente se trata de un producto en desuso³⁴².

Las experiencias recientes donde se recibe el importe total del capital en un primer momento han sido muy negativas dado que, a lo largo de las dos últimas décadas, un buen número de personas invirtieron las disposiciones de sus préstamos en el mercado de valores, sufriendo conjuntamente los efectos combinados de las caídas de los mercados bursátiles y del mercado inmobiliario³⁴³.

³⁴¹ Figura que hemos mencionado anteriormente como figura afín a la hipoteca inversa, propuesta en el Congreso pero que no accedió al texto definitivo de la Ley 41/2007.

³⁴² SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., pág. 10.; VORMS, B., op. cit. pág. 15.

³⁴³ En este sentido, HUAN, C.; MAHONEY, J., pág. 4.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., pág. 37.

Al igual que en España, en estos cuatro tipos de hipoteca inversa la disposición del capital está exento de tributación, y tampoco se consideran rentas, sino disposiciones de un préstamo.

Por otro lado, la *Home Reverse* es una figura jurídica más parecida a la española compra-venta con reserva de usufructo³⁴⁴. El deudor vende en todo o en parte su vivienda a cambio de un capital o una renta. Mediante un contrato de alquiler continúa viviendo en su casa hasta su fallecimiento. La entidad de crédito actúa como intermediaria en la venta, y el precio recibido se ve disminuido en la valoración del alquiler o del derecho de usufructo. Como vemos la gran diferencia con la hipoteca inversa radica en el cambio de titularidad del inmueble³⁴⁵.

6.3. ESTADOS UNIDOS

En primer lugar, debemos tener presente que los diferentes Estados dentro del país pueden tener pequeñas diferencias en este tipo de hipotecas, si bien son pequeños matices, pues los Estados no entran a legislar en las materias competencia del Estado Federal³⁴⁶. La constitución de la hipoteca no tiene los mismos requisitos procedimentales y mucho menos registrales que en Europa. A modo de resumen, se firma una escritura pública, ante un *notary*, en presencia de

³⁴⁴ COUNCIL OF MORTGAGES LENDERS, *Equity release guide...* op. cit., pág. 5; BLAY BERRUETA, D., op. cit., págs. 77 y ss.

³⁴⁵ En Reino Unido dos entidades financieras capitanean el 90% del mercado de estos productos: *Norwich Union*, que pertenece al grupo AVIVA y *Northern Rock*. El tipo de *lifetime mortgage* ofertado por *Norwich Union* establece un tipo de interés fijo aproximadamente igual al tipo de los Bonos del Estado británico a 10 años, incrementado en un diferencial del 2%. Los gastos de cancelación anticipada son elevados con el objeto de evitar el riesgo asociado a cancelaciones por reducciones en los tipos de interés a largo plazo. Dentro de las cláusulas contractuales se prohíbe la contratación de una segunda hipoteca, la venta total o parcial, la alteración del inmueble y la sustitución de los ocupantes. La edad mínima para el acceso a esta hipoteca es de 55 años en el caso de *Norwich Union* y de 60 en *Northern Rock*³⁴⁵. Estas son condiciones del mercado, porque la normativa no establece una edad mínima necesaria para la contratación. El valor mínimo de la vivienda suele ser 40.000£, si bien cada operador tiene sus propias reglas y condiciones particulares de oferta. El número global de hipotecas inversas ha experimentado un crecimiento constante. En el año 2007, el valor estimado de las hipotecas inversas superaba los 6.500 millones de libras esterlinas, con un número de 124.842 hipotecas contratadas.

³⁴⁶ LÓPEZ NAVARRO, J. "Algunos aspectos de la hipoteca en EEUU". www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2010/29_26/10/2010. pág. 3. En las cuestiones en las que el Estado Federal es competente, los Estados Federados no tienen sino una competencia residual; y por otro lado, los Estados al legislar no pueden ir contra el espíritu de la Constitución Federal, ni poner trabas, de la naturaleza que sea contra el comercio interestatal.

dos testigos. Esta figura que no tiene la función de fedatario público, y no está investido de las facultades de un notario latino o germánico, sino que ostenta una función meramente de legitimación de firmas³⁴⁷. Pero lo que define a la hipoteca, no es un derecho real de garantía, sino una relación jurídica más parecida a un derecho de realización de valor en torno a la posibilidad de apropiación y disposición del bien inmueble, que permite instrumentar una operación de garantía, aunque realmente se encuentra, en algunos casos, más cerca del pacto comisorio, que a la facultad de realización o ejecución por medios procesales, judiciales o extrajudiciales. El espacio temporal en el que se desarrolla la hipoteca es también diferente. La hipoteca es un negocio muy generalizado, como medio de adquisición de la vivienda y se firman hipotecas a muy largo plazo, incluso trascendiendo la vida de una persona³⁴⁸.

En Estados Unidos, la primera hipoteca inversa de la que se tiene constancia data del año 1961³⁴⁹. No obstante, las primeras hipoteca inversas, de forma generalizada en casi todos los Estados se firman en el año 1988³⁵⁰. De modo que el programa HECM se va convertir en definitivo en 1988 a través de la promulgación de L' *Appropriation Act*. Tras el primer programa piloto con 2.500 hipotecas acogidas al programa HECM, y en el año 2000 la cifra se acerca a las 7.800 hipotecas, 18.000 en el año 2003, 28.000 en 2004³⁵¹. En el año 2006 el producto crece hasta las 76.000 hipotecas y en el año 2008 crece casi un 50%, impulsado por los precios de la vivienda y los tipos de interés³⁵².

³⁴⁷ LÓPEZ NAVARRO, J., op. cit., pág. 4, que presta un testimonio de subjetividad, en el sentido de que conoce a los firmantes y manifiesta que las firmas del documento son de éstos.

³⁴⁸ LÓPEZ NAVARRO, J., op. cit., pág. 5,

³⁴⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 25, documenta que la primera hipoteca inversa firmada en EEUU fue firmada en el año 1961 por Nelson Haynes de Deering Saving and Loan con Nellie Young, la viuda del entrenador del equipo de fútbol de su instituto.

³⁵⁰ MULLINS, L., "The Risks and Rewards of Reverse Mortgages", pág. 2.; igualmente en www.gardnerhistory.org. 27/05/2011, se documenta este tipo de hipotecas estuvo prohibido en Texas, hasta 1989, donde estaba prohibida la cualquier disposición sobre la vivienda, hasta que una vez levantada la prohibición las hipotecas inversas son muy populares. *"..By the early 1990s reverse mortgages had become widely accepted and quite popular in the United States apart from in Texas. Reverse mortgages were banned in Texas because of the constitution which made home equity lending illegal. In 1989 after a vote in favor of the constitution's amendment the ban was lifted. The new constitution favored large home-equity loans. Today reverse mortgages in Texas are widely popular and increasing becoming a choice for many who qualify for them. Counseling is always advised before deciding to get a reverse mortgage as there are pros and cons involved which should be considered carefully."*

³⁵¹ Datos del programa por año fiscal, Octubre 2009 – Octubre 2011, Vid. TABLAS ESTADÍSTICAS.

³⁵² MOELLER, P., "The New Rules of Reverse Mortgages", www.usnews.com. pág.2

La intervención pública en este tipo de operaciones es del 90% del mercado de las *reverse mortgages*. El programa federal Home Equity Conversion Mortgage (HECM, Hipoteca de Conversión del Patrimonio de Vivienda)³⁵³ a través de la *Housing and Community Development Act* de 1987, establece las condiciones específicas para los prestatarios, los importes que pueden percibir en función de la edad de los mismos y cuál debe ser el valor de la vivienda que garantiza la hipoteca inversa, igualmente limita los costes del préstamo³⁵⁴. Esta hipoteca se encuentra garantizada por la Administración Federal (*Federal Housing Administration*, FHA) que pertenece al Departamento de la Vivienda y Desarrollo Urbano, *Department of Housing and Urban Development*, HUD, quien garantiza que las entidades financieras cumplan con sus obligaciones³⁵⁵.

El dato más llamativo, es que cuando la deuda acumulada alcanza el 98% de la cuantía máxima exigible, la HUD permite asignar la hipoteca a la FHA, con lo cual el gobierno sigue realizando los pagos a los que tiene derecho el propietario de la vivienda y acepta la completa responsabilidad sobre la hipoteca³⁵⁶. Dicho de otro modo, la característica más destacable de las hipotecas HECM es el seguro hipotecario, único y específico de este programa. El seguro del HECM garantiza que el solicitante recibirá los desembolsos establecidos, de modo que en algún momento puede asumir las obligaciones del prestamista;

³⁵³ U.S. DEPARTMENT OF HOUSING AND URBAN DEVELOPMENT www.hud.gov/offices/hsg/rmra/oe/rpts/hecm/hecmmenu.cfm; TAFFIN, C., op. cit., pág. 10, LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 248. Este tipo de hipotecas HECM son las únicas intervenidas por la Administración pública. Las hipotecas HECM están aseguradas contra el riesgo de patrimonio negativo, financiado por los prestatarios, por la Administración Federal de la vivienda (Federal Housing Administration, FHA), que pertenece al Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano (Department of Housing and Urban Development, HUD). Se trata por tanto de un programa federal, aunque puede haber algunos programas restringidos a la particular legislación de alguno de los Estados.

³⁵⁴ US. DEPARTMENT OF HOUSING AND URBAN DEVELOPMENT www.hud.gov/offices/hsg/rmra/oe/rpts/hecm/hecmmenu.cfm *The Federal Housing Administration's HECM program is the only government-insured reverse mortgage program. The HECM program guarantees that the lender will meet its payment obligations to the homeowner, limits the borrower's loan origination costs, and insures full repayment of the loan balance to the lender up to the maximum claim amount, i.e. the lesser of the appraised value at origination or the national HECM loan limit of \$625,500. HECM is available as an annuity, line of credit, or combination of the two. The loan amount is based on borrower age, home value, and current interest rates. HECMS are the lowest-cost reverse mortgages currently available and provide the most attractive terms to both the borrower and the lender.*

³⁵⁵ El otro 10% del mercado de la hipoteca inversa en EEUU es privado. Básicamente dos entidades financieras se reparten el mismo: la entidad Financial Freedom con el producto Jumbo Cash Account, que representa un 5% del mercado, y Fannie Mae con el producto Home Keeper, el 1% de las hipotecas inversas.

³⁵⁶ HUAN, C.; MAHONEY, J., pág. 2; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 27.

garantiza que el deudor no deberá devolver el préstamo mientras ocupe la vivienda. Y estas dos garantías las tendrá el prestatario aunque la deuda total sobrepase el valor de la vivienda, el prestatario viva por encima de la media de edad de fallecimiento, o el valor de la casa no se revalorice, incluso disminuya³⁵⁷. Este peculiar seguro, podría ser la base del éxito de las hipotecas inversas en EEUU, porque supone una amplia protección, tanto para el propietario de la vivienda, deudor a su vez del préstamo, como para la entidad prestamista. Así, para el deudor va a suponer que no va a responder más que por el valor que tenga la vivienda, sin importarle que su banco pueda tener cualquier tipo de dificultad o lo que ocurra con el valor de su vivienda, de modo que el saldo máximo de que responderá será el valor inicial de la vivienda aunque se genere una deuda mayor, por alza de los tipos de interés, depreciación del bien, longevidad del deudor, o cualquier causa. Igualmente el prestamista se ve asegurado contra una mayor deuda por este seguro. Por ser un programa del gobierno, el seguro HECM no genera ganancias, sino que se utiliza para seguir asegurando las hipotecas de la FHA, gracias a este seguro obligatorio.

La prima o *premiums*, *Mortgage Insurance Premium*, del seguro se financia con un porcentaje sobre el valor de la vivienda, no del importe del préstamo, más un incremento de un porcentaje del tipo de interés del préstamo³⁵⁸. El tipo de interés es variable, en función de la tasa a un año de los valores del Tesoro de los Estados Unidos, *U.S. Treasury Security*, de los valores del Tesoro, más un diferencial³⁵⁹.

En Julio de 2008, el presidente George W. Bush firmó *The Housing and Economic Recovery Act*, autorizando a la FHA para crear un programa de compra de vivienda. En octubre de 2008, la FHA publica *Mortgagee Letter 2008-33*, de modo que instaura el programa HECM para Compra. En marzo del año siguiente con pequeños retoques se publica la *Mortgagee Letter 2009-11*, que la desarrolla³⁶⁰.

³⁵⁷ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 30.

³⁵⁸ Actualmente los porcentajes son del 2% y 0,5%, respectivamente

³⁵⁹ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP) op. cit., pág. 19. “*el tipo de interés aplicado se revisa anualmente, y se establecen unos límites de variación: un máximo de 2 puntos porcentuales anuales y un total de 5 puntos durante la vigencia del préstamo si varía anualmente ó 10 puntos si varía mensualmente.*”

³⁶⁰ “Tapping Into The Home Purchase Market” *REVERSE MORTGAGE, The Official Magazine of the National Reverse Mortgages Lender Association. January-February, 2011 Vol. 4* www.mrmlaonline.org. 27/02/2011., págs. 14 y ss. En el primer año de existencia, del total de 114.691 hipotecas firmadas en el programa HECM, 560 eran hipotecas para la compra. Y en la mitad del año fiscal, se han firmado en EEUU 1.389 préstamos de hipoteca inversa destinados

El solicitante de este tipo de hipotecas no corresponde con el perfil tradicional, que buscaba cubrir sus necesidades básicas, que en EEUU era generalmente una viuda que busca unos fondos que le garanticen su seguridad económica para el resto de su vida. Por otro lado, la finalidad básica en este tipo de préstamos es la compra de una vivienda. El deudor busca trasladarse a otra casa más adaptada a su nueva vida de jubilado, bien más accesible, o más cercana a sus familiares, de menor tamaño y menores gastos, o simplemente para cumplir un sueño. Es decir, el solicitante tipo tiene diferentes características personales, pero suele ser una pareja de entre sesenta y setenta años de edad³⁶¹.

Un nuevo modelo de préstamos HECM SAVER, se publicó el 21 de octubre de 2010 por la Mortgage Letter 2010-34 de 4 de octubre. Este programa de hipoteca inversa resulta más económico que el estándar HECM, porque se reduce el importe de la prima de seguro de 2% a 0,01% del valor de la vivienda, pero también se reduce el importe que cada deudor puede solicitar, aproximadamente entre un 10% y un 18%, y el tipo de interés es superior. Esta nueva hipoteca está pensada para aquellas personas que no necesitan el importe total que podrían solicitar de acuerdo con el valor de su vivienda, sino que necesitan menor importe, por lo que la prima de seguro baja al rebajarse el límite que pueden solicitar, siempre en función del valor de la vivienda³⁶².

Al mismo tiempo, algunas agencias locales de determinados gobiernos estatales ofrecen Préstamos de Pago Diferido, *Deferred Payment Loan, DPL*, para mejoras o reparaciones de la vivienda. Este tipo de hipoteca inversa, también ofrecida por el sector privado, otorga un importe global por una sola vez,

a la compra de vivienda, de un total de 79.106 millones. Curiosamente de este tipo de préstamos, la mayor parte de ellos se han constituido en California, Florida y Arizona

³⁶¹ "Tapping Into The Home Purchase Market" *REVERSE MORTGAGE, The Official Magazine of the National Reverse Mortgages Lender Association. January-February, 2011 Vol. 4* www.mrmlaonline.org. 27/02/2011., págs. 14 y ss.

³⁶² AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 9."The primary difference between the two HECM options will be in the cost of the upfront Mortgage Insurance Premium (MIP) and the amount of the funds, or "principal limit," available to borrowers. The upfront Mortgage Insurance Premium is charged by the Federal Housing Administration to support its insurance fund. Under the HECM Standard option, the upfront MIP will remain at 2% of the value of the property (or 2% of the maximum FHA loan limit of \$625,500, if the property has a value greater than that.) HECM Saver will have an upfront MIP of only .01% of the property's value, significantly reducing upfront costs. This cost saving in upfront fees is able to be achieved because the amount of money available to a borrower, an amount known as the "principal limit," under a HECM Saver will be reduced, substantially lowering the risk to the FHA insurance fund. Borrowers will receive approximately 10% to 18% less under the HECM saver option, than they would under the HECM Standard option".

que el deudor no debe devolver necesariamente mientras viva en la vivienda³⁶³. Los tipos de interés de estos préstamos son muy bajos, con frecuencia tipos fijos. Y además muchos programas de préstamos de pago diferido también cobran interés simple en lugar de tipo de interés compuesto como es el habitual. Y también podemos señalar, como algunas agencias estatales o locales ofrecen préstamos que permiten prorrogar el pago del impuesto de la propiedad, *Property Tax Deferral*, PTD. Por lo general, este tipo de hipoteca inversa ofrecida por el sector público otorga desembolsos anuales que sólo pueden ser utilizados para pagar el impuesto de la propiedad. Igualmente, el préstamo no es necesario devolverlo mientras se ocupe la residencia.

Por lo general las hipotecas inversas privadas, comercializadas bajo una marca registrada son ofrecidas a través de bancos, empresas financieras hipotecarias y otras instituciones privadas de préstamo, aunque con unas características similares a las del programa federal, pero donde no existe seguro asociado de la FHA³⁶⁴³⁶⁵.

³⁶³ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 21. Los requisitos para solicitar estos préstamos varían de un programa a otro. La mayor parte están limitados a propietarios de ingresos bajos o medios, y muchos establecen un límite en el valor estimado de la vivienda u ofrecen préstamos solo en ciertas zonas previamente designadas. Otros préstamos exigen edad mínima a los prestatarios o que estos sean discapacitados. Muchos de estos programas cubren mejoras en el acceso o el uso eficiente de energía. Estas modificaciones pueden incluir la instalación de rampas, pasamanos, agarraderas, ventanas a prueba de tormentas, aislantes o protección contra el clima.

³⁶⁴ Este concepto es extraño a nuestra mentalidad. No entenderíamos que una entidad financiera española nos concediera un préstamo y tuviéramos que asegurar que esa entidad va a cumplir con sus obligaciones, el sistema financiero español está basado en que todas las entidades financieras del art. 2 de la Ley 2/1981, gozan de la garantía suficiente, y en todo caso, si tuvieran algún de dificultad, sufrirían la intervención del Banco de España, quien se haría cargo de sus responsabilidades hasta los límites fijados en el fondo de garantía.

³⁶⁵ FANNIE MAE, <http://www.fanniemae.com/kb/index?page=home&c=homeowners> 05/04/2011. Así, el programa de hipotecas inversas Home Keeper de Fannie Mae, lanzado en 1996, tiene una estructura muy similar a la de las hipotecas HECM, dado que es un programa con apoyo gubernamental. Las diferencias más representativas no se refieren a los límites de valoración de la vivienda, ya que al igual que en el programa HECM el importe máximo del préstamo es de 625.000 \$, pero, aquí se amplía el tipo de inmuebles aceptados como objeto de garantía hipotecaria; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., págs. 33 y ss. Igualmente la línea de crédito que se puede obtener no tiene crecimiento por no disponer, el tipo de interés de referencia utilizado suele ser un de interés mensual revisable tomando como referencia el índice a un mes del mercado secundario de certificados de depósito, con un límite del 12% anual.; Una modalidad de hipoteca inversa privada es la conocida como *Home Keeper for Home Purchase Mortgage* que permite desde hace años, antes que el programa público HECM incorporase esta posibilidad en el año 2009, destinar el préstamo para cambiar de inmueble y adecuar así la vivienda a unas condiciones que se adapten mejor a las necesidades de la persona mayor. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., págs. 34 y ss. Financial Freedom ofrece la hipoteca inversa conocida como Jumbo Cash Account, cuya principal ventaja radica en que no

Tras la explosión de la crisis inmobiliaria, se podía pensar que el número de hipotecas inversas que se iban a contratar en EEUU, debería ser menor, al haberse reducido el valor de los inmuebles, pero sigue siendo un buen recurso para quien no tiene otras alternativas³⁶⁶. En este país, no existe una cultura del ahorro con destino a la jubilación, y en muchos casos las inversiones financieras se han realizado en un mercado que ha perdido porcentajes muy elevados del valor de los activos, a lo que se une la necesidad de financiación de seguros médicos, tan importantes en edades avanzadas. En esta situación la hipoteca inversa, sigue siendo un refugio para atender estas necesidades.

Por último debemos mencionar como *The National Council on Aging*, promueve un tipo de hipotecas inversas destinadas exclusivamente a mantener los tratamientos médicos y cuidados de larga duración, *long-term care*, en el domicilio del paciente, aunque esta figura resulta más similar al seguro de dependencia.

6.4. FRANCIA

La legislación francesa en el art. L314-1 del Código de Consumidores. Ordenanza núm. 2006-349, de 24 de marzo de 2006, junto con el Decreto 2006-1540 que desarrolla algunos aspectos, del 6 diciembre de 2006, define la *Prêt Viager Hypothécaire* como “un contrato por el que un establecimiento de crédito o financiero otorga a una persona física un préstamo bajo la forma de capital o de prestaciones periódicas, garantizada por una hipoteca constituida sobre un bien inmueble del deudor como uso exclusivo de habitación y en el que la cantidad a rembolsar, capital e intereses, no puede ser exigida hasta el fallecimiento del deudor o cuando se vende, o divide³⁶⁷ la propiedad del inmueble hipotecada antes del fallecimiento”³⁶⁸.

existe un tope máximo de valor del inmueble, y por tanto satisface la demanda de propietarios con un patrimonio inmobiliario elevado, el año 2005 la hipoteca media era de 850.000 \$.

³⁶⁶ CLARENCE, R., “The effective use of reverse mortgages in retirement”. *Journal of Financial Service Professionals*, Jul-2009, Vol. 63. Issue 4, Radford Virginia. EEUU, 2009, nos comenta esta situación, como encontramos que el mercado financiero ha perdido más de un 35%, con lo que la mayoría de los pensionistas que tuvieran inversiones en stock se han visto perjudicados, el americano no tiene prevista su jubilación y sus ahorros no son suficientes para hacer frente a su jubilación, los gastos corrientes han subido de forma importante, al mismo tiempo que los servicios médicos, con lo que uno de los pocos recursos que siguen manteniendo es la hipoteca inversa.

³⁶⁷ El ordenamiento francés recoge de forma expresa cualquier tipo de división de la propiedad, ya sea por una enajenación parcial del inmueble o por una reserva de usufructo, cualquier gravamen que se pueda establecer sobre la propiedad.

La figura es similar a la española aunque presenta ciertas diferencias, producto de peculiaridades propias de su ordenamiento jurídico y de la mayor experiencia francesa en productos financieros de previsión, tanto en productos de ahorro, como rentas vitalicias, como seguros de riesgo³⁶⁹. No obstante, en esencia la causa y finalidad de la hipoteca inversa son las mismas, facilitar a la población mayor recursos para encarar la última etapa de su vida permitiendo hacer líquido su patrimonio³⁷⁰. Y al mismo tiempo, supone un importante hito en el Derecho francés tan receloso de la figura de la hipoteca³⁷¹, muy preocupado por el sobreendeudamiento familiar, siempre más a favor de la fianza, y sin embargo ha introducido en su ordenamiento tanto la *prêt viager hypothécaire*, como la *l'hypothèque rechargeable*.

Pero como veremos la hipoteca inversa francesa limita la deuda, en el momento del fallecimiento al valor de la vivienda. Podemos resumir, siguiendo a la profesora PEREÑA VICENTE: “cómo se configure la hipoteca inversa es una decisión de política legislativa que se puede orientar esencialmente de dos modos:

³⁶⁸ Regulada en: Article 2432 C.civ. (intérêts conservés par l'inscription); Article 2434 C.civ (durée de l'inscription); Articles L314-1 à L314-20 C. Consommation.

³⁶⁹ Francia es el segundo mercado en seguros de dependencia, de acuerdo con SEGUROS MAPFRE. “El Seguro de Dependencia II. Experiencia Internacional y Reaseguro”. *Trebol*. Núm. 34., www.mapfre.com/documentacion/publico. 9/11/2010.

³⁷⁰ GRIFFOND, C, *Les Viagers Immobiliers en France*, Conseil Economique et Social. 2008. pág. 15. “Nos encontramos bien en ambos casos de figura examinados hasta el punto de encuentro de tres fenómenos: en primer lugar, el número de personas de edad aumenta y va a continuar aumentando. Luego, la vivienda representa el elemento más importante de su patrimonio. Por fin, al mismo tiempo, probarán la necesidad de soltar la tesorería para paliar las insuficiencias de los sistemas de solidaridad colectiva, en materia de jubilación y en materia de cuidados, para hacer frente a los gastos atados al mejoramiento de su vivienda, para manifestar su voluntad de solidaridad intergeneracional o, más egoístamente, para mantener costumbres de consumo a las cuales habrán sido acostumbradas su vida que durará.”; LAMOSSIÈRE-POUVREAU, C., MASSET-DENÈVR, E. *Le Prêt Viager Hypothécaire* Institut National de la Consommation www.conso.net, 9/12/2010. pág. 2, “El préstamo vitalicio hipotecario tiene como objetivo facilitar el acceso a las personas de edad para el crédito. Estas personas no disponen siempre de liquidez y no tienen acceso al préstamo o solamente en condiciones excesivas o incompatibles con sus medios financieros. A menudo los propietarios de su vivienda pero no desean venderlo, sino vivir allí o alquilar la vivienda. Aproximadamente 6 millones de hogares franceses de más de 65 años son propietarios de su vivienda, según el ministerio de la economía y de las finanzas”.

³⁷¹ En el caso francés debido principalmente a ineficiencias en el sistema de garantía hipotecaria, actualmente bajo revisión, y al impacto negativo de la Loi Neiertz, que han favorecido un sistema alternativo de financiación inmobiliaria no hipotecaria. Recordemos que en Francia, la denominada Loi Neiertz de 1989, faculta por vía ejecutiva a través de las Comisiones de Sobreendeudamiento a asistir a las víctimas del sobreendeudamiento, principalmente a través de soluciones personales, sin llegar a la ejecución de los bienes. Fue derogada el 14 de diciembre de 2000, a excepción de la mayoría de sus artículos sobre las medidas preventivas del sobreendeudamiento.

como un instrumento de protección jurídico-patrimonial de las personas de edad avanzada o dependientes, garantizándoles unos ingresos extraordinarios con los que mejor atender sus necesidades sin comprometer su permanencia en la que constituye su vivienda habitual, o bien, como hace el legislador francés, como un instrumento de movilización del consumo, en el que se protege al prestatario como consumidor y se garantiza la no ejecución de la garantía para evitar que un consumo excesivo provoque la pérdida de la vivienda habitual³⁷².

6.5. CANADÁ

En Canadá, no todas las provincias tienen regulación legal específica de este tipo de hipoteca. Manitoba cuenta con esta normativa a través de *The Mortgage Act, C.M200, C.C.S.M., Part III*, mientras que en el resto de las provincias las hipotecas inversas que se formalizan tienen como paraguas legislativo *The Cost of Credit Disclosure Act, 2002*, que resulta menos estricta con la protección de estos prestatarios. Por ejemplo, la legislación de Manitoba, restringe la responsabilidad del deudor al valor de la vivienda, o impone al contratante la previa consulta con un asesor independiente, y aumenta la documentación e información que las entidades deben facilitar a los futuros deudores³⁷³. Por todo ello, la Law Reform Commission of Saskatchewan trata de ampliar la legislación a otros estados. Define esta figura, la *hypothèque inverée* como “*conversión en préstamo del valor de la vivienda*”³⁷⁴.

En Canadá el mercado está desarrollado pero en menor medida que EEUU, debido quizás a que los precios de la vivienda son poco elevados, salvo raras excepciones, las pensiones de cuantías desahogadas y la estructura

³⁷² PEREÑA VICENTE, M., op. cit., pág. 9.

³⁷³ The Mortgage Act, C M200, C.C.S.M. Part III., s 33(2). Establece un periodo de 7 días entre que se presenta toda la documentación y la formalización de la misma, y si en este periodo no se firma la operación se debe volver a facilitar nueva documentación. Igualmente se debe informar al contratante del tipo de interés compuesto, de cómo influye en la acumulación de intereses a lo largo de los años, se deben incluir unas tablas de interés a 25 años, donde se vea el tipo de interés real, el *anual porcentaje rate APR*, similar al TALC americano o TAE europeo.

³⁷⁴ SASKATCHEWAN LAW REFORM COMMISSION. *Report on Reverse Mortgages*. Canadá. Noviembre, 2006. pág. 2. “*A home owner mortgages part of the value of the home, receiving the proceeds as cash, a line of credit, or as an income-producing annuity. But instead of making monthly payments on the principal and interest owing under the mortgage, the interest is allowed to accumulate. The mortgage is paid off in a single payment when the home owner dies or leaves the home.*”

demográfica sin desequilibrios actuales ni previsibles, por lo que estas circunstancias explican el menor desarrollo de este producto³⁷⁵.

En el mercado canadiense no existe una edad legal de referencia, por lo tanto se suscriben hipotecas desde los 60 años³⁷⁶³⁷⁷. Las cuotas que los ciudadanos reciben de su hipoteca inversa tienen un tratamiento fiscal asimilado a los pagos de préstamos hipotecarios convencionales, y por tanto no sujetos a imposición.

6.6. JAPÓN

En Japón la hipoteca inversa ha sido una figura muy cuestionada. En los años ochenta muchas ciudades, como la ciudad de Musashino ya ofrecía un tipo de hipoteca pública en 1981, y las entidades financieras comenzaron a ofrecer este producto, durante el período de 1980 a 1992. Pero casi todas dejaron de interesarse por él debido al colapso de los precios la vivienda tras la explosión de la burbuja inmobiliaria en Japón en la década de los años noventa³⁷⁸. Entonces la causa de crisis inmobiliaria fue una fuerte subida de los precios de los inmuebles, frente a un descenso brutal al final del período, similar a la situación vivida en nuestro país en los últimos años, lo que provocó que dejara de utilizarse esta figura como financiación a la tercera edad.

Japón, como hemos indicado al principio de este trabajo, coincide con España en su tendencia demográfica³⁷⁹. Ante esta situación, la hipoteca inversa

³⁷⁵ La entidad financiera que ofrece estas hipotecas desde 1986, es Canadian Home Income Plan, CHIP, a través de bancos participados, compañías de crédito y brokers hipotecarios en un mercado sin grandes crecimientos, junto a otras compañías como Ontario's Credit Union Central.

³⁷⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., págs. 42 y ss. El perfil de los beneficiarios representa alrededor de un 40% de parejas, un 40% de mujeres y un 20% de hombres, pertenecientes a estratos sociales que no corresponden en general a clases modestas. El producto está más desarrollado en los estados anglófonos que en los francófonos. Se suele financiar entre un 10% y un 40% del valor patrimonial, lo cual se traduce en cuantías entre 20.000 y 500.000 dólares canadienses.

³⁷⁷ WADE, J.P. op. cit., págs. 138 y ss.; www.chip.ca, 11/01/2011. CHIP establece una edad mínima de 62 años, igualmente CHIP ofrece la disposición del préstamo en forma de pago único o línea de crédito, y no suele ofrecer rentas vitalicias. El préstamo deberá ser devuelto a los 120 días tras el fallecimiento del deudor, siendo igualmente causa de rescisión del contrato la transmisión de la propiedad a otra persona o el traslado de residencia del deudor.

³⁷⁸ HISASHI OHGKI, op.cit. pág. 2.

³⁷⁹ HISASHI OHGKI, op.cit. pág. 6. Señala que en Japón se concentra un fuerte incremento de la población de mayor edad y, por el contrario, un fuerte retroceso de sus cifras de natalidad, por lo que conjugando estas escenas, las previsiones para el año 2020 son: que la población japonesa vivirá una media de 20 años tras su jubilación y el número de individuos que compondrán esta población mayor de 65 años será una carga excesiva para su sistema de

vuelve a presentarse como una herramienta útil, puesto que se dan los factores psicológicos necesarios. Por ejemplo, dentro de la cultura japonesa prevalece la idea de comprar la vivienda y permanecer en ella en su edad avanzada, ya que a sus ciudadanos no les gusta abandonar la tierra de sus antepasados. Otro dato importante es que los japoneses piensan que el precio de la vivienda puede subir. Su sociedad está estructurada de modo que muchas veces una generación cuida de otra posterior, incluso a la de sus propios padres. Al igual que en España, desean dejar su patrimonio a sus hijos, y el ahorro para la vejez nunca ha estado entre sus prioridades. Es decir, poseen el patrimonio inmobiliario suficiente y tienen fuertes necesidades de ayuda a las personas mayores.

En la actualidad, resurge esta figura a través de dos iniciativas, una iniciativa en el sector bancario y la otra iniciativa es una propuesta del gobierno japonés para facilitar la concesión de hipotecas inversas a personas de avanzada edad³⁸⁰. También es oportuno señalar que entre la doctrina son numerosos los autores que propugnan impulsar de nuevo la hipoteca inversa³⁸¹.

6.7. AUSTRALIA

En Australia, este tipo de productos se ha desarrollado alcanzando en el año 2005 más de 10.000 hipotecas inversas. Pero debemos tener en cuenta que no existe una regulación normativa más que aquella que voluntariamente han establecido las entidades de crédito, a través de un código de conducta al que se adhieren las entidades, *Senior Australians Equity Release Association of Lenders*, que ofrecen estos productos³⁸². Se comercializan tres tipos de productos de ayuda a la tercera edad, con objeto que hacer líquido el patrimonio inmobiliario que

pensiones, respaldado por la aportaciones de un número muy pequeño de población activa en ese momento futuro.

³⁸⁰ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., pág. 24. Analiza la hipoteca inversa de *Cjuo Mitsu Trust and Banking Company*, que desde el año 2005 ofrece una hipoteca con disposición de capital hasta que el deudor llega a los 80 años, combinada con un seguro de rentas vitalicias a partir de esa edad.

³⁸¹ MITCHELL, O. AND PIGGOTT, J., *Unlocking Housing Equity in Japan*. Pension Research Council of the Wharton School of the University of Pennsylvania, 2003.

³⁸² ONG, R., "Unlocking Housing Equity Through Reverse Mortgages: The Case of Elderly Homeowners in Australia". *European Journal of Housing Policy*, Vol. 8, No. 1, 61-79, March 2008. Perth, Australia, pág. 17. "In Australia, the lack of regulation in the reverse mortgage market means that best practice is only guided by a voluntary industry code developed by the *Senior Australians Equity Release Association of Lenders*, where a breach of the code is not enforced by law..."

acumulan los mayores australianos. Debemos tener en cuenta que los precios de la vivienda son muy estables en algunas zonas del país, pero tienen mayores riesgos de inestabilidad en zonas del país como Tasmania³⁸³.

La hipoteca inversa está destinada a prestatarios con al menos 55 años, si bien la edad mínima dependerá de los requisitos exigidos por la entidad financiera. Pueden ser beneficiarios aquellos propietarios que tengan vigente algún tipo de préstamo pendiente sobre la propiedad, de pequeña cuantía y que se amortice con la hipoteca inversa. La cuantía prestada se suele reducir a cifras que representen entre un 20% y un 40% del valor real del inmueble. La mayoría de estas figuras suele permitir obtener una financiación adicional a medida que el prestatario envejece. Algunos productos tienen límites en los tipos de interés aplicados y garantizan que los valores patrimoniales no sean negativos³⁸⁴.

Otro tipo de negocios sobre las viviendas, como son la venta total o parcial de la vivienda, *home reversion schemes*: supone la compra por parte de la compañía financiera de parte o toda la vivienda a un precio que se sitúa habitualmente entre un 35% y un 60% de precio total de mercado. Este menor precio se justifica en parte porque el consumidor mantiene el derecho a vivir en la casa por el resto de su vida o hasta que voluntariamente lo desee. En Australia, este producto ha tenido tradicionalmente dos modalidades: la venta-alquiler, y la venta-hipoteca.

Al igual que en otros países de influencia británica, también se comercializan las Hipotecas de Revalorización Compartida. De modo que la entidad prestamista renuncia a percibir la totalidad o parte de los intereses del préstamo a cambio de una participación en el incremento de valor de la vivienda. En el momento de la venta, el prestamista obtiene una participación de las ganancias de capital por la revalorización del inmueble. El porcentaje de ganancias de capital depende de diversos factores: cuantía del préstamo, abono o no de intereses, o de una renta por parte del consumidor a lo largo de la vida del préstamo, signo y cuantía de los cambios de valor de la vivienda³⁸⁵.

³⁸³ ONG, R., op. cit. pág. 15.

³⁸⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., págs. 42 y ss. Como es el producto *EquityTap* de la compañía, *Bluestone Mortgage* Otros operadores de hipotecas inversas son el *Commonwealth Bank*, el *Homestar Finance*, el *St. George Bank*, la *Police and Nurses Credit Society* y la *StateWest Credit Society*. Además de la banca privada, los sindicatos y otros proveedores especializados, el gobierno australiano ofrece el *Pension Loans Scheme*, como programa especial para pensionistas que no alcanzan la pensión máxima debido a sus ingresos o activos.

³⁸⁵ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., págs. 42 y ss. Existen también productos estatales o territoriales de revalorización compartida. El *Western Australian Government*

6.8. NUEVA ZELANDA

En este país, además de la hipoteca inversa existen otros productos de liquidez inmobiliaria, por ejemplo el *buy-back*, venta con recompra posterior que consiste en que el vendedor acuerda la venta de su vivienda con una entidad, pero con la intención de volver a comprarla posteriormente, usualmente en el plazo de un año a un precio mayor³⁸⁶. No existe un desarrollo legislativo de la hipoteca inversa, por lo que las opciones del mercado son muy amplias, y han dado lugar a que cada entidad establezca unos requisitos particulares. En este contexto, el abanico de edad para la contratación parte desde los 55 años en adelante. La forma de disposición será la convenida: al inicio, mensual, etc., pero con especial relevancia la disposición única, puesto que la entrega de un capital único tiene ventajas fiscales en Nueva Zelanda dado que exime del pago de impuestos.

Algunas entidades no admiten cualquier vivienda en garantía, sino que exigen que la vivienda hipotecada tenga un valor de mercado mínimo. Las hipotecas están garantizadas a través de seguros, de modo que la cuantía a pagar al cancelar la hipoteca no supere el valor de mercado de la vivienda³⁸⁷.

permite a los propietarios de vivienda de etnia aborigen acogerse al programa Keystart, en el cual el Departamento de Vivienda y Trabajo compra hasta un 30% de la propiedad, y vende este porcentaje de la propiedad a precios de mercado en el momento en que el residente tenga recursos para ello. Un programa similar está disponible en el territorio del Noroeste dirigido a hogares con rentas inferiores a 1.100 dólares australianos, exigiendo pagos de amortización inferiores al 30% de la renta bruta.

³⁸⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., págs. 42 y ss. Está pensado para personas con dificultades financieras que requieren acceder a transformar el patrimonio inmobiliario en efectivo. Este tipo de producto ha recibido críticas por parte de los consumidores tanto en relación con la imposibilidad de obtener un préstamo transcurrido un año para volver a adquirir la vivienda, como con la pérdida del patrimonio acumulado en el inmueble.

³⁸⁷ En 1990, la *Housing Corporation of New Zeland* inició un programa piloto denominado *Helping Hand Loans* dirigido a mayores de 65 años, exigía una valoración mínima de la vivienda de 100.000 dólares y garantizaba que las obligaciones de los beneficiarios no superarían el 90% de valor patrimonial del inmueble. Desde 1991, el *Taranaki Savings Bank* (TSB) ofrece hipotecas inversas, a través de incorporar una línea de crédito asociada a un programa de hipoteca inversa. *SAI Life Ltd*, ofrece tres tipos de hipotecas inversas: *RAM FLEX*: Proporciona un pago mensual mientras el cliente permanezca en la vivienda. Está disponible a partir de los 65 años, si bien las casas deben estar valoradas al menos en 250.000\$. Las rentas obtenidas pueden suspenderse, reiniciarse, reducirse o incrementarse en algunos casos. *RAM SURE*: Proporciona un pago vitalicio y una cuantía inicial que no puede superar el 10% del valor del inmueble. El pago periódico se mantiene mientras sobreviva el cliente o su cónyuge. Pero la hipoteca tiene que ser obligatoriamente amortizada cuando el

6.9. OTROS PAÍSES.

En Iberoamérica, algunos países se cuestionan la posible inclusión en sus ordenamientos de este tipo de contrato. Por ejemplo, en Argentina, encontramos entre la doctrina, defensores y detractores de la hipoteca inversa, o “*hipoteca revertida*” como la denominan. Aunque para algunos resulta difícil la implantación en su ordenamiento, por dos motivos. En primer lugar, resulta compleja su incorporación, porque esta hipoteca no encaja en el sistema de *numerus clausus* para los derechos reales que rige en su Código Civil -art. 2502-, obstáculo bastante difícil de salvar³⁸⁸. Y en segundo lugar, consideran que la

propietario abandona la casa. Este programa se aplica generalmente a propietarios de entre 65 y 75 años de edad. Y por último el *RAM TERM*, que proporciona un pago vitalicio, pero la hipoteca tiene que ser amortizada transcurridos 10 años desde el inicio del contrato. La pueden contratar propietarios de entre 55 y 75 años. La cuantía entregada inicialmente puede alcanzar hasta el 25% del valor de la vivienda. Está dirigido a personas que disponen de una segunda vivienda, o tienen disponibilidades para hacer frente a la amortización después de 10 años. Los tres tipos de hipoteca inversa están garantizados a través de seguros, de modo que la cuantía a pagar al cancelar la hipoteca no supere el valor de mercado de la vivienda, si bien, exigen al cliente el mantenimiento del inmueble en buen estado y el aseguramiento. La compañía *First Mortgage Trust* lanzó el programa *Senior CashBox Homeloan* en el año 2003. También está basado en la firma de primeras hipotecas con tipo de interés variable. El inmueble debe estar valorado al menos en 250.000 \$, y el cliente está obligado a recibir consejo legal y financiero. La edad mínima de acceso es 68 años. Su principal característica es que la hipoteca ha de ser amortizada si el cliente fallece o abandona la vivienda, pero también si la deuda acumulada alcanza el 70% del valor del inmueble. El *Global Business Ideas Ltd.*, tiene un programa de características muy diferentes. La hipoteca sobre la vivienda permite a *Global Business* utilizar los fondos para llevar a cabo inversiones financieras que pagan por una parte intereses al prestamista, por otra pagos regulares al propietario del inmueble, y por último genera rendimientos financieros. El propietario puede solicitar la cancelación de la hipoteca con un preaviso de tres meses. No se produce reducción del valor patrimonial de la vivienda ni acumulación de intereses, el propietario no tiene que devolver fondo alguno y en consecuencia no se generan problemas derivados de la transmisión del inmueble a los descendientes.

³⁸⁸ El art. 2.502 del Código Civil argentino, se suele exponer como ejemplo de la admisión de la teoría de los *numerus clausus* en la constitución de derechos reales, dice: “*los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.*”. Siguiendo como apunta DIEZ-PICAZO, L., op. cit., pág. 6. la tradición francesa en esta materia.

circunstancia de no disponer de un procedimiento especial de ejecución hipotecaria llevaría a que las entidades financieras que llegaran por un impago a tener que ejecutar la vivienda, se verían sumidas en un largo proceso judicial, más una hipoteca donde la garantía hipotecaria tiene tanto peso³⁸⁹.

Otros autores, analizan las ventajas de la figura, que en algunos puntos se adapta a la normativa argentina, siempre en un intento por llevar a su país este nuevo contrato hipotecario como ayuda a la ancianidad y dependencia. Esgrimen que a falta de una regulación legal, nada impide que tenga su fundamento en la autonomía de la voluntad, y piden un cambio de mentalidad social de la población, y a las entidades financieras para que se involucren en su desarrollo³⁹⁰.

En Costa Rica la hipoteca inversa se plantea a nivel doctrinal, en la universidad, pero las entidades financieras no apoyan *a priori* esta iniciativa, con lo cual no parece viable intentar sacar adelante un negocio jurídico tan complejo, cuando el acreedor no ve ventajas en su comercialización³⁹¹.

En algunos países orientales, también se plantea esta posibilidad, a la vista de que se enfrentan con los mismos problemas que nuestro entorno, al mismo binomio, envejecimiento de la población y falta de recursos en la tercera edad, cuando las pensiones públicas no alcanzan para dar una cobertura óptima a los mayores. De este modo, y sobre todo a nivel doctrinal se plantean si la hipoteca inversa puede ser una solución a medio y largo plazo en países como China³⁹²,

³⁸⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 44.

³⁹⁰ LUCERO ESEVERRI, R. A., op.cit., pág. 22.

³⁹¹ LUMBI SEQUEIRA, J. T., GONZALEZ PANIAGUA, A., *La Hipoteca Inversa: Criterios para su Regulación en Costa Rica*. Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, tesis para optar al grado de licenciatura en Derecho. pág. 292. “De acuerdo con lo expuesto el producto Financiero HIPOTECA INVERSA, es factible de instaurarse en Costa Rica, desde una perspectiva normativa, Código Civil y desde una perspectiva de la población a la que va dirigida. Por ser una población mayoritaria, en Costa Rica, se ha puesto el énfasis de la presente investigación en los Adultos mayores, no así en las personas que sufren de dependencia severa o gran dependencia; resta solamente, analizar, si a nivel financiero, tratándose de entidades financieras, resulta factible de aplicación.”

³⁹² La profesora YAN A., en “The Aging of the Population and Housing Reverse Mortgages in China”, *Canadian Social Science*. Vol.4. No. 4 August, 2008, describe como la población de China está alcanzando edades superiores a los 80 años, cuando la esperanza de vida era muy inferior hasta hace pocos años. El desarrollo del país no se corresponde con una seguridad social que pueda asegurar una estable y permanente atención médica e ingresos por pensiones a su población. Las familiar chinas están cambiando, y la actual formada por una pareja, en torno a los 40 años, con su hijo de 15 años y sus cuatro ascendientes, de entre 65 y 70, no puede soportar semejante presupuesto, ni estrés. Además, es un país donde, en las grandes ciudades la mayor inversión en riqueza de sus habitantes ha sido la propiedad de sus viviendas. Ante esta situación consideran que la hipoteca inversa puede dar solución a padre e hijos, pero solicitan, ante todo una regulación por parte del gobierno que establezca un sistema donde se provea de seguridad jurídica a las familiar, ante las entidades financieras.

Vietnam, India, Turquía, etc., donde surge una clase media que ha acumulado riqueza a lo largo de su vida a través de la adquisición de una vivienda, en muchas ocasiones de un importante valor.

6.10. CONCLUSIONES

Sin ánimo de resultar exhaustivo, se ha pretendido dar a conocer en qué situación se encuentra la figura estudiada en el resto del mundo. Hemos visto cómo en algunos países el ordenamiento jurídico ha recogido positivamente la hipoteca, mientras que en otros países es un producto de desarrollo financiero, más que jurídico. Pero sobre todo hemos conocido que las soluciones dadas para los mismos problemas son diferentes dependiendo del país estudiado, y que el ingenio de cada entidad financiera o de cada legislador ha buscado distintas soluciones a los mismos problemas. A modo de resumen veamos algunos puntos interesantes:

En cuanto a la edad del propietario vemos que es un dato poco significativo como definitorio de la hipoteca inversa. Los diferentes ordenamientos se mueven en una horquilla de entre los 55 años y los 80 años. Únicamente debemos resaltar que hay países que utilizan el dato de la edad para establecer un binomio entre edad y porcentaje de tasación, y en función de estos cálculos establecen cuál sería porcentaje de tasación del que disponer como importe del préstamo en función de la edad, como es el caso francés por ejemplo.

El tipo de interés de la hipoteca, puede establecerse a través de diversas fórmulas. Se firman hipotecas a tipos fijos o variables, dentro de los diferentes referenciales utilizados, generalmente se utilizan como referencias los propios índices económicos de cada país, o zona de influencia económica. Y en algunos casos excepcionales se trata de tipos de interés simple, evitando el tipo de interés compuesto. Destacan aquellas hipotecas, donde los intereses sí se cargan a lo largo de la vida del préstamo, que generalmente han planteado problemas al prestatario para hacer frente a la deuda. Pero, la amortización anticipada y el pago de intereses a lo largo de la vida de la hipoteca, que se han incluido en algunos contratos, parece evidente que ha tenido en todos los casos un efecto perjudicial a los deudores que se han visto en situaciones comprometidas para hacerse cargo de estos pagos de los préstamos.

Igualmente el instrumento financiero utilizado puede ser tanto el préstamo como la cuenta de crédito. Y un punto que parece bastante unánime, es que debe ser primera hipoteca, o en todo caso utilizar parte de la disposición inicial para cancelar esta primera hipoteca.

En cuanto a cómo solucionan los diferentes ordenamientos el momento de vencimiento de la hipoteca, todas las hipotecas tienen establecido que el vencimiento de la misma está supeditado al fallecimiento del deudor. Pero muchas de ellas, incluyen también como causa de vencimiento anticipado, el hecho de que el propietario deje de habitar en el inmueble hipotecado, bien porque se ausente sin ningún motivo, o aunque sea como causa de ingreso en una alternativa residencial.

Uno de los principales problemas con los que se enfrenta este negocio, en todo el mundo, es el patrimonio negativo, o que el valor de la vivienda supere la deuda en el momento de vencimiento. Como hemos estudiado, la solución más práctica a este problema es un seguro que garantice ese posible desequilibrio. En la mayor parte de los países de influencia británica se ha desarrollado un mercado de este tipo de seguros. Otra opción para solucionar este problema es la apuntada inicialmente de establecer un importe de disposición dependiendo de la edad del solicitante. Igualmente vemos que no se suelen establecer seguros sobre hipotecas inversas en el caso de hipotecas sobre viviendas de gran valor económico.

En todo caso, queda patente que en todos los países se busca una solución al mismo problema, la falta de recursos en la tercera edad y cómo darles solución a través de hacer líquido el patrimonio inmobiliario acumulado.

III. CAPITULO TERCERO: CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA INVERSA

Destacaremos las características más peculiares de esta clase de hipoteca, en concreto el conjunto de caracteres que rompiendo con el Derecho Hipotecario español supone excepciones a la normativa general. No insistiremos en otras características que la definen como garantía hipotecaria y de las que goza ampliamente, como sería el principio de causalidad, como el fin económico-social que justifica la reserva patrimonial que supone la garantía hipotecaria³⁹³. O igualmente, el principio de accesoriedad como la relación de dependencia entre la garantía hipoteca y la obligación garantizada, en este caso íntimamente ligadas, de acuerdo con los arts. 1212 y 1528 del CC, de modo que todas las vicisitudes de la obligación asegurada, causa de la hipoteca, afectan a la hipoteca.

1. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA HIPOTECA INVERSA

1.1. SUPONE LA EXCEPCIÓN A MUCHOS PRINCIPIOS DEL DERECHOS HIPOTECARIO.

En su conjunto debe considerarse la hipoteca inversa como una excepción a las normas de Derecho Hipotecario. Debemos, por lo tanto, considerar el contrato de hipoteca inversa como un contrato autónomo y de singular régimen jurídico, con especial cuidado de no confundirlo con otro tipo de hipoteca con la que pueda compartir analogía estructural. De hecho, son numerosas las Resoluciones de la DGRN, donde se aplica de forma analógica la norma de la hipoteca inversa a otros contratos de hipoteca firmados con antelación a la Ley 41/2007. Por ejemplo, Resolución de la DGRN 6767, de 25 de marzo 2008 señala: “*la cuál guarda similitud en su formulación con los requisitos exigidos ex lege,*

³⁹³ CANALS BRAGUE, F., op. cit., pág. 6. “*Nuestro sistema inmobiliario no puede permitir la constitución de una reserva patrimonial -- inversamente, la exclusión de un bien del ámbito de responsabilidad universal-- sin que concurra la justificación económico-social. Y desde luego tal justificación ha de venir amparada por la ley; no en vano, insisto, se trata de la derogación del principio básico de organización social de la par conditio creditorum. Son, pues, dos aspectos los que controla la causalidad: la exclusión de las reservas abstractas y que la hipoteca responda a una finalidad merecedora del ámbito especial de reserva*”.

*actualmente para la existencia de la llama hipoteca inversa”*³⁹⁴. Debemos recordar que este tipo de interpretaciones deben ser restrictivas, por considerar la hipoteca inversa como una excepción al ordenamiento. Recordemos que la propia DAP, prevé *a priori* dos tipos de hipoteca inversa: la que cumple la norma de forma estricta y, por lo tanto, permite la aplicación de las excepciones previstas, y la que no se adecua a las exigencias del legislador y por lo que, la somete a todos los requisitos exigidos por el Derecho Hipotecario general, sin permitir la aplicación de excepción alguna.

Entre la doctrina ha señalado que hubiera sido deseable que la propia Ley hubiera aclarado si su aplicación era de carácter retroactivo³⁹⁵; ello con el objeto de poder aplicar toda la normativa contenida en la DAP a todas aquellas hipotecas inversas contratadas en el mercado bancario, y puestas en escena copiando de otros ordenamientos, pero sin tener una norma clara por la que guiarse. Parece que no va a ser así, que las Resoluciones de la DGRN irán perfilando las hipotecas interpretando las cláusulas a la luz de la Ley 41/2007, pero respetando algunos contenidos delimitados por la voluntad de las partes, y ajenos al texto legal ahora vigente.

1.2. LIMITA EL PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE EL INMUEBLE

La norma general en nuestro ordenamiento es que la hipoteca no limita la capacidad de disposición o transmisión del bien; recordemos incluso que el art. 107.3 de la LH, permite la hipoteca de los bienes ya hipotecados con pacto de no volverlos a hipotecar. Pues bien, en el caso de la hipoteca inversa esta facultad se ve recortada por mandato de la ley 41/2007, para el deudor: “...*En el 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*” (DAP, punto 5). De hecho si una cláusula de este tipo, fuera incorporada a un crédito hipotecario ordinario, sería considerada como abusiva y contraria a derecho³⁹⁶. Esta limitación va en contra del principio de libre disposición de los bienes,

³⁹⁴ V. gr. en el mismo sentido: Resoluciones de la DGRN 6762 y 6761 de 19 de marzo de 2008, Resolución de la DGRN 6763 de 22 marzo de 2008, Resoluciones de la DGRN 6764 y 6765 de 24 de marzo de 2008, etc.

³⁹⁵ En este sentido, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 163, aunque no se hiciese una aplicación retroactiva de la ley, que se establecieran unos mínimos para adecuar las hipotecas inversas ya celebradas.

³⁹⁶ En este sentido, ZURITA MARTIN, I. “La nueva...” op. cit., pág. 1297.

principio de orden público económico de nuestro ordenamiento, que desconfia de los límites a la libertad dispositiva. Por este motivo, el legislador ha autorizado, *ex lege*, expresamente estas condiciones para la hipoteca inversa.

No obstante, más que impedir la venta por parte del deudor, lo que la norma establece es que la venta de la vivienda legitima al acreedor, si no ha otorgado su autorización, a declarar el vencimiento anticipado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía. En realidad, no se trata propiamente de una prohibición legal de disponer, lo que implicaría la nulidad o posibilidad de anulación de la venta o transmisión, sino que estamos ante una obligación de no disponer cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción³⁹⁷. La transmisión sería válida, pero tendría una consecuencia, al acreedor hipotecario se le otorga la facultad de declarar el vencimiento anticipado del préstamo. Cesan las obligaciones del acreedor de respetar los plazos, y puede pedir la total restitución de deuda en ese momento, sin esperar al fallecimiento del deudor³⁹⁸.

Con esta regla, además de proteger al acreedor, algún autor apunta que también se protege al tercer adquirente³⁹⁹. Si consideramos que, esta hipoteca tiene como destino vaciar de contenido económico al derecho de propiedad, así, a medida que la deuda se va incrementando, el valor del bien que soporta esta carga puede resultar muy reducido, o prácticamente nulo.

Otros autores consideran que el segundo párrafo del punto 5 de la DAP, faculta únicamente a la entidad acreedora a declarar el vencimiento anticipado, cuando el deudor hipotecario ya ha fallecido, debido a que el primer párrafo del punto 5 recoge la cancelación del préstamo al fallecimiento del deudor⁴⁰⁰. Pero no compartimos esta opinión, puesto que este punto de la DAP, simplemente aglutina los casos de cancelación de la hipoteca inversa.

³⁹⁷ SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., pág. 49; en este sentido ZURITA MARTIN, Isabel. “La nueva...” op. cit., pág. 1295; e igualmente se manifiesta SIMÓN MORENO, Héctor, op. cit., pág. 65.

³⁹⁸ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 166.

³⁹⁹ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 167: “...Permitir la transmisión de esta vivienda sería permitir a los terceros adquirir un derecho cuyo valor económico está destinado a desaparecer porque se está transfiriendo al anterior propietario a través del mecanismo de la hipoteca inversa”.

⁴⁰⁰ DAP 5.: “Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación. 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”.

Así pues, a pesar del principio de que la hipoteca tiene su eficacia *erga omnes*, y no supone un límite a la disposición de los bienes, las especiales características de esta hipoteca, implican algunas restricciones⁴⁰¹. Por ejemplo, el hecho de que el capital sea reembolsado al fallecimiento del deudor, hace la hipoteca inversa difícilmente compatible con el principio de libre circulación de los bienes inmuebles. Más bien, es una hipoteca con vocación de exclusividad⁴⁰². O cómo señala MURO VILLARÓN, supone una importante limitación en el tráfico jurídico de estas fincas⁴⁰³.

Este destino se refleja en el hecho de que muchos ordenamientos la exijan con el carácter de única, o al menos de primera hipoteca, como en Estados Unidos (12 USC § 1715z-20 (b) (3)). En nuestro país va a ser muy difícil que una entidad admita la contratación de este tipo de hipoteca con rango de segunda hipoteca, debería de tratarse de un caso muy concreto, en atención a circunstancias especiales ante el excepcional valor del inmueble, o algún tipo de dificultad en la cancelación de la hipoteca anterior para que admitieran tal situación. Parece únicamente posible que exista una hipoteca preferente, cuyo vencimiento tenga lugar antes del vencimiento de la hipoteca inversa, cuando la entidad acreedora, mediante el pago se subroga en la posición jurídica del acreedor, en este caso el acreedor podrá dar por vencida la hipoteca preferente, pero generalmente la acumulación de capital de la hipoteca preferente a la inversa daría lugar probablemente a una situación de patrimonio negativo⁴⁰⁴.

1.3. REALIZACIÓN DEL VALOR DE LOS BIENES

En este tipo de hipoteca, más que nunca, la hipoteca destaca por su capacidad para exigir la realización del valor del bien hipotecado en venta. Volvemos a recordar, que para nuestro ordenamiento se trata de una figura importada, y ha de tenerse cuidado con su verdadero significado. La *mortgage* anglosajona no es un sinónimo de la hipoteca española, aunque lingüísticamente se utiliza esta traducción. Ni se identifica tampoco, con la hipoteca de los países de tradición latina o germánica, con mayores medios de garantía, y donde la

⁴⁰¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...* op. cit., pág. 59, comenta como la entidad financiera impediría con alguna cláusula que algún tercero adquiriese un derecho real sobre la vivienda, pero debemos concluir que es difícil que alguien tuviera interés en hacerlo, y en todo caso sería una carga posterior a la hipoteca.

⁴⁰² JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 105.

⁴⁰³ MURO VILLARÓN, J. V., op. cit., pág. 5.

⁴⁰⁴ Siguiendo a JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 118.

hipoteca se configura como un derecho real y no como un poder de venta sobre la propiedad, que es como se configura en EEUU⁴⁰⁵. Así, en nuestro país, la hipoteca atribuye al acreedor hipotecario el derecho preferente, mediante la publicidad registral, a la realización del valor de los bienes hipotecados a través del procedimiento legalmente establecido, además de tratarse de un derecho real de garantía caracterizado por la sustitución del desplazamiento posesorio, por la publicidad registral⁴⁰⁶. Llegado el momento de la ejecución hipotecaria, se podrá cobrar la deuda sobre el precio que se obtenga, de acuerdo con el art. 1858 del CC (*“vencida la obligación principal, pueden ser enajenadas las cosas en qué consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor”*)⁴⁰⁷. Debemos destacar el importante peso que en este tipo de hipotecas tiene el bien hipotecado como garantía. No queremos obviar, y muchas son las opiniones doctrinales que muy acertadamente insisten en que la esencia de la hipoteca *“... radica en excluir el riesgo de pérdida patrimonial del deudor inherente a la responsabilidad universal, mediante la afectación en exclusiva -exclusión de tercero- de un bien sobre el que obtener el pago”*⁴⁰⁸. Las

⁴⁰⁵ LÓPEZ NAVARRO, J. “Algunos aspectos de la hipoteca en EEUU”. www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2010/29, 26/10/2010, pág. 5, *“...En cuanto a los Estados seguidores del Title Theory, con las palabras “convey and warrant”, y en éstos el sistema de ejecución de la hipoteca (manner of foreclosure) se traduce en la concesión al acreedor de un título (property) ya que ha habido convey, es decir entrega o venta en garantía del inmueble, y por tanto en caso de impago, se puede vender la propiedad hipoteca por el acreedor quien tiene un power of sale, poder de venta, fiducia o pacto comisorio. Por el contrario en los Sistemas del Lien Theory, el inmueble tiene un simple gravamen o carga que se impone al inmueble para seguridad de una obligación, por lo que el impago del préstamo acarrea la ejecución mediante la realización judicial.”*

⁴⁰⁶ ROCA GUILLAMÓN, J. op. cit., pág. 663.: *“Fácilmente se advierte que la vivienda no es un bien del que se pueda prescindir con facilidad, y ahí es donde el recurso a la hipoteca, como derecho real de garantía conceptualmente caracterizado por la sustitución del desplazamiento posesorio por la publicidad registral de su existencia (lejos por tanto de las concepciones procesalistas, que ponen el acento en el aspecto de derecho de realización del valor) muestra su permeabilidad al permitir extraer una parte del valor en cambio de la vivienda sin menoscabo de seguir asignado el valor en uso a su propietario, que sigue disfrutándola de por vida”*.

⁴⁰⁷ SÁNCHEZ CALERO, F. J., y otros, op. cit., pág. 420, y LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales*”, Dykinson, S.L. 2ª Ed. Madrid, 2004. pág. 222.

⁴⁰⁸ CANALS BRAGUE, F., op. cit., pág. 4, *“Dos ideas no por más extendidas menos inexactas. La hipoteca asegura el pago del crédito impagado. La hipoteca es un derecho de realización de valor. En cuanto a la primera es obvio el hecho, pero éste no define la naturaleza de la hipoteca, como lo prueba la circunstancia de que el pago puede llegar a no producirse. La esencia de la hipoteca radica en excluir el riesgo de pérdida patrimonial del deudor inherente a la responsabilidad universal, mediante la afectación en exclusiva --exclusión de terceros-- de un bien sobre el que obtener el pago (patrimonio de destino). Por eso la aleatoriedad patrimonial es el fundamento de la hipoteca, y por eso, como veremos, aquélla nunca puede configurarse como condición suspensiva de ésta (ya que es conditio iuris). En cuanto a la*

facultades inherentes a su condición de acreedor sólo podrán ser ejercitadas si el precio de remate obtenido con la venta de los bienes gravados resulta insuficiente para satisfacer, íntegramente, el derecho de crédito garantizado hipotecariamente⁴⁰⁹.

Al mismo tiempo debemos resaltar la importancia del valor del inmueble que en esta hipoteca tiene otra importante connotación: La valoración que se haga del inmueble, su tasación, es la que va a permitir la existencia de este negocio jurídico. Dicho de otro modo, el valor de la finca va a ser la causa del contrato, del importe de la deuda, ya que al acreditado no se le va a exigir que justifique ingreso, percepción o patrimonio alguno, más que la propiedad de la vivienda que va a ser hipotecada.

1.4. INDIVISIBILIDAD DEL DERECHO DE HIPOTECA

En un sentido amplio, este principio trata de evitar que la garantía del acreedor se vea reducida o alterada, en este caso, cobra más fuerza. En las hipotecas ordinarias supone una mayor garantía para el acreedor, a medida que con los pagos parciales de la hipoteca va disminuyendo el importe de la deuda manteniéndose constante la misma garantía inicial. En todo caso, los contratantes, de común acuerdo, pueden eliminar la indivisibilidad o pactar una reducción de la garantía conforme se vaya reduciendo la deuda, siempre que el patrimonio de la vivienda que se ha ido liberando porcentualmente de carga sea lo suficientemente importante como para constituir una segunda hipoteca. Pero en la hipoteca inversa ocurre el fenómeno contrario, la deuda no sólo no disminuye, sino que aumenta, y la garantía hipotecaria habrá de mantenerse intacta hasta el vencimiento del préstamo, puesto que va a ser la principal, y si no hay más bienes que compongan la herencia del finado, la única garantía de recobro del préstamo garantizado.

segunda, porque es evidente que la hipoteca existe como derecho, aunque la realización de valor no se produzca. Bien se ve que esta realización es una consecuencia del crédito. Más exactamente es una consecuencia de la responsabilidad que surge de la obligación incumplida. La «responsabilidad» es el mecanismo de organización social, y desaparecida la prisión por deudas, sólo ella justifica en un Estado de Derecho la expropiación liquidatoria de un bien ajeno”.

⁴⁰⁹ MURO VILLALÓN, J. V., op. cit., págs. 3 y ss.

2. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Las características especiales de la hipoteca inversa tienen su origen en la especial definición del crédito garantizado. Es decir, algunas cláusulas puramente obligacionales han dado lugar a la delimitación del derecho de hipoteca. Destaca BERROCAL LANZAROT que lo realmente inverso en esta hipoteca es el negocio principal, el crédito y su forma de disposición y amortización⁴¹⁰.

Cabe resaltar la novedad para nuestro sistema mercantil de la fórmula financiera de esta figura. Las operaciones crediticias que las entidades bancarias están acostumbradas a financiar, pueden establecer ciertos periodos de carencia en los préstamos hipotecarios. Generalmente se trata de préstamos destinados a la construcción de viviendas por parte de promotores y constructores inmobiliarios, o incluso en el caso de la autopromoción particular, con un periodo de carencia entre dos y tres años, el plazo medio de construcción. Pero generalmente, durante esos periodos de carencia se establece igualmente el pago de los intereses generados por el capital. De este modo, se establecen fórmulas de devolución, siempre de los intereses devengados, y a partir de un número determinado de años, de capital más intereses. Únicamente, en contadas operaciones de refinanciación de préstamos, las entidades financieras aceptan que no haya pago de intereses en el periodo de carencia. Si bien es verdad que los últimos años de crisis financiera han llevado a modificar y reconsiderar muchos de estos sistemas, admitiendo carencias y prórrogas, tratando de propiciar el pago y de evitar la morosidad. Por el contrario, la hipoteca inversa elimina totalmente el pago de intereses generados durante toda la vida del préstamo que puede alargarse hasta 30 años, y por definición también la devolución de capital.

2.1. SUBROGACIÓN GENERAL DEL DERECHO DE CRÉDITO

2.1.1. No admite la subrogación general del derecho de crédito del deudor

La constitución de la hipoteca tradicionalmente no priva, en ningún momento, a los sujetos en ella interesados de la capacidad de disposición de su posición jurídica respectiva⁴¹¹. Los bienes pueden ser enajenados o gravados por

⁴¹⁰ BERROCAL LANZALOT, A. I., op. cit., pág. 50.

⁴¹¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil Derechos reales y derecho hipotecario*. Tomo V, 6ª Ed. Madrid, 2008. pág. 111.

su propietario, en este caso el deudor hipotecario, y por su parte el acreedor hipotecario puede ceder su posición de acuerdo con el Art. 1112 del CC y Art. 149 de la LH. Efectivamente, la subrogación del derecho de crédito es un principio fundamental de nuestro sistema hipotecario, la transmisibilidad de los derechos de crédito, tal como se recoge en el art. 1112 del CC⁴¹². Sin embargo, no vemos la forma en que puede llevarse a cabo la sustitución o subrogación en la posición del deudor⁴¹³. El motivo se debe que a la constitución del préstamo, como hemos explicado se realiza conforme a las características personales del deudor, tanto atendiendo a circunstancias de edad y sexo, como a los deseos del deudor que decide una fórmula personalizada de disposición que se ajuste a sus necesidades particulares.

En el caso de la hipoteca inversa, si se subrogara en el préstamo un deudor que no cumpliera los requisitos de edad y propiedad que marca la ley, no seguiría cumpliendo los requisitos de una hipoteca inversa, y por tanto dejaría de ser una hipoteca inversa acogida a los requisitos de la Ley 41/2007, para pasar a ser una hipoteca que debe cumplir con toda la normativa del Derecho Hipotecario, y sin ningún tipo de beneficio especial. Si el objetivo es mantener la hipoteca inversa privilegiada, sería necesario vender la vivienda, y que en el crédito se subrogara una persona mayor de 65 años o en situación de dependencia, que se situara en la misma posición jurídica del primer deudor. En este caso, y en teoría, la entidad de crédito no tendría ningún motivo en el plano hipotecario para oponerse a la subrogación. Cosa diferente sería en el terreno del crédito, sobre todo debido a la fórmula de prestaciones e importe del préstamo, ya que el importe y fórmulas de disposición dependen del valor de la vivienda y de la edad del prestatario, por lo que el crédito concedido podría ser superior o inferior al que hubiera correspondido con la edad, sexo y disposiciones requeridas por el nuevo deudor.

De la redacción de la DAP, punto 5 de la Ley 41/2007, parece deducirse que se pretende que no haya posible subrogación del deudor, sino que, o se

⁴¹² Art. 1112 del CC: “...*todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*”, e incluso en la DAP de la Ley 14/2007, habla del coste de la subrogación en su punto 8: “*Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles...*”

⁴¹³ VAÑO VAÑO, M. J., op. cit., pág. 588, “*La posibilidad de que la subrogación se realice respecto del prestatario o acreditado está completamente excluida de este supuesto en la medida en que el contrato de hipoteca inversa posee una naturaleza intuitu personae, al igual que ocurre con la persona del beneficiario, y por lo tanto no cabe la modificación, del deudor hipotecario ni del beneficiario.*”

mantiene el mismo deudor con otra garantía, o se anticipará el vencimiento, pero no admitiría el cambio de deudor. El legislador ha permitido la venta de la vivienda en un caso muy particular, en que el acreedor hipotecario autoriza el cambio de garantía, pero no se admite una subrogación en el préstamo o crédito, de forma que el deudor hipotecario quedase desligado.

Resulta difícil, prácticamente imposible la subrogación subjetiva del prestatario o acreditado, ya que por la propia naturaleza de la hipoteca éste aparece determinado *intuitu personae*, al igual que el beneficiario, salvo que expresamente lo consientan todas las partes contractuales⁴¹⁴. Por lo tanto, las posibilidades de novación subjetiva o de novación de este tipo de garantías están marcadamente restringidas.

Únicamente habría que recordar, que en el caso de que sobre el mismo inmueble subsistieran varios préstamos hipotecarios, y uno de ellos fuera una hipoteca inversa el acreedor que aceptara una subrogación, deberá subrogarse respecto a todos ellos, entrando la hipoteca inversa en el mismo paquete⁴¹⁵. La nueva normativa en el año 2007 ha dispuesto que la entidad subrogante debe serlo de todas las hipotecas que haya sobre la finca, de acuerdo con el art. 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, modificado a su vez por la Ley 41/2007⁴¹⁶.

2.1.2. Subrogación del deudor en préstamos o créditos totalmente dispuestos.

Por el contrario, no vemos ningún obstáculo para que, una vez que el préstamo ha sido dispuesto en su totalidad, cuando el superviviente del deudor no puede disponer de mayor importe de capital, se impidiese que el deudor vendiera la vivienda y transmitiera el crédito. Más, si tenemos en cuenta que, si bien la vivienda hipotecada no es la única garantía que tiene el acreedor, en la mayor

⁴¹⁴ En este sentido, SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., pág. 48; JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 109.

⁴¹⁵ Esta situación es difícil que ocurra pero no descabellado, JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 132, así lo recoge la Ley 2/1994, tras la reforma de 2007.

⁴¹⁶ El art. 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, queda redactado en los siguientes términos: "...La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos."

parte de los casos el resto de la masa hereditaria, o va ser muy pequeña o prácticamente nula, quizás reducida a unos enseres y objetos personales de escaso valor para una entidad financiera. Aún así, con independencia de que efectivamente el acreedor conserve su derecho sobre el resto de los bienes de la herencia para satisfacer su deuda, y que *in extremis* puede cambiar la fortuna económica del deudor, somos conscientes del peligro que abriría esta posibilidad a la creación de un mercado de compra-venta de este tipo de créditos por sociedades especulativas, que compraran viviendas a los ancianos una vez que finalizara la disposición del préstamo. Esta situación, solo tendría sentido en un momento hipotecario alcista, donde podría ser una solución especulativa.

2.1.3. Subrogación del acreedor.

Menos problemas existen para la enajenación o trasmisión del crédito por el acreedor del préstamo, contemplada en el art. 149 de LH, a su vez modificada por la Ley 41/2007, que elimina del texto normativo la comunicación al deudor para dar plena eficacia a la cesión del crédito, dejando como requisito de validez la formalización en escritura pública y su inscripción⁴¹⁷.

Igualmente, resulta muy sencilla y útil al deudor, la subrogación convencional como facultad del deudor, contemplada en el art. 1211 del CC, y desarrollada en la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que permite que las entidades financieras sean subrogadas por el deudor en los préstamos hipotecarios cedidos por otras entidades análogas. Se admite esta posibilidad, de acuerdo con el art. 2 de la LMH, solamente en el caso de entidades financieras, bancos, entidades oficiales de crédito, cajas de ahorro, Confederación Española de Cajas de Ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito, por el

⁴¹⁷ Antigua redacción del Art. 149 LH: “*El crédito hipotecario podrá enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro...*”. Frente a la nueva “*El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.*” Pero, la supresión de cualquier referencia a la notificación o puesta en conocimiento de la cesión tras la reforma de la Ley 41/2007 permite no exigir que se comunique al deudor la cesión, pero a la vez se exige en el Código Civil su conocimiento, permite defender que en la actualidad la inscripción de la cesión en el Registro equivale a su notificación, por lo que el deudor deberá averiguar quién es su acreedor cuando vaya a pagar, averiguación que sólo alcanzará a la consulta de los libros del Registro, y se liberará pagando a quien en el mismo aparezca como acreedor del crédito.

contrario, no estaría permitido el caso de las entidades aseguradoras. La posibilidad de cambio de acreedor debe ser entendida como una ventaja para el deudor, que está habilitado para llevar su préstamo al mercado y obtener una subrogación que le mejore sus condiciones financieras, y le permite no quedar encadenado *in perpetum*, a una entidad financiera con la que no se encuentra cómodo, o simplemente la oferta vinculante de la subrogación que presente la nueva entidad sirva para que el acreedor hipotecario originario mejore sus propias condiciones de tipos de interés.

2.2. TITULIZACIÓN.

En cuanto a la titulización de esta hipoteca en el mercado secundario se deberán cumplir los requisitos exigidos por la LMH⁴¹⁸ en cada momento, aunque en estos casos, resulta compleja la titulización. La doctrina en general se muestra partidaria de la titulización de estos préstamos, a pesar de que legislativamente la Ley 41/2007, ha establecido que el crédito dispuesto no puede exceder de una cuantía, una proporción del valor de tasación del inmueble, en relación al saldo vivo de los créditos⁴¹⁹. ROMERO CANDAU matiza que la hipoteca inversa constituye una forma especial de garantía hipotecaria por razón de su ejecución y no por la obligación asegurada, por lo que habrá que estar a la naturaleza de esta

⁴¹⁸ Se entiende por titulización, una operación o sistema en virtud del cual un activo o conjunto de activos se transfiere a una entidad que está separada del originador y que se ha creado o sirve para la titulización, o el riesgo de crédito de un activo o conjunto de activos o parte de los mismos, que se transfiere a los inversores en valores, participaciones en fondos de titulización, otros instrumentos de deuda o derivados financieros emitidos por una entidad que está separada del originador y que se ha creado o sirve para la titulización. La titulización dentro de balance se reguló por vez primera en la Ley 2/1981, de 25 marzo, del Mercado Hipotecario, que permitía a las entidades de crédito emitir bonos y cédulas hipotecarias garantizados con créditos hipotecarios. La titulización fuera de balance apareció por primera vez en 1992, al regularse los fondos de titulización hipotecaria. La Disposición Adicional 5 de la Ley 3/1994, de 14 abril, por la que se incorpora a Derecho español la Segunda Directiva Bancaria, extendía el régimen jurídico de la titulización hipotecaria a otros créditos sin garantía hipotecaria. Esta disposición fue posteriormente desarrollada mediante Real Decreto 926/1998, de 14 mayo, sobre Fondos de Titulización de Activos y Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización. Por otra parte, el artículo 53 de la Ley 49/1998, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 permitió al Ministro de Economía y Hacienda conceder avales en garantía de los valores emitidos por fondos de titulización de activos, con el fin de ayudar a la promoción de actividades económicas. El marco jurídico de las sociedades instrumentales dedicadas a operaciones de titulización figura en el Reglamento (CE) nº 24/2009 del Banco Central Europeo, de 19 de diciembre de 2008 y en la Orientación BCE/2008/31 de 19 de diciembre de 2008.

⁴¹⁹ De acuerdo con BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 86.

última para determinar si es posible su incorporación a estos mercados secundarios⁴²⁰. Pero la doctrina valora esta posibilidad cada vez más, de cara a facilitar a las entidades la obtención de liquidez, sobre todo teniendo en cuenta que la hipoteca inversa es un activo esencialmente ilíquido⁴²¹. Y a la luz de la experiencia de otros países, como Reino Unido, donde ha sido una solución para su mayor desarrollo en el mercado hipotecario⁴²². Sin embargo hay otros matices a considerar al tratarse de un tipo de hipotecas especiales. El art. 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario impone una serie de requisitos que estas hipotecas no cumplen. Por ejemplo, la norma no permite la titulación de una hipoteca con una prohibición de disponer o cualquier limitación del dominio, igualmente, dado el sistema especial de no amortización de estas hipotecas, puede ocurrir que la deuda sea muy elevada sobrepasando el porcentaje de tasación del bien hipotecado, cuando en el caso de titulación tan solo se permite un porcentaje de deuda por debajo del 60% del valor de tasación⁴²³.

2.3. RESPONSABILIDAD LIMITADA DEL DEUDOR.

La DAP en su punto 6 indica que: *“cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no rembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia.”* Este punto está siendo

⁴²⁰ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 320.

⁴²¹ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 351.

⁴²² Algunos autores no ven ningún problema para su titulación como MUNUERA CEBRIÁN, Josefina, “Los Instrumentos de Refinanciación tras la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº 3, Sección Crónica del Mercado de Valores, Julio-Diciembre 2008, Editorial LA LEY, pág. 11., que opina que han sido ya tituladas en algunas jurisdicciones, como la inglesa, pero respecto a las posibilidades en España la cuestión no sería tanto si pueden o no pueden ser objeto de una titulación que parece claro, sino si pueden ser cedidas mediante emisión de Participaciones Hipotecarias, y Certificados de Transmisión de Hipotecaria, por las características especiales de estas.

⁴²³ Art. 5 LMH: *“Los préstamos y créditos a que se refiere esta Ley habrán de estar garantizados, en todo caso, por hipoteca inmobiliaria constituida con rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca. Si sobre el mismo inmueble gravasen otras hipotecas o estuviere afecto a prohibiciones de disponer, condición resolutoria o cualquier otra limitación del dominio, habrá de procederse a la cancelación de unas y otras o a su reposición a la hipoteca que se constituye previamente a la emisión de los títulos. El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60% del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80% del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley.”*

especialmente controvertido. Puesto que se establece este recorte en la garantía de la hipoteca inversa frente a la garantía general de todas las obligaciones, que es la responsabilidad patrimonial universal del deudor, art. 1911 CC, que supone un medio general de protección del derecho de crédito. Igualmente este principio queda consagrado en su artículo homólogo en la LH, el art. 105, (*“la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1911 del CC”*), lo que permite el ejercicio de dos acciones conjuntas para reclamar la deuda, la acción real contra la finca hipotecada y la acción personal contra el deudor en caso de incumplimiento. Por ello, de la lectura de la DAP parecería que la hipoteca inversa se parece más a la hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 LH, restringiendo la garantía al inmueble. De hecho, en cierto modo estamos ante una hipoteca de responsabilidad limitada donde la responsabilidad alcanza no sólo al inmueble gravado, sino que también comprende los bienes de la herencia, como veremos más adelante.

2.4. PRÉSTAMO VITALICIO

Quizás la nota que mejor caracteriza la hipoteca inversa está recogida en el punto 5 de la DAP: *“Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios...”*. Estamos pues, ante un contrato de naturaleza vitalicia, con independencia de su fórmula de disposición, temporal o vitalicia, o de si el préstamo ya ha sido totalmente dispuesto y el saldo de capital es el máximo convenido. El vencimiento del préstamo será la fecha de fallecimiento del deudor, o del último de los beneficiarios en el caso de pactarse así. Sin embargo, debemos insistir en que, en ningún caso, si el deudor fallece antes de la finalización de la entrega de la totalidad del capital pactado, transmite a sus herederos derecho alguno para la reclamación de la parte pendiente de entrega⁴²⁴. A pesar de ser un préstamo con garantía hipotecaria donde la subrogación por parte de los herederos del difunto permitiría, en el caso de estar la hipoteca en fase de disposición, continuar con la misma asumiendo los mismos derechos y obligaciones del causante, como consecuencia de las características antes explicadas, la hipoteca inversa es un contrato *intuitu personae*, y no cabe por tanto la subrogación en la posición jurídica del deudor, y esto nos lleva a que tampoco sea posible la disposición

⁴²⁴ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 109.

posterior. Señala SERRANO DE NICOLÁS que en la hipoteca inversa la esencia está en la devolución del capital, al admitirse únicamente su exigibilidad en el momento de fallecimiento del solicitante⁴²⁵. Llegado el óbito del deudor, por lo general, las entidades de crédito establecen un plazo de seis meses a contar desde esa fecha, con objeto de que se practiquen los trámites oportunos de declaración de herederos, partición de la herencia, etc. Por este motivo, las partes no podrían acordar por un pacto *inter partes* otro plazo de amortización distinto que la vida del solicitante, si se estableciera un plazo de extinción diferente, la hipoteca quedaría fuera del ámbito de aplicación de la ley 41/2007.

La hipoteca inversa se identifica con una hipoteca vitalicia, conocida también en el ámbito anglosajón como *lifetime mortgage*⁴²⁶. Aunque como hemos visto, puede haber alguna modalidad residual en algunos Estados federales destinada a fines muy concretos y vinculadas más a la permanencia o residencia en la vivienda que a la vida del deudor.

Por este motivo, por el hecho de ser un préstamo y una hipoteca vitalicia para el deudor, como señala ZURITA MARTÍN, hubiera sido deseable que la legislación hubiese obligado a que la renta también fuera vitalicia, a través de seguros de rentas o disposiciones⁴²⁷. El constituyente asume el riesgo de que si vive más años de los previstos se puede encontrar sin capital del que disponer en sus últimos años de vida.

2.5. FACTORES QUE DETERMINAN DE IMPORTE DEL PRÉSTAMO.

La incertidumbre sobre los años de vida del deudor o del beneficiario en su caso, implica un riesgo para la entidad prestamista quien debe combinar una serie de variables, entre las que se deberían incluir cualquier posible riesgo, que fuera medible matemática o al menos estadísticamente.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta el número de años que hipotéticamente le restan por vivir al solicitante, para lo que se utilizan tablas

⁴²⁵ SERRANO DE NICOLÁS, A., op. cit., pág. 36. ; del mismo modo, MURO VILLALÓN, J. V., op. cit., pág. 6.

⁴²⁶ FEDERAL FINANCIAL INSTITUTIONS EXAMINATION COUNCIL, op. cit. pág. 6.

⁴²⁷ ZURITA MARTIN, I. “La nueva...” op. cit., pág. 1316: “...El legislador podría haberlo dispuesto así expresamente, conduciendo a las entidades crediticias a concertar el correspondiente seguro para garantizar el pago vitalicio de la renta; o, caso contrario, exponer claramente las consecuencias desfavorables que para el anciano tendría no concertar un seguro de renta vitalicia”.

actuariales⁴²⁸. Otro factor que influye en estos cálculos, es que la hipoteca incluya una estipulación a favor de beneficiario. En este caso, siempre se contemplará la posibilidad de que al menos viva una de las dos personas, el deudor o el beneficiario, aquella que actuarialmente tenga mayor esperanza de vida.

En segundo lugar, el importe de que el deudor puede disponer dependerá de si la disposición del capital se realiza al inicio del préstamo, o si la disposición es progresiva, periódica a lo largo del tiempo. En este punto, se valora la deuda futura, acumulada al final de la esperanza de vida del deudor. Este importe no suele exceder de un porcentaje entre el 70% y el 90% del valor de tasación actual, al momento de la constitución de la hipoteca, y variará en función de las políticas de riesgos que cada entidad financiera quiera asumir, y en consonancia asumirá mayor o menor porcentaje de tasación, aumentado o disminuyendo así el riesgo del préstamo. El porcentaje sobre tasación dependerá igualmente de la confianza o valoración del cliente por parte de la entidad de crédito, y del tipo y valor inicial de la vivienda.

Un tercer factor a tener en cuenta es el tipo de interés del préstamo, bien el prefijado o su equivalente medio anual si se aplicase un tipo de interés variable en función de Euribor u otro índice de referencia del mercado.

De modo que el importe de la hipoteca será: el importe disponible referido al inicio de la operación en porcentaje sobre el valor de tasación del bien; la deuda acumulable; y la revalorización media del bien para que el 80% del valor del inmueble cubra la deuda acumulable al final de la operación⁴²⁹. Durante el periodo de duración del préstamo, la deuda generalmente crece más rápidamente que el valor de la propiedad dado que los intereses se van acumulando al importe total de la deuda acumulada. Por tanto, si el prestatario vive más de lo previsto en el cálculo actuarial, la deuda puede incluso superar el valor de la propiedad.

2.6. SISTEMA DE AMORTIZACIÓN, AL VENCIMIENTO.

Como última característica podemos destacar el inexistente sistema de amortización, de modo que hasta el momento del vencimiento no son exigibles ni

⁴²⁸ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., pág. 68. Generalmente las tablas PERM7F-2000P (Tabla generacional española de supervivencia masculina/femenina), oficiales y publicadas son las que se utilizan actuarialmente para los seguros colectivos, o las tablas GRM/F-95 utilizadas generalmente, en las operaciones individuales.

⁴²⁹ TAFFIN, C., op. cit., pág.3. LECINA GRACIA, J. M., “Hipoteca inversa y revalorización de la pensión”, *Revista Actuarial*, N° 28, Abril, 2009. págs. 101-123. pág. 107.

los intereses, ni el capital. Algunos autores hablan de *garantía de espera*, es decir, mientras viva uno de los titulares de la hipoteca inversa no se solicitará la devolución de la deuda⁴³⁰. Como hemos indicado, el principal problema que plantea esta situación es la excesiva acumulación de intereses durante un largo espacio temporal, que puede dar lugar a patrimonios negativos, cuando el valor final del préstamo hipotecario es superior al valor de la vivienda.

3. DIFERENCIAS ENTRE HIPOTECA INVERSA E HIPOTECA ORDINARIA

Recordemos que esta hipoteca no ha sido producto de la evolución de las figuras jurídicas que recoge nuestro Derecho, sino el resultado de la importación de los modelos anglosajones, incluso su nombre no deja de ser una traducción literal. La adaptación de estas categorías conceptuales a nuestro ordenamiento, conlleva dificultades especialmente cuando son instituciones procedentes de sistemas jurídicos distintos y, por tanto, es preciso tomar las cautelas necesarias⁴³¹. Se trata de trasladar una figura perteneciente al sistema de *commom law*⁴³², frente a un sistema hipotecario positivista, además de trasladar un negocio jurídico absolutamente nuevo a la mentalidad española. Podría decirse que las *forward mortgage* corresponderían a lo que conocemos como hipotecas ordinarias o de tráfico con sistema de amortización, o hipotecas de amortización y, en cambio, las *reverse mortgage*, podríamos denominarlas, en contraposición, como hipotecas de endeudamiento o desamortización⁴³³. Por esta razón, en el mercado estadounidense estas hipotecas son llamadas *rising debt, falling equity loans*, en cuanto la cantidad debida por el prestatario va creciendo al mismo tiempo que va

⁴³⁰ ESTUPIÑÁN CÁCERES, R. op. cit., pág. 202.

⁴³¹ BAZ IZQUIERDO, F. *Derecho Inmobiliario e Hipotecario Inglés y su comparación con el sistema inmobiliario Español*, Edersa, Jaén, 1980. págs. 596 y ss. "...Frente al sistema español donde la hipoteca tiene una constitución registral y unas características comunes, en el ordenamiento jurídico inglés subsisten clasificaciones de hipotecas divididas en legales, de equidad y registradas, con distinta fuerza y afección."

⁴³² LÓPEZ NAVARRO, J. op. cit. pág. 3. "... en Estados Unidos de Norteamérica, han sabido, en menos de dos siglos, asimilar e integrar los principios del Common Law, alejándose de ellos cuando lo han creído útil para la codificación y para sus legislaciones estatales y sobre todo han conservado su unidad nacional gracias a la Constitución Federal. Desde el proceso Calvin en 1608 es el Common Law el que va a regir en las trece Colonias inglesas desde 1607 hasta 1722, siendo éste un Derecho Primitivo en el que, curiosamente, la Biblia es con frecuencia la fuente de referencia jurídica y de la que nacerán códigos parciales que faciliten la administración de justicia como el de Massachusetts de 1634".

⁴³³ MUÑIZ ESPADA, E. op. cit., pág. 98.

decreciendo el valor del inmueble, frente al préstamo hipotecario clásico que es un *falling debt, rising equity loan*, préstamo de débito decreciente y capital inmobiliario creciente⁴³⁴. De hecho, en la hipoteca inversa la entidad de crédito proporciona cantidades de dinero que van reduciendo el valor líquido del inmueble a medida que se acumulan los intereses, pudiendo llegar a que el préstamo no pueda ser amortizado contra el valor de la propia vivienda, cuando se ha llegado a un saldo de un patrimonio negativo, *negative equity*.

3.1. DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LA HIPOTECA.

El sistema utilizado para determinar el importe del préstamo va a ser muy diferente. En primer lugar, debemos distinguir que en el caso de la hipoteca inversa nos encontramos ante una hipoteca de máximo. La diferencia entre la hipoteca de tráfico y las hipotecas de seguridad, y dentro de estas la hipoteca de máximo o flotantes, recién incorporadas positivamente a nuestro ordenamiento, es que la hipoteca ordinaria asegura una obligación ya existente y debidamente registrada, la obligación asegurada tiene una existencia cierta y su cuantía y demás circunstancias están establecidas; mientras que en las hipotecas de seguridad, tanto la obligación, como la cuantía, y algún otro dato, pueden estar indeterminados, aunque son identificables a través de una determinación extrarregistral posterior⁴³⁵. Se realizará el principio de especialidad registral y el rango hipotecario lo determinará el momento de la inscripción registral⁴³⁶. Aunque la hipoteca inversa se incluye en este tipo de hipotecas de seguridad, quizás con la que mejor se identifica es con la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito. Lo que nos queda claro es que en la hipoteca ordinaria el importe está prefijado en el momento de la constitución, en la escritura y determinada así, la responsabilidad hipotecaria, mientras que en la hipoteca inversa, aunque hemos preestablecido el importe máximo de que el deudor puede disponer, debemos esperar al momento del fallecimiento para determinar el montante final de la deuda. Los criterios utilizados para la determinación del importe, en la hipoteca inversa van a ser una combinación entre el valor de

⁴³⁴ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 5.

⁴³⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil Derechos reales...*, op. cit., pág. 69. Esta Clasificación en ordinarias, de tráfico y de seguridad, viene de la doctrina germana, y fue sancionada en resoluciones a partir de 1917 por la DGRN, pero sus términos no están recogidos en nuestra ley LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil III...*, op. cit., pág. 229.

⁴³⁶ SÁNCHEZ CALERO, F. J., y otros, op. cit., pág. 424.

tasación, edad del solicitantes, etc., mientras que en la hipoteca ordinaria, será un máximo de porcentaje de tasación, y en función de las necesidades del deudor, sus ahorros, su capacidad de endeudamiento, se establecerá el importe del capital prestado.

3.2. PERFIL DEL DEUDOR DE LA HIPOTECA.

Si nos fijamos en la figura del deudor, veremos que si comparamos la hipoteca inversa con la hipoteca de adquisición de vivienda, las cualidades del deudor cambian de modo sustancial. Por lo general, el adquirente de vivienda o deudor en una hipoteca ordinaria, es una persona joven, con capacidad de endeudamiento y de reembolso, es decir en un momento de empleo y posibilidades de mejora económica, con una larga esperanza de vida y una perspectiva de trabajo que le permita pagar el préstamo. De hecho, en la práctica bancaria, se limitaba el plazo de la hipoteca, a la vida laboral del deudor, hasta los 65 años, momento en que los ingresos de la persona disminuyen al depender, en su mayor parte de los casos, de una pensión.

Además, para las entidades financieras la principal garantía de un préstamo hipotecario ordinario es el deudor, no la garantía hipotecaria que es utilizada en último extremo, cuando ya han sido agotadas todas las vías de recuperación de la deuda. Prueba de ello, es que la mayor parte de las entidades obligan al hipotecante a contratar un seguro de vida, cuyo primer beneficiario sea la entidad financiera por el capital pendiente del préstamo en el momento del siniestro, si éste se produjera. Con esta contratación se tratan de asegurar que, pese a los contratiempos, el destino de todos préstamos sea la devolución del mismos, no la ejecución hipotecaria del bien dado en garantía.

En la hipoteca inversa se permite obtener un préstamo hipotecario por un elevado importe a ciertas personas que por su perfil económico y social, ya no cumplen con las condiciones anteriores y no son idóneas para la obtención de un préstamo hipotecario ordinario⁴³⁷. Concretamente, estas hipotecas parecen destinadas a quien no tiene otras fórmulas para obtener ingresos⁴³⁸. El especial sistema de amortización nos lleva a que en la hipoteca inversa no hay que pagar mensualidades, y al no tener que realizar ninguna devolución, no existe el riesgo

⁴³⁷ Así lo entiende también, BALAGUE, C., op. cit., pág. 35, comenta como no se requieren unos ingresos mínimos.

⁴³⁸ Por su parte, MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 93.

de perder la vivienda por falta de pago⁴³⁹, siempre sin olvidar que puedan concurrir otras causas que puedan desencadenar una ejecución hipotecaria.

3.3. COSTES DE LA CONTRATACIÓN.

Si nos fijamos en los costes de la contratación de ambas hipotecas, ordinaria e inversa, que corren a cargo del deudor, comparados los gastos que conlleva una hipoteca ordinaria y una inversa veremos que no difieren esencialmente:

a.- La tasación de la vivienda es un trámite común, y requerido por los arts. 7 y 8 de la LMH, en ambos casos.

b.- La comisión de apertura, igualmente es un gasto común a ambas hipotecas. En el caso de la hipoteca inversa que estuviera abierta bajo la fórmula de cuenta corriente de crédito, podría además tener una comisión de disponibilidad, como la mayor parte de los créditos, bien trimestral, anual, etc. Las entidades financieras están obligadas a publicar sus tarifas máximas en sus tablones de anuncios y en el Banco de España. No obstante, el precio concreto de cada comisión no deja de ser una negociación individual con cada deudor.

c.- En el caso del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la hipoteca inversa está exenta, salvo en el caso de que no cumpla los requisitos de hipoteca inversa sobre vivienda habitual, o cualquier otro de los requisitos esenciales de la Ley 41/2007.

d.- Los aranceles de Notario y Registro son un gasto común pero con una importante diferencia: la hipoteca inversa goza de una exención legal en un porcentaje importante. Tendrá el mismo tratamiento para el cálculo de los honorarios notariales de esta escrituras que para los “documentos sin cuantía” en el arancel notarial, y una reducción del 90% en el arancel registral. Igual que en el caso anterior, no será así si no cumple con el requisito de vivienda habitual.

e.- Si es cierto que en cuanto a seguros obligatorios por disposición de la ley o requeridos por las entidades financieras vamos a apreciar diferencias:

1.- El seguro de incendios, o de hogar, o multirriesgo, sobre el valor de la vivienda es un requisito del art. 8 de la LMH. Los bienes hipotecados habrán de

⁴³⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 46, y continúa diciendo como la hipoteca inversa es la primera hipoteca en la que en lugar de pagar al acreedor se recibe dinero de éste.

estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

2.- Un seguro de vida del hipotecante, donde la entidad financiera fuera la beneficiaria en el caso de ocurrir el siniestro, el deceso, asegurándose así el pago de la deuda pendiente, que solamente es requerido en las hipotecas ordinarias. En el caso de la hipoteca inversa, la edad del asegurado, daría como resultado una prima de seguro demasiado elevada, porque el riesgo de fallecer para una persona anciana, es mucho más elevado.

En una hipoteca de amortización u ordinaria, a particulares, cuando el acreedor pide al prestatario del préstamo la contratación de un seguro de vida cuyo beneficiario va a ser la entidad financiera, lo que hace es prever que el deudor pueda fallecer anticipadamente sin haber terminado de amortizar el préstamo, de forma que sea la compañía de seguros quien se haga cargo del capital e intereses pendientes en caso de siniestro. Es decir, el prestatario sólo está obligado por ley a contratar un seguro de incendios sobre la vivienda de acuerdo el art. 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, pero el prestamista en la práctica le exige un seguro de vida. De este modo en vida del deudor, el prestamista cuenta con la garantía real y la garantía personal sobre todos los bienes presentes y futuros, pero en caso de fallecimiento ya no contaría con la garantía de los bienes futuros, en base a los cuales la entidad accedió a formalizar el préstamo, es decir sus futuros ingresos del deudor. De esta forma la entidad se ha garantizado esos bienes futuros con un seguro de vida. En la hipoteca inversa, debido a la avanzada edad del deudor no es posible contratar un seguro de vida porque el coste de la prima sería elevadísimo, y por lo tanto, parece que la garantía se circunscribe a la garantía real sobre la vivienda.

3.- Seguro de rentas vitalicias o de supervivencia. Dependerá de la fórmula elegida de disposición de la hipoteca inversa.

Este tipo de gastos unidos a la hipoteca, en el caso de las hipotecas inversas, puede resultar muy costoso en algunas ocasiones. El TAE del préstamo, es decir, el tipo de interés resultante de combinar el tipo de interés nominal, comisiones bancarias y el plazo de la operación, será menor cuanto más tiempo se mantenga en vigor el préstamo, y será mayor cuanto más corto sea el número de años de vigencia, así con igual tipo de interés repartimos los costes fijos de la operación. En las hipotecas convencionales, aunque se puedan cancelar anticipadamente conocemos el número de años por los que se contrata el

préstamo, pero, en el caso de la hipoteca inversa dependerá de los años de vida del deudor⁴⁴⁰.

4. RIESGOS EN LA HIPOTECA INVERSA

Múltiples factores influyen en el desarrollo de la hipoteca inversa y en la determinación final de las contraprestaciones de las partes, nos referimos a todas aquellas incertidumbres asociadas de forma natural al contrato como el tipo de interés, la supervivencia del deudor, valor final de la vivienda, etc., es decir, que existen diversos elementos de riesgo. No obstante, no creemos que deba incluirse a la hipoteca inversa dentro de los negocios aleatorios, puesto que las prestaciones individuales de cada una de las partes quedan preestablecidas en la formalización del contrato, y no sujetas a ningún acontecimiento incierto o al azar⁴⁴¹. Si bien es verdad, que en esta hipoteca existe una dosis de indeterminación en cuanto al importe final de la obligación asegurada⁴⁴². Del mismo modo que en casi todos los negocios jurídicos, hay una serie de riesgos implícitos que las partes deben asumir y conocer, dentro de su prestación de consentimiento. Porque *ceteris paribus* todos los contratos pueden resultar favorables o desfavorables, para alguna de las partes, y nunca vamos a tener un conocimiento absoluto de lo que va a ocurrir, más cuando hablamos de contratos que se prolongan en el tiempo. Por ejemplo, no sabemos si el precio de compra de una vivienda dentro de unos meses se va a ajustar al mercado y, sin embargo se celebra la compraventa años antes de la entrega de la misma, con la firma de un contrato privado⁴⁴³.

⁴⁴⁰ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 10.

⁴⁴¹ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I. Editorial Tecnos. Madrid. 1995. pág. 338. Definen los negocios comutativos como aquellos en los que la relación de equivalencia entre las prestaciones a cargo de ambas partes se encuentra de antemano fijada por ellos, en la compra-venta el comprador paga el precio que cree valer la cosa y el vendedor se desprende de ella porque estima que aquel precio cubre el valor que tiene para él. Por el contrario, los negocios son aleatorios cuando la efectiva ejecución de la prestación de una de las partes queda pendiente de un acontecimiento incierto pues depende de la suerte o del azar.

⁴⁴² JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 104: “*aunque se conoce el capital, la cantidad debida por intereses, que a la postre depende de la duración de la vida del deudor hipotecario, no se podrá determinar hasta el fallecimiento del prestatario. El importe de los intereses depende del tiempo que medie entre la fecha de entrega del capital y la fecha de fallecimiento del prestatario.*”; Igualmente en este sentido, VAÑO VAÑO, M. J., op. cit., pág. 582.

⁴⁴³ A este respecto, DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús, *El contrato aleatorio*. Editorial Comares. Granada, 2004, pág. 42 señala que la celebración de un contrato supone un acuerdo de voluntades y es un instrumento válido para satisfacer las necesidades de tipo económico, y en el

Aunque la definición dada en nuestro CC, en su *Título XII De los contratos aleatorios o de suerte*, art. 1790⁴⁴⁴, no sea quizás todo lo clara que se pudiera desear, nos vamos a basar en ella. El artículo mencionado parte de que existirá un contrato aleatorio cuando las prestaciones mutuas entre las partes de dar o hacer, dependen de que suceda un acontecimiento incierto, o de que éste debe de ocurrir en tiempo indeterminado. O siguiendo a DOMINGUEZ LUENGO, el contrato aleatorio se asienta en tres elementos que lo tipifican frente a otra categoría contractual: la indeterminación inicial del resultado, dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto y voluntariedad y voluntariedad de los interesados en asumir ese riesgo⁴⁴⁵. Parece claro que en la hipoteca inversa no existe un acontecimiento incierto, ya que la muerte es el acontecimiento más cierto de nuestras vidas. Con respecto a la condición de que ha de ocurrir en un tiempo indeterminado, gran parte de los contratos tienen su resultado en tiempos indeterminados, y no por ello, son aleatorios, siguiendo con la misma línea argumental, todos los contratos *mortis causa*. En el caso de la hipoteca inversa la muerte del deudor simplemente determina el vencimiento de la operación, si bien es cierto, que derivado del momento en que ésta se produzca se generen muchas incertidumbres en el contrato.

El propio Código Civil, continúa enumerando como contratos aleatorios dentro de los capítulos comprendidos bajo este Título XII: el contrato de alimentos, del juego y de la apuesta, y la renta vitalicia. De modo, que no cabe duda qué contratos son aleatorios⁴⁴⁶. No obstante, el CC también recogía en los arts. 1791 a 1791 el contrato de seguro, como contrato aleatorio hasta la publicación de la Ley 50/1980 de contrato de seguro, donde lo define como

quedan establecidos los sacrificios y las ventajas que se deriban para cada una de las partes que lo celebran, encontrándose, de ese modo, fijado una especie de equilibrio que queda sellado por el consentimiento. De esta manera, cada uno de los contratantes obtiene del contrato mayor utilidad que si no lo hubiera celebrado, el *id quod interest*, es decir, cada uno de ellos considera que la necesidad satisfecha tiene un valor superior que los medios que ha empleado para conseguirla.

⁴⁴⁴ Art. 1790 del CC “*Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado*”.

⁴⁴⁵ DOMINGUEZ LUENGO, A., “Título XII De los contratos aleatorios o de suerte”. En *Comentarios al Código Civil*. Coord el mismo, Ed. Lex Nova. Valladolid, 2010. pág. 1938.

⁴⁴⁶ DÍAZ GÓMEZ, M. J., op. cit. pág. 82, puntualiza como en un contrato aleatorio la prestación de al menos una de las partes queda sometida al devenir incierto de un evento externo al contrato y a las partes.

aquel contrato en que el asegurador se obliga a indemnizar en el caso de *que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura*⁴⁴⁷.

En el resto de los contratos debemos considerar a los riesgos como la incertidumbre que afecta a todos los contratos, mientras que el *aleas* sería aquel riesgo inherente al contrato aleatorio, incorporado voluntariamente por las partes y que determina las prestaciones de las partes⁴⁴⁸.

Con todo lo anterior, no podemos calificar el contrato de hipoteca inversa como aleatorio, puesto que se trata de un contrato cuyas prestaciones están previamente establecidas y equilibradas. Como matiza JIMÉNEZ CLAR, "...la equivalencia entre las prestaciones de las partes, esto es, la cuantía de cada una en relación con la otra, no queda sometida a un suceso incierto o independiente de la voluntad". Las contraprestaciones de las partes van a ser equilibradas y ninguna de las partes va a resultar beneficiada al vencimiento por causas desconocidas en el momento de la contratación, aunque efectivamente existen algunos datos no determinados *a priori*⁴⁴⁹. En el momento de la cancelación, al vencimiento del préstamo, cada una de las contrapartes habrá recibido la prestación convenida correspondiente a los años transcurridos desde la formalización del contrato⁴⁵⁰. No obstante, ha perdido importancia esta distinción que sí era relevante en el derecho histórico por cuanto calificar un contrato como aleatorio no permitía la rescisión por lesión, y sí en el contrato conmutativo. En la actualidad, todos los

⁴⁴⁷ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Instituciones...*, op. cit., pág. 749. En este momento el contrato de seguro sale del ámbito civil, y pasará al Derecho mercantil.

⁴⁴⁸ DÍAZ GÓMEZ, M. J., op. cit. pág. 14. Considera que en el contrato aleatorio las partes de forma voluntaria incorporan el *aleas* al contrato, siguiendo un procedimiento: "1º la consideración de un fenómeno incierto, esto es la concreción de cualquier situación, hecho o circunstancia en cuyo advenimiento o determinación intervienen elementos que escapan al conocimiento o control de los propios particulares. 2º La atribución por los contratantes de unas consecuencias jurídicas diferentes para la relación obligatoria constituida entre ellos, según los resultados de aquél fenómeno."

Véase el estudio de la profesora TORAL LARA, E., sobre la diferencia entre riesgo y *aleas*, *El contrato de...*, op. cit., pág. 215 y ss.

⁴⁴⁹ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Instituciones de Derecho...* op. cit. pág. 405. Señala que la aleatoriedad no tiene el sentido económico que se da en todo contrato, sino que en los contratos aleatorios incide en la ejecución de la prestación o en su cuantía.

⁴⁵⁰ DÍAZ GÓMEZ, M. J. op. cit. pág. 82. Estudio que podemos llegar a una situación de equilibrio o desequilibrio. Entiende este autor que se produciría una situación de equilibrio cuando atendiendo a lo que se da o lo que se recibe a cambio, puede ocurrir que cada sujeto estime beneficiosa para el tal situación, en cuanto que obtiene mayores utilidades de las bienes que recibe que de aquéllos de los que se desprende. Por otro lado se producirá una situación de desequilibrio económico cuando ambos sujetos consideres la situación beneficiosa para uno de ellos, pues la utilidad que éste extrae con los bienes que recibe es económicamente superior a lo que el otro obtiene.

contratos quedan sometidos a las causas de rescisión por lesión (art. 1291.1 y 2 y 1293 del CC)⁴⁵¹.

Sin embargo, no es una figura carente de ciertos riesgos. Añadidos a los riesgos intrínsecos de cualquier operación de crédito, se suman los propios de las características de la hipoteca inversa. Muchos autores destacan tres riesgos principales para la entidad crediticia como la longevidad del prestatario, el tipo de interés y la devaluación del valor de la vivienda⁴⁵². A estos riesgos podemos añadir el riesgo crediticio y de amortización anticipada. Cuando hablamos de todos los riesgos de la hipoteca debemos siempre tener en cuenta que ambas partes son o pueden ser beneficiadas o perjudicadas por la existencia de estas incertidumbres. El caso más claro es la evolución del mercado de la vivienda o de los tipos de interés, dependiendo del momento beneficiará a uno de los contratantes y perjudicará a la otra parte, o ambos por igual se verán favorecidos, por ejemplo, en el caso de la subida del precio de la vivienda. No obstante, cabe insistir en que la hipoteca inversa es, entre los contratos ya mencionados que persiguen la misma finalidad, aquel en el que menor desequilibrio de prestaciones desde una perspectiva económica puede llegar a generar en el momento de extinción de la relación jurídica.

4.1. RIESGO CREDITICIO Y RIESGO DE LIQUIDEZ

El riesgo de crédito se deriva de la posibilidad de que el prestatario no pueda hacer frente al pago de la deuda pendiente, más los intereses. En las hipotecas ordinarias este riesgo dependerá de su solvencia. Debemos tener en cuenta que esta clase de créditos soporta un mayor riesgo que los préstamos convencionales, puesto que la deuda va aumentando a medida que transcurre el tiempo, en lugar de decrecer. El plazo del préstamo es incierto, puesto que no conocemos la longevidad del prestatario o beneficiario. Y la delimitación inicial del importe de la deuda, acorde con el valor de la propiedad resulta muy costosa cuando no se conocen perfectamente los riesgos.

El riesgo de liquidez para la entidad financiera se concreta en que la deuda sólo se va recuperar en el momento final, por lo que si la entidad asume un volumen muy alto de hipotecas inversas tanto en número como en volumen de

⁴⁵¹ DOMINGUEZ LUENGO, A., op. cit., pág. 1938.

⁴⁵² Entre otros, JIMÉNEZ CLAR, A. J. *La hipoteca inversa como instrumento...* op. cit., pág. 127; TORAL LARA, E., “Hipoteca inversa...”, op. cit., pág. 1863.

negocio, supondría un importante esfuerzo de liquidez durante un dilatado periodo de tiempo. Para solucionar este problema se podría recurrir a la emisión de cédulas y bonos hipotecarios, experiencia ya utilizada en Estados Unidos, aunque no siempre con buen resultado⁴⁵³.

Todos estos factores justifican el hecho de que el tipo de interés para las hipotecas de esta clase, normalmente a tipo fijo en Reino Unido y variable en Estados Unidos (aunque generalmente, este binomio suele ser justo al contrario que para los préstamos para adquisición de vivienda), sea significativamente mayor que el tipo que aplican las entidades financieras a los préstamos convencionales, destinados a la adquisición de vivienda.

4.2. RIESGO DE TIPO DE INTERÉS

El riesgo de tipo de interés aparece cuando las variaciones en el mismo afectan al margen de intermediación del prestamista. Este riesgo depende, fundamentalmente, de los plazos de fijación de los tipos de activo y pasivo de las entidades y tenderá a ser menor cuanto más próximos sean estos. En la práctica, las entidades de crédito se suelen financiar con instrumentos como los depósitos, cuya rentabilidad se renueva a corto plazo, y por tanto, el riesgo es mayor en los préstamos a tipo fijo que en los de tipo variable. La propia Ley 41/2007 incluyó la posibilidad de que las entidades financieras cobraran una compensación por riesgo de tipo de interés en los casos de tipo de interés fijo, cuando demostraran que se había producido una pérdida económica por la cancelación anticipada, una comisión que ha resultado de difícil aplicación⁴⁵⁴. Por lo tanto, aumentará más este riesgo, cuanto mayor sea el periodo de fijación del tipo de interés⁴⁵⁵.

⁴⁵³ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 64: “...sólo desde el momento en que comenzó a desarrollarse el mercado secundario para las hipotecas inversas fue posible que las entidades financieras pudieran ofertar un volumen considerable de préstamos garantizados con este tipo de hipoteca...”.

⁴⁵⁴ La propia Ley 41/2007 en su art. 9, establece la compensación por riesgo de tipo de interés.: “1. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de créditos o préstamos hipotecarios que se produzcan dentro de un periodo de revisión de tipos de interés cuya duración pactada sea igual o inferior a doce meses no habrá derecho a percibir por la entidad acreedora cantidad alguna en concepto de compensación por riesgo de tipo de interés...”

⁴⁵⁵ ALONSO, F.; BLANCO, R.; DEL RIO, A., “Créditos hipotecarios a tipo de interés fijo frente a tipo variable: comparación de riesgos e implicaciones macroeconómicas”. *Boletín Económico*. Banco de España. Abril 2004. págs. 77 y ss.

En los contratos a tipo variable, el coste de financiación será la suma del tipo de interés libre de riesgo a corto plazo y de la prima por riesgo crediticio. En los de tipo fijo, el coste recogerá el tipo de interés sin riesgo al plazo de concesión del crédito, más una prima por los riesgos crediticios, y de amortización anticipada, lo que convierte al coste de tipo fijo en un coste superior al de tipo variable.

Por otra parte, el crecimiento de los tipos de interés puede incrementar rápidamente la deuda acumulada, y por tanto aumentar la probabilidad de que supere el valor de mercado del inmueble en el momento de finalizar el contrato⁴⁵⁶. El riesgo de variación de los tipos de interés es mayor en las hipotecas inversas que en otros productos, porque el pequeño importe de la deuda pendiente en el origen, oculta el futuro crecimiento que la operación implica; los cambios en el tipo de interés tienen pocos efectos en los valores iniciales de la deuda, pero pueden generar enormes variaciones futuras. Por el contrario, en los préstamos tradicionales u ordinarios el efecto de las variaciones en los tipos de interés se percibe rápidamente, puesto que el deudor comienza a pagar cuotas superiores en el momento que se modifica el tipo de interés⁴⁵⁷.

4.3. RIESGO DE AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

Las entidades de crédito asumen también un riesgo de amortización anticipada en los préstamos a tipo de interés fijo, ya que el deudor tiene la opción de cambiar sus condiciones a través de la novación y subrogación del préstamo y, en última instancia, su cancelación. En el caso de la hipoteca inversa el riesgo de amortización anticipada llega al extremo, al tratarse de un contrato cuyo plazo temporal es la vida del solicitante. Efectivamente, el tomador puede fallecer anticipadamente, a las pocas fechas de la contratación del préstamo, o puede gozar de una increíble longevidad. Para remunerar el riesgo y limitar su alcance, las entidades tenderán a aplicar un tipo de interés más elevado, más aún cuando, de acuerdo a la Ley 41/2007, a este tipo de hipotecas no se le puede exigir ninguna compensación por cancelación, la antes denominada comisión de amortización anticipada: "...sin que el acreedor pueda exigir compensación

⁴⁵⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 83.

⁴⁵⁷ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 84.

alguna por la cancelación”⁴⁵⁸. De este modo, cuando se trate de un vencimiento por fallecimiento del deudor, el acreedor no podrá cobrar ningún tipo de comisión, ni siquiera comisión por otros conceptos, como podría ser el otorgamiento de la escritura de cancelación de préstamo, formalización de la cancelación o similar⁴⁵⁹. Igualmente, podría ocurrir que el deudor decidiera voluntariamente realizar una amortización anticipada parcial o total, bien porque le ha tocado la lotería, ha heredado o no le apetece mantener parte de la carga sobre su vivienda. En el caso, la Ley 41/2007 establecía una compensación por desistimiento en sus arts. 8 y 9, aplicable a la cancelación anticipada por el titular. La fórmula de cobro de esta compensación varía en función del tiempo transcurrido desde su formalización. Se permite una compensación por desistimiento del 0,5% sobre el importe cancelado si se cancela durante los 5 primeros años y del 0,25% a partir del 6º año. Si la entidad demuestra que se la ha causado una pérdida, por la cancelación de un préstamo a tipo de interés fijo, el deudor deberá pagar a su vez, una compensación por riesgo de tipo de interés⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Esta sería la compensación para las hipotecas ordinarias. La Ley modificó estas comisiones de forma que un préstamo vivienda, sólo pueda pagar una comisión por desistimiento, con unos porcentajes inferiores a la anterior comisión por amortización anticipada, siguiendo las directrices COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. “Libro Verde, el Crédito Hipotecario en la UE”. Bruselas, 19.07.2005. COM (2005) 327 final. pág. 5 y 9. La Comisión insiste en que los regímenes de amortización anticipada varían mucho entre los Estados miembros. En unos están muy regulados y en otros con una cuestión de Derecho contractual privado entre el consumidor y el prestamista, donde el consumidor sólo puede elegir entre una serie de contratos e hipotecas normalizados y no tiene posibilidades reales de negociar condiciones individuales. Así mismo, las penalizaciones por amortización anticipada pueden retrasar la transmisión de variaciones en los tipos de interés y dificultar la refinanciación en tales circunstancias.

Art. 8. Compensación por desistimiento:

1. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, que se produzcan en los créditos o préstamos hipotecarios a los que se refiere el artículo anterior de la presente Ley, la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de compensación por desistimiento, no podrá ser superior:

al 0,5 % del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o

al 0,25 % del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicado en el número anterior.

⁴⁵⁹ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 320.

⁴⁶⁰ La compleja definición de pérdida para la entidad, harán difícil su cobro efectivo, art. 8,2 de la Ley 41/2007: “El valor de mercado del préstamo o crédito se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El contrato de préstamo especificará el

El ordenamiento francés recoge este problema de forma individualizada para la *prêt viager hypothécaire*⁴⁶¹, en su art. L314-11 al regular unas comisiones específicas en el caso de amortización anticipada del préstamo, e incluso establece una multa a cualquier entidad financiera que cobre por encima de estas comisiones prefijadas en función de que el préstamo haya sido abonado en un pago único o en forma de renta temporal, y del tiempo que haya transcurrido desde el primer pago de disposición del préstamo, siempre resultando más penosa la cancelación cuanto más cercana a la formalización del préstamo haya sido en el tiempo.

4.4. RIESGO DE DEVALUACIÓN DEL INMUEBLE.

Si el inmueble no se revaloriza, incluso, si su valor de mercado disminuye, la deuda podría llegar incluso superar el valor de mercado de la vivienda en el

índice o tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine el Ministro de Economía y Hacienda.”

⁴⁶¹ LAMOISSIÈRE-POUVREAU, C., MASSET-DENÈVR, E., op. cit., pág. 5. El deudor tiene la posibilidad de rembolsar total o parcialmente el préstamo con anticipación bajo ciertas condiciones si él lo desea art. L 314-10 al 12 del *Code de la Consommation*. Cuando el capital ha sido pagado de una sola vez, el prestamista puede negarse a aceptar un reembolso anticipado inferior al 10 % del capital abonado. El prestamista no puede reclamar otras sumas del deudor que las permitidas por el art. L 314-11 “*Dans les cas de remboursement prévus aux deux premiers alinéas, le prêteur est en droit d'exiger une indemnité qui ne peut, sans préjudice de l'application de l'article 1152 (importes convenidos por las partes) du code civil, excéder un montant qui, dépendant de la durée du contrat déjà réalisée, est fixée selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat.*” Es el decreto, (décret no 2006-1540 du 6 décembre 2006), al mismo tiempo establece una pena de multa de 30.000 euros art. L 314-17.a la entidad que incumpla estas comisiones:

Cuando el importe del principal del préstamo se paga de una sola vez:

- 4 meses de intereses sobre el monto de capital, préstamos de tipo de interés incluido en el contrato de préstamo, si la solicitud de redención se produce entre el primer año del préstamo y el final de la 4^o año;

- 2 meses de intereses sobre el monto de capital, préstamos de tipo de interés incluido en el contrato de préstamo, si la solicitud de redención se produce entre el 5^o año del préstamo hasta el final del 9^o año ;

- 1 meses de intereses sobre el monto de capital, préstamos de tipo de interés incluidas en el contrato de préstamo, si la demanda proviene de los años 10;

Cuando el importe del principal del préstamo se paga periódicamente:

- 5 / 12 pagos debidos en virtud del primer año si la demanda de pago anticipado se produce entre la fecha del primer desembolso del préstamo y el final de la 4^o año;

- 3 / 12 de todos los pagos del primer año si la demanda de pago anticipado se produce entre el 5^o año del préstamo hasta el final del 9^o año;

- 2 / 12 de todos los pagos del primer año, si la demanda proviene a los años 10.

momento de vencimiento⁴⁶². El cálculo de la revalorización de los inmuebles, es decir, los valores futuros, y la tasa de crecimiento de las propiedades inmobiliarias son datos desconocidos para el prestamista, y como hemos presenciado en los últimos años, resultan datos imposibles de prever, a pesar de los estudios estadísticos que los sustentan, por lo cual el riesgo asociado es obvio. La concesión de hipotecas inversas en localizaciones geográficas muy dispares podría diversificar el riesgo, pero en definitiva, tampoco es una estrategia que aporte importantes beneficios para las entidades financieras⁴⁶³.

El mayor riesgo será que el valor de la vivienda en venta sea inferior a la deuda generada, o dicho de otra forma, que peligre la suficiencia de la garantía en el momento de devolución del crédito, porque aunque la ley haya ampliado la repetición a otros bienes del constituyente que formen el caudal relicto, en la mayoría de las ocasiones, éste será mínimo, y tampoco se garantiza una preferencia de cobro sobre los mismos. Al fin, si la deuda es superior al valor de la vivienda, difícilmente los herederos van a permitir que queden otros bienes en la herencia del causante que hacer efectivos. En estos casos, las más perjudicadas van a ser las entidades de crédito, por lo que algunas se muestran reticentes a formalizar hipotecas inversas, ya que ante la pérdida de valor del inmueble, si en el momento de ejecución hipotecaria, el importe obtenido es inferior a la cantidad prestada, el prestamista sólo pueden dirigirse contra otros bienes de la herencia del deudor, pero no contra el patrimonio de sus herederos⁴⁶⁴. Igualmente esto explica que las entidades no admitan una hipoteca inversa como segunda hipoteca⁴⁶⁵. Por el contrario, si a la hora de afrontar la devolución del préstamo, o bien porque se lleve a cabo la venta voluntaria o forzosa del inmueble, se obtiene un precio superior, el importe sobrante se integrará en el patrimonio del deudor o del patrimonio hereditario⁴⁶⁶. Como vemos este riesgo del contrato puede jugar a favor o en contra de ambas partes.

Con respecto a las mejoras realizadas en la vivienda, la legislación establece la extensión objetiva de la hipoteca, de acuerdo con los arts. 109 a 113 de la LH a las accesiones naturales o a las mejoras realizadas en la cosa, indemnizaciones, servidumbres, etc. Igual que es posible mediante pacto, la

⁴⁶² Como hemos repetido reiteradamente a lo largo del trabajo y opinión que comparten autores como TAFFIN, C., op. cit., pág. 6.

⁴⁶³ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 83.

⁴⁶⁴ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 168.

⁴⁶⁵ Al igual que en otros ordenamientos, como EEUU., 12 USC § 1715z-20 (b) (3) “*home equity conversion mortgage*” means a first mortgage.

⁴⁶⁶ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 48.

extensión de la hipoteca, de acuerdo con los artículos 1255 del CC y art. 111 de la LH, de hecho se ha convertido en una cláusula de estilo que llevan incorporadas casi todas las escrituras de hipoteca, donde se suele hacer referencia también a la indemnizaciones por siniestro o expropiación forzosa⁴⁶⁷. De modo, que a la muerte del deudor, la hipoteca se extiende a todas las mejoras o accesiones que haya sufrido el inmueble y el acreedor podrá resarcirse contra todos los elementos que en el momento de exigir el cumplimiento de la obligación garantizada forma parte de ella⁴⁶⁸.

Como hemos visto en la descripción de las hipotecas en estos préstamos el gobierno federal de Estados Unidos ha implantado un seguro de garantía adicional contra este tipo de riesgo de devaluación del inmueble, que se financia a través del *premium* pagado por el prestatario⁴⁶⁹. Al final del préstamo, la cantidad adeudada por el propietario o sus herederos no puede exceder el valor de la propiedad, aunque existiera un patrimonio negativo, *-negative equity-*, porque el valor de la vivienda fuera inferior al saldo del préstamo.

La opción del ordenamiento francés es similar, en cuando al hecho de conocer *a priori* cómo se va a solucionar este problema, pero la legislación francesa ha estipulado que sea el prestamista quien asuma el riesgo completo de la operación. La solución adoptada, pasa por establecer el importe del préstamo a través de la combinación de un porcentaje de tasación en función de la edad del solicitante. Así, la deuda es estrictamente igualada o techada al valor de la vivienda en el momento del desenlace de la operación, de acuerdo con el art. L314-9 de Code Civil. Esta característica, este importe máximo, es fundamental tanto para los herederos como para el prestamista. Los primeros se encuentran protegidos de una deuda cuyo importe final podría exceder del valor del bien. El acreedor, en cambio, es expuesto a un “riesgo de longevidad” del prestatario y a una depreciación eventual del bien, más cuando estos dos factores pueden

⁴⁶⁷ Por ejemplo: “La hipoteca se extiende a las mejoras de toda clase que puedan introducirse en la finca gravada, excepción hecha de lo previsto en el art. 112 de la LH, a las agregaciones de nuevos terrenos cualesquiera que sea la forma en que se realicen, a las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiera, a las indemnizaciones por siniestro o expropiación forzosa de la finca hipotecada y, en general, a cuanto determinan los art. 109, 110 y 111 de la LH, y art. 215 del RH, cuyo contenido las partes declaran conocer.”

⁴⁶⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 161.

⁴⁶⁹ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 25. “the standard HECM loan charges a 2 percent mortgage insurance premium up front on the home value – not the amount borrowed – as with regular forward mortgages”; también, ZURITA MARTIN, I. “La nueva...” op. cit., pág. 1288; igualmente, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 31.

reunirse e impedir al prestamista recobrar la integridad de su crédito, puesto que la suma inicialmente versada, aumentada por los intereses capitalizados exceda el valor del bien en el momento de la venta⁴⁷⁰.

Podemos resumir que en, el Derecho comparado, Francia ha eliminado estos riesgos para el deudor, con una figura de hipoteca con ciertas características que por lo que se refiere al préstamo resulta más parecido a un contrato de seguro, que a un crédito puro, donde una de las partes asume el total del riesgo por longevidad y por disminución del valor de la vivienda. Se establecen unos límites iniciales para determinar los porcentajes de capital de que se puede disponer el solicitante, dependiendo de la edad del mismo. Y en el caso norteamericano, un seguro de patrimonio negativo se hace cargo de este riesgo en los casos de hipoteca comprendidos en el programa HECM oficial, no así en los préstamos contratados con entidades financieras no acogidas a este programa, es decir, en los préstamos libres.

4.5. RIESGO DE SUPERVIVENCIA DEL SOLICITANTE

En el caso de la hipoteca inversa, parece que aquí el plazo lo es en beneficio exclusivo del deudor y es una determinación esencial del crédito que no puede ser objeto de vencimiento anticipado por circunstancias accesorias de escasa relevancia. Esta situación supone asumir dos tipos de riesgos unidos a una excesiva longevidad.

Por un lado los intereses en la operación se acumulan rápidamente una vez que el capital ha sido totalmente dispuesto, incrementando la deuda de una forma casi exponencial. La propia DGRN comenta este *aleas* del contrato de hipoteca inversa como un riesgo para la entidad financiera⁴⁷¹. En realidad, es un riesgo que

⁴⁷⁰ GRIFFON, C., op. cit., pág. 34.: “*En contrepartie de cette hypothèque et du taux appliqué au prêt, la dette est strictement plafonnée à la valeur du logement au dénouement de l’opération. Cette caractéristique est fondamentale aussi bien pour les héritiers que pour l’emprunteur. Les premiers se trouvent ainsi protégés d’une dette dont le montant excéderait la valeur du bien et récupèrent dans l’hypothèse inverse le différentiel entre cette valeur et la somme due à l’établissement prêteur. Ce dernier, en revanche, est exposé à un « risque de longévité » de l’emprunteur et à une éventuelle dépréciation du bien, ces deux facteurs pouvant se conjuguer pour empêcher le prêteur de recouvrer l’intégralité de sa créance, la somme initialement versée augmentée des intérêts capitalisés excédant la valeur du bien au moment de la revente*”.

⁴⁷¹ Resolución de la DGRN 17184 de 1 de octubre de 2010: “... que deben tenerse en cuenta las especiales características de la hipoteca inversa, señaladamente por lo que se refiere al devengo de los intereses ordinarios pactados, ya que, por la propia naturaleza y operatividad de la figura, sobre tales intereses gravita el riesgo que para la entidad concedente se deriva de

asumen ambas partes, tanto el solicitante que va a tener que devolver una suma importante de intereses, como para entidad financiera que ve incrementado su riesgo. MARTÍN PEREZ señala que el gran riesgo de la hipoteca inversa consiste en que, al tratarse de una obligación sometida a término resolutorio incierto, la muerte de una persona, deja abierto el importe final adeudado en concepto de intereses remuneratorios⁴⁷².

En segundo lugar, son muchos los autores que apuntan que una hipoteca inversa debería suministrar unas rentas periódicas al deudor hasta el final de sus vidas, rentas vitalicias, a través de las disposiciones del crédito o vía contratación de seguros asociados, puesto que las rentas temporales, frente a las vitalicias, llevan siempre aparejado el riesgo de supervivencia del deudor. El hipotecado se puede encontrar con que el momento de su vida de mayor necesidad económica debido a su situación de dependencia, coincida con la finalización de percepción de prestaciones temporales, momento en que su vivienda carece de valor para él, al pesar sobre ella una hipoteca cuyo saldo vivo puede ser incluso superior al valor de mercado de la vivienda. Algunos autores apuntan a la necesidad de contratación de un seguro que cubra estas consecuencias negativas, y le permita seguir percibiendo rentas por encima del montante del crédito calculado⁴⁷³.

Las aseguradoras están acostumbradas a gestionar los largos plazos de reembolso, sin embargo, estas situaciones suponen un problema para las entidades de crédito prestamistas, sobre todo si se aseguran rentas fijas, dadas las dificultades de previsión de los factores que inciden en el coste financiero, especialmente la evolución de los tipos de interés⁴⁷⁴.

En resumen, este instrumento combina varios tipos de riesgos tradicionales: el riesgo de longevidad del prestatario, el riesgo de tipos de interés, pero también existe el riesgo asociado al valor de la propiedad una vez el préstamo ha sido dispuesto, que es probablemente el riesgo menos identificado y entendido.

Todos estos factores y riesgos, junto con las primas de seguros asociadas, hacen que en su conjunto, las hipotecas inversas sean más caras que las hipotecas ordinarias.

la aleatoriedad en lo relativo al vencimiento del crédito, ya que conforme a la letra c) del apartado primero de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 «la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios.»

⁴⁷² MARTÍN PÉREZ, J. A., “La hipoteca inversa...”, op. cit., pág. 32.

⁴⁷³ ZURITA MARTÍN, I. “La nueva...” op. cit., pág. 1287.

⁴⁷⁴ TAFFIN, C., op. cit., pág. 8.

4.6. RIESGO EN LA FASE DE EJECUCIÓN.

Siguiendo a ÁLVAREZ ÁLVAREZ, insistiremos en que la hipoteca también debe ser atractiva para las entidades bancarias, que en la actualidad no ofertan en masa este producto⁴⁷⁵. Las entidades no ofertan este préstamo, entre otros factores, porque la fase de ejecución puede resultar complicada, y sobre todo, debido a que se elimina la fase de seguridad típica de las hipotecas ordinarias en vida del deudor, con la inexistencia de pagos parciales periódicos que vayan disminuyendo la deuda⁴⁷⁶. Además, el hecho de que sean los herederos los que finalmente paguen la deuda introduce desconfianza a las entidades acreedoras. En último término, los herederos son sujetos ajenos al contrato original que aparecen únicamente en el momento del pago, donde se pueden dar situaciones de desconfianza o reticencia a aceptar las consecuencias de un contrato en el que no intervinieron. Y llegado el momento del pago, si la deuda es alta, resulta más sencillo, desde el punto de vista de los herederos, dejar que el contrato se resuelva con la ejecución hipotecaria, que hacerse cargo del pago. En conclusión, existe un alto riesgo de ejecución en caso de impago, y las entidades financieras hasta el momento, tienen basado su negocio en la devolución del capital prestado más los intereses, no en la adquisición de inmuebles, vía ejecución hipotecaria.

Un dato más que debemos valorar es que las entidades financieras deberán evaluar correctamente el riesgo, y realizar las dotaciones o provisiones necesarias en cumplimiento de la normativa que les exige el Banco de España, y la normativa de Basilea, cuando se demuestre que la hipoteca ha entrado en una situación de especial riesgo. La ley prevé y permite una situación de mora que la entidad no puede evitar, puesto que no puede exigir la devolución hasta el fallecimiento del deudor. Además, deberá realizar provisiones oportunas, desde el momento que conozca que el valor del bien hipotecado puede ser menor que la deuda⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 166.

⁴⁷⁶ RAMOS CHAPARRO, E. J., op. cit., pág. 576.

⁴⁷⁷ Como muy acertadamente matiza IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 328, de acuerdo con la Circular 4/2004 del Banco de España sobre Análisis y Cobertura del Riesgo de Crédito.

IV. CAPÍTULO CUARTO: REQUISITOS SUBJETIVOS

1. SOLICITANTE

En el texto de la norma se entrelazan diferentes figuras⁴⁷⁸. El legislador distingue entre el solicitante, o hipotecante, o prestatario (deudor hipotecario), y el beneficiario o los beneficiarios, con la peculiaridad de que deben ser, en todo caso, personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia. Así mismo, parece que se pueden establecer diferentes situaciones o combinaciones. Primero, que el solicitante y el beneficiario o beneficiarios pueden ser las mismas personas reuniendo alguno o los dos requisitos subjetivos anteriores, edad y dependencia. En segundo lugar, el solicitante y el beneficiario pueden ser diferentes personas aunque en ambos concurren dichos requisitos. Y en tercer lugar, que sean distintos el solicitante y el beneficiario pero solamente concurren en uno de ellos los requisitos de edad o dependencia, en el solicitante o en el beneficiario, o en ninguno, en su caso. En esta última situación, nos encontraríamos con que no sería de aplicación el régimen jurídico de la Disposición Adicional Primera cuando tales requisitos no concurren en el solicitante, y además, pudiendo ser el beneficiario cualquier otra persona.

Por tanto, el solicitante debe ser titular de la vivienda habitual, de edad igual o superior a 65 años o afectado de dependencia severa o gran dependencia, pudiendo designar como beneficiario a sí mismo o a un tercero. El requisito de titularidad de la vivienda se deduce del resto de la norma, porque entre los requisitos mencionados expresamente por la ley se hace referencia al hecho de que debe ser vivienda habitual del solicitante.

⁴⁷⁸ DAP: “1. 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 vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos: que el solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia,...”

1.1. EDAD.

El requisito de la edad en el solicitante, o deudor⁴⁷⁹, así como la de los beneficiarios se establece legislativamente, aunque no sea imprescindible, por lo que la edad no puede considerarse definitoria del contrato de hipoteca inversa⁴⁸⁰. Pero sí es de gran importancia, porque nos va a delimitar quién puede ser el prestatario en aquellas hipotecas inversas donde se cumplen todos los requisitos de la Ley 41/2007. El legislador ha dejado muy claro que el elemento subjetivo siempre debe ser una persona física, no cabe la existencia de ningún tipo de hipoteca inversa donde el solicitante fuera una persona jurídica. Tanto en la Exposición de Motivos de la Ley, como en la DAP se expresa que debe tratarse de personas que han superado la edad de jubilación o están próximas a ello⁴⁸¹. En España se ha establecido la edad de 65 años, pero cada ordenamiento jurídico ha establecido la edad que más se adecúa a su realidad social, bien teniendo en cuenta la edad de jubilación, esperanza de vida, o mayor protección que haya querido ofrecer el legislador a las personas mayores⁴⁸². No sería de extrañar, por ejemplo que en nuestro país, ante el cambio de edad de jubilación de 65 a 67 años, cambiase la edad de contratación de la hipoteca inversa⁴⁸³. Debemos señalar, no obstante, que es un requisito excepcional en el Derecho

⁴⁷⁹ LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 221, señala como la norma llama “*solicitante*” al “*hipotecante*”, dejándose sentir la influencia de la legislación de protección al consumidor; BERROCAL LANZALOT, A. I., op. cit., pág. 63. “...*el solicitante, deudor, prestatario, beneficiario – es la diversa terminología que emplea la Ley 41/2007 para definirlo-...*”

⁴⁸⁰ MURO VILLALÓN, J. V., op. cit., pág. 5.; otros autores como ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 71. consideran este apartado como de carácter imperativo.

⁴⁸¹ No sería posible la existencia de una hipoteca inversa, aun suponiendo la formalización de un contrato entre una persona jurídica unipersonal, propietaria de una vivienda que constituye la residencia habitual del socio principal, y se pactara un crédito inverso, supeditado al fallecimiento de esa persona. Quizás intentando salvar que la titularidad de la vivienda no fuera de la persona física, sino de la jurídica, esta figura, fruto de la voluntad de las partes, no sería hipoteca inversa.

⁴⁸² ANGUITA RÍOS, R. M., “Regulación relativa a la hipoteca inversa...”, op. cit., pág. 5; igualmente, U.S. DEPARTMENT OF HOUSING AND URBAN DEVELOPMENT www.hud.gov/offices/hsg/rmra/oe/rpts/hecm/hecmmenu.cfm. La hipoteca HECM de los EE.UU. exige por ejemplo la edad mínima de 62 años. Hemos visto al principio de la comparativa realizada de otros ordenamientos, como la edad del solicitante no es un dato especialmente definitorio de esta figura y depende de cada país.

⁴⁸³ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en su preámbulo ya recoge: “*El artículo 4 de la ley introduce modificaciones en el régimen jurídico de la pensión de jubilación. Conforme a los compromisos recogidos en el Acuerdo de 2 de febrero de 2011, se prevén los 67 años como edad de acceso a la jubilación, al tiempo que mantiene la misma en 65 años para quienes hayan cotizado 38 años y seis meses.*”

Hipotecario⁴⁸⁴. No tiene sentido que se vincule el nacimiento de un derecho real al cumplimiento de una edad determinada. Esta condición o limitación puede resultar beneficiosa para evitar que se constituya una hipoteca inversa en una edad muy temprana, o por el contrario, puede suponer un freno o desprotección a situaciones donde esta figura ayudaría a sufragar determinados gastos a personas con pocas opciones de incrementar sus rentas, salvo acudir a la realización de su patrimonio. Así, no todos los autores están de acuerdo con el establecimiento de una edad mínima, pues recorta la posible función social de la hipoteca inversa⁴⁸⁵. En algunos casos, el límite legal puede ser incluso una barrera que dificulta el acceso a esta financiación a determinadas situaciones dignas de protección, pensemos en el caso de enfermedades terminales o situaciones especiales, donde a pesar de no conocer, el momento de fallecimiento de una persona, y de no estar reconocida la situación de dependencia, el límite de edad puede resultar un obstáculo al acceso a un crédito para una persona que realmente lo necesita. Podría tratarse de una situación parecida a las causas de rescate de un plan de pensiones, por enfermedad grave o paro de larga duración⁴⁸⁶.

El solicitante o solicitantes van a ser las personas que firman el préstamo a la entidad financiera y que van a recibir las rentas. No obstante la legislación sólo habla del solicitante, y se puede interpretar que la ley únicamente permite la existencia de un único solicitante, y que el copropietario de la vivienda que también hipoteca la misma fuese solamente beneficiario, como algún autor interpreta⁴⁸⁷. Pero esta situación no tendría sentido, porque la propia norma estaría limitando la segunda garantía de la hipoteca que son los bienes de la

⁴⁸⁴ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 73.

⁴⁸⁵ SIMÓN MORENO, H., op. cit., pág. 49, “*No obstant això, l’any 2007 l’edat mitjana de jubilación va ser de seixanta-tres anys tant per als homes com per a les dones, una de les edats més altes d’Europa....limitar l’edat dels beneficiaris d’hipoteques inverses als seixanta-cinc anys representa un obstacle a la suposada funció social de la Llei 41/2007*”.

⁴⁸⁶ RD Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones. Art. 14. “*Supuesto de liquidez del régimen especial para personas con discapacidad. Los derechos consolidados en los planes de pensiones de los partícipes con un grado de minusvalía en los términos previstos en el artículo 12, podrán hacerse efectivos en los supuestos de enfermedad grave y desempleo de larga duración según lo previsto en el artículo 9 con las siguientes especialidades: Tratándose de partícipes discapacitados, los supuestos de enfermedad grave que le afecten conforme al referido artículo 9 serán de aplicación cuando no puedan calificarse como contingencia conforme al artículo 13 anterior. Además de los supuestos previstos en dicho artículo, en el caso de partícipes discapacitados se considerarán también enfermedad grave las situaciones que requieran, de forma continuada durante un período mínimo de tres meses, su internamiento en residencia o centro especializado, o tratamiento y asistencia domiciliaria.*”

⁴⁸⁷ ROCA GUILLAMÓN, Juan. op. cit., pág. 681.

herencia, a aquellos que pertenezcan a la herencia del primer copropietario de la vivienda, solicitante de la hipoteca.

Aunque el Proyecto de Ley hablaba del cónyuge del solicitante como beneficiario, tras diversas redacciones, no se incluye ninguna especificación respecto a cuál debería ser el estado civil del solicitante, de modo que se puede tratar de una persona soltera, viuda, una pareja casada co-propietarios de una vivienda, o siendo propiedad de uno de ellos, o una pareja de solteros con una vivienda en copropiedad o, siendo propietario uno de ellos, con independencia de cuál sea su sexo, parentesco o relación entre ellos, únicamente deben ser mayores de 65 años o en situación de dependencia.

Debido a la naturaleza vitalicia que presenta esta hipoteca, cuanto más joven sea el prestatario, menor será el capital concedido. El capital prestado depende, principalmente, de la edad del prestatario, tal y como esta edad se refleja en las tablas actuariales de esperanza de vida, los tipos de interés y las expectativas sobre el crecimiento de los precios de la vivienda. Por este motivo éste tipo de contratos, en todos los ordenamientos van dirigidos a personas de avanzada edad⁴⁸⁸. Los estudios actuariales demuestran que las personas más favorecidas económicamente por la hipoteca inversa son las mayores de 80 años, y aquellas que viven solas. Lo que sí se puede verificar es que la edad media del prestatario, en la práctica y con criterios de rentabilidad, es decir, la edad óptima, actuarialmente hablando, se estima en 75 años. Se trata de una edad lo suficientemente avanzada para que el solicitante no llegue a encontrarse con que ya ha dispuesto del capital concedido, en el momento en que sus necesidades de atención y dependencia son mayores, y por tanto, se encuentre sin estos medios económicos. Y por otro lado, si el solicitante tiene una edad cercana a los 75 años, según los cálculos actuariales, la renta vitalicia será de un importe lo suficientemente elevado para ayudar económicamente de forma efectiva, al solicitante. Debemos tener en cuenta que si contratamos una hipoteca inversa con 65 años, el préstamo puede durar con la esperanza de vida actual de 85 años, más de 20 años.

Cuando en lugar de un propietario individual, se trate de una pareja la que desea contratar una hipoteca inversa, en la práctica, para el cálculo actuarial de la hipotética renta, existen entidades de crédito que utilizan como dato de

⁴⁸⁸ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., pág. 111, señala en sus estudios que la combinación de ambas circunstancias, persona en edad muy avanzada y vivir en soledad, implican las mayores ganancias relativas de renta: en torno al 40 ó el 50 por ciento de la renta inicial, según el tercil de renta.

edad la media aritmética entre las edades de ambos solicitantes, teniendo en cuenta el factor sexo⁴⁸⁹. Sin embargo, otras entidades tienen en cuenta la edad solamente del titular más joven.

En todo caso, la contratación no puede realizarse nunca antes de que el solicitante haya cumplido los 65 años, puesto que no cabe, de acuerdo con la regulación actual, convenir la hipoteca inversa y suspender la disposición del capital hasta que cumplan los 65 años el solicitante o los beneficiarios, para así cumplir el requisito legislativo⁴⁹⁰.

La mayoría de las entidades también establecen una edad máxima para la solicitud de estas hipotecas. El motivo es obvio, estadísticamente no tiene mucho sentido constituir un contrato tan gravoso cuando las posibilidades de su resolución son muy próximas en el tiempo. Esta edad límite, se suele establecer a la edad de 90 años.

Recordemos que la edad de 65 años, no será un requisito necesario cuando se contrate una hipoteca inversa sobre un bien que no constituya vivienda habitual del solicitante⁴⁹¹. En estos casos, será la entidad financiera la que admita o no un solicitante de menor edad, en función de otros criterios, pero liberado de esta imposición de la disposición legal.

Debemos igualmente señalar que, con independencia de cómo se distribuyan entre varios solicitantes las rentas, -sucesivas, conjuntas, etc.-, la responsabilidad frente al acreedor va a ser solidaria, como en cualquier préstamo hipotecario⁴⁹². Es decir, va a ser una deuda solidaria durante la vida de los deudores, y a su vez, cada uno de ellos va a dejar el resto de su herencia comprometida al pago de la hipoteca; por lo tanto serán los herederos de ambos solicitantes, si sus herederos son diferentes personas, quienes deberán hacer frente al pago de la hipoteca.

Cabe resaltar que la principal facultad del solicitante, al igual que en el caso del beneficiario, es disponer del crédito o préstamo. De modo, que su carácter *intuitu personae* hace que sólo sea posible la disposición por el

⁴⁸⁹ Aunque recientemente se haya cuestionado la distinción estadística por razón del sexo.

⁴⁹⁰ Como afirma la doctrina, incluso la DGT. V 0846-09 de 22 de abril de 2009, se ha pronunciado al respecto, SERRANO DE NICOLÁS, A., op. cit., pág. 43.

⁴⁹¹ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 66. DAP, punto 10 “...a estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición”.

⁴⁹² Como señala, BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 66.

solicitante, o en su caso por el beneficiario, y nunca por terceras personas. Así mismo, no resulta embargable la parte no dispuesta a la muerte del deudor⁴⁹³.

Existe un umbral teórico en Estados Unidos de 62 años establecido para hipotecas acogidas al programa HECM, mientras que en el Reino Unido se sitúa en los 60 años, a veces incluso 55 años⁴⁹⁴. Otros países como Canadá, sitúan la edad necesaria en 62 años, mientras que la *prêt viager hypothécaire* francesa no establece ninguna edad mínima, ni relaciona este contrato con la situación de dependencia, a pesar de que en Francia la protección a la dependencia está muy extendida, en el plano de los seguros⁴⁹⁵. Así, aunque el ordenamiento francés no ha establecido ninguna edad límite, la comercialización del producto está marcando la edad a que se destina esta hipoteca, dirigiéndose a una población entre los 60 y 80 años⁴⁹⁶. Al mismo tiempo el Code Civil francés, que no establece ninguna edad mínima para el inicio del préstamo, sí ha recogido expresamente otra limitación en la persona del solicitante, encaminada a delimitar y restringir el destino de la financiación a las necesidades de la tercera edad: no permite que el préstamo sea utilizado para una actividad empresarial de ningún tipo⁴⁹⁷. Siguiendo este mismo razonamiento, también impide que la vivienda hipotecada sea usada de forma compartida como vivienda y, al mismo tiempo, utilizada para cualquier otro tipo de actividad profesional. De hecho, el uso mixto del inmueble, en estas condiciones, supondría la nulidad del préstamo contratado.

1.2. DEPENDENCIA.

La Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario, se desarrolla en un marco de mayor conciencia social del problema familiar y económico de la dependencia. Esta figura se proyecta también como apoyo a estas personas utilizando el valor de su vivienda para financiar los costes crecientes de su

⁴⁹³ BERROCAL LANZALOT, A. I., op. cit., pág. 54.

⁴⁹⁴ TAFFIN, C., op. cit., pág. 4.

⁴⁹⁵ No en vano Francia es el segundo país en contratación de seguros de dependencia, después de EEUU, por lo que cuenta con una larga experiencia en este tipo de asistencia.

⁴⁹⁶ GRIFFOND, C., La Ordenanza francesa sobre *prêt viager hypothécaire* no limita la edad para su obtención. El *Crédit Foncier de France* y el *Crédit Immobilier de France*, son las únicas entidades que ha llevado al mercado una oferta concreta, se dirige a un público de 60 a 80 años aproximadamente.

⁴⁹⁷ Code Civil francés Art. L. 314-2. – “*A peine de nullité, le prêt viager hypothécaire ne peut être destiné à financer les besoins d'une activité professionnelle.*”

situación personal⁴⁹⁸. Debemos tener en cuenta que uno de los objetivos de la atención a las personas en situación de dependencia es “*facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que desee y sea posible*”, de acuerdo con la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, (LAAD); por supuesto, su medio habitual será por antonomasia su vivienda habitual⁴⁹⁹. En todo caso, será necesario que el deudor menor de 65 años, se encuentre en una situación de dependencia severa o gran dependencia para acceder a este tipo de préstamos⁵⁰⁰.

En la formalización de la hipoteca será el notario ante quien se constituye la hipoteca el responsable último de certificar que este requisito de situación de dependencia se cumpla, aunque este dato ya habrá sido verificado por la entidad financiera. La correspondiente resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y con validez en todo el territorio del Estado acreditará la situación y el grado de dependencia. Estos datos habrán de constar en los datos personales de las partes en la escritura de constitución, con independencia de que unida a la dependencia pueda existir una situación de incapacidad, declarada judicialmente, e igualmente llevada a la escritura pública.

Debemos remitirnos a la LAAD, para recoger cuál es el concepto de dependencia y sus grados para completar el perfil del deudor en situación de dependencia de la Ley 41/2007⁵⁰¹. Así, la LAAD y el Libro Blanco de la Dependencia definen la misma como un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o de ayudas importantes para realizar los actos corrientes de la vida diaria, y de modo particular, los referentes al cuidado personal⁵⁰². La ley clasifica la dependencia en tres grados: Grado I. Dependencia Moderada, Grado II. Dependencia Severa, y Grado III.

⁴⁹⁸ ANGUITA RÍOS, R. M., op. cit., pág. 5.

⁴⁹⁹ Como señala, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 77.

⁵⁰⁰ Especialmente en la LAAD, se establece una especial protección en un entorno familiar para los dependientes menores de tres años. La DA13ª de la Ley 39/2003 establece que atenderán las necesidades de ayuda a domicilio y, en su caso, prestaciones económicas vinculadas y para cuidados en el entorno familiar a favor de los menores de 3 años acreditados en situación de dependencia. El instrumento de valoración previsto en el artículo 27 de esta Ley incorporará a estos efectos una escala de valoración específica.

⁵⁰¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 77, apunta como no hubiera estado de más definir la dependencia y sus grados en la Ley 41/2007 para no hacer la remisión a otras leyes.

⁵⁰² Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (IMERSO) “El Libro Blanco”, op. cit., pág. 820.

Gran Dependencia, y a su vez cada grado se divide en dos niveles⁵⁰³. Así, conforme al art. 26 de la misma los grados de dependencia se determinan por las siguientes circunstancias:

El grado I, o dependencia moderada corresponderá cuando la persona calificada como dependiente necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente, o limitado para su autonomía personal. Esta situación no habilitaría para la solicitud de una hipoteca inversa. El grado II, o de dependencia severa cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. Y el grado III se utiliza para calificar la 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 continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. Aquellos dependientes calificados dentro de los dos últimos grados están habilitados para la solicitud de una hipoteca inversa.

En el caso de solicitantes en situación de dependencia, aunque la legislación no obliga a que la edad sea superior a los 65 años, se debe valorar cuidadosamente la contratación de esta hipoteca a una edad demasiado temprana, pues puede generar una acumulación de intereses a lo largo de su vida. Además, en España no existen suficientes estadísticas sobre las tasas de mortalidad de las personas en esta situación. La falta de datos estadísticos se debe a dos circunstancias, por un lado, debemos tener en cuenta que cada vez con mayor frecuencia la causa de la dependencia no es una enfermedad, sino accidentes de tráfico, u otros traumatismos que no disminuyen sustancialmente la esperanza de vida. Pero también, como veremos, no se han actualizado en España las tablas de mortalidad específicas para este colectivo, que pueden tener esperanzas de vida menores en muchos casos, tema muy importante a la hora de calcular el importe de que podrían disponer en una hipoteca, y así aumentar la liquidez de sus

⁵⁰³ Las Comunidades Autónomas determinarán qué órganos valorarán estas situaciones, y de acuerdo con el art. 28, emitirán una resolución administrativa válida en todo el territorio nacional.

hipotecas inversas⁵⁰⁴. Por supuesto, la actualización de estas tablas resulta igualmente útil para los cálculos de los seguros de dependencia.

Algunos autores considerarían adecuado que en esta hipoteca el legislador hubiera admitido como solicitantes o beneficiarios a otro tipo de personas con discapacidad, como aquellas personas que tienen reconocida más de un 33% de discapacidad, pues el ámbito de la dependencia es mucho más reducido que el de la discapacidad⁵⁰⁵. Otros grupos propugnaban incluir entre los solicitantes de hipoteca inversa a todas aquellas personas que tuvieran certificado cualquier grado de dependencia, como proponía la Enmienda núm. 58, durante la tramitación del Proyecto en el Congreso, por parte del GP Catalán, Convergència i Unió⁵⁰⁶: “...personas afectadas por cualquier situación de dependencia o personas con discapacidad⁵⁰⁷”. Incluso, se proponía la ampliación a otro tipo de situaciones, como la mencionada de “*enfermedad grave*”, que sí está considerada como causa de rescate en los planes de pensiones. En todo caso, no creemos que las entidades financieras hubieran puesto grandes reparos para aceptar a estos solicitantes como deudores.

En ningún momento se ha considerado la posibilidad de que el dependiente pierda su condición de dependiente, recupere sus condiciones físicas o psíquicas, y qué consecuencias tendría esta mejoría para el crédito. De modo que en defecto de previsión, y no habiendo establecido nada la Ley, la hipoteca seguirá vigente y el crédito inejecutable hasta el fallecimiento del deudor⁵⁰⁸. Ni la entidad financiera, ni el notario, están obligados a comprobar periódicamente que esta situación se prolongue en el tiempo, y que la administración continúe certificando la condición de dependencia. Otra cuestión sería que en el clausulado de la escritura se hubiera incluido una causa de rescisión del contrato

⁵⁰⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 134.

⁵⁰⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 77.

⁵⁰⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007. MIQUEL SILVESTRE, José A., “Hipoteca Inversa. Algunas hipótesis de conflicto”. *Diario La Ley*, Núm. 6924, 14/04/2008. pág. 3 y ss.; BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 68 y ss.

⁵⁰⁷ Continúa de Enmienda núm. 58 “ *se considera persona con discapacidad aquella comprendida en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, es decir, a quienes se las haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro, por incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro, por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.*”; o la Enmienda núm. 65 del Grupo Popular en su tramitación en el Senado.

⁵⁰⁸ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 315.

por este motivo. En defecto de cláusula que forme parte del contrato, esta situación de rehabilitación podría plantear problemas que deberán ser resueltos en los tribunales, y que podrían terminar en una transformación de la hipoteca inversa en hipoteca ordinaria.

1.3. CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN.

Tanto si hablamos de mayores de avanzada edad, como si se trata de personas en situación de dependencia, podemos encontrarnos con que no siempre la capacidad para contratar será un hecho evidente, y donde cabrán dudas sobre la capacidad de obrar de estas personas. En ocasiones, será discutible si las condiciones psíquicas de los solicitantes concurren íntegras y suficientes para comprender y otorgar un consentimiento válido, o será necesaria la tutela cuando exista una previa incapacitación⁵⁰⁹. Recordemos que solamente se podrá declarar la falta de capacidad de una persona, cualquiera que sea su grado, a través del procedimiento recogido en el art. 756 de la LEC, y dónde se delimitará la extensión de la misma (art. 760 LEC)⁵¹⁰. Así, las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, etc., y otras circunstancias por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes tendrá acceso al Registro de la Propiedad, de acuerdo con el art. 2.4 LH.

En el caso de menores de edad, para el establecimiento de hipoteca será necesaria la intervención del progenitor que ostente la patria potestad con el consentimiento del menor que sea mayor de 16 años, o en su defecto, con autorización judicial, según el art. 166 del CC. En el caso de tutor o curator, de acuerdo con los art. 271.2º y 290 respectivamente del CC, se indica que será necesaria la autorización judicial para gravar los bienes del tutelado, por su parte como responsables de administrar y defender su patrimonio. También el dependiente menor emancipado necesitará de la asistencia de sus padres o curator, incluso el menor casado de la asistencia de su cónyuge mayor de edad, (art. 323 y 324 del CC). Al mismo tiempo, sería conveniente consignar, en el

⁵⁰⁹ Así, MORETON SANZ, M^a. F., op. cit., pág. 60, comenta que: “...si adicionalmente a la pérdida de autonomía personal para realizar las actividades de la vida diaria, se ve comprometida su capacidad natural y discernimiento, habrá de ser reforzado el sistema que tutele los intereses de la persona que se encuentre en esta situación, reservándose los resortes judiciales para la plena garantía de los derechos de la persona y de sus intereses patrimoniales”

⁵¹⁰ PEREÑA VICENTE, M., *Dependencia...*, op. cit. pág. 28.

caso de autorización judicial, el motivo y destino que se le va a dar a los fondos, con el fin de facilitar que esta actuación del tutor pueda ser objeto del control judicial pertinente⁵¹¹.

La hipoteca puede a su vez ser firmada por un representante del deudor mayor de edad, nos referimos a un representante voluntario; al tratarse de un acto de riguroso dominio, se requiere un poder expreso, de acuerdo por los arts. 1713.2 del CC y 139 de LH, y la copia del poder otorgado, será testimoniada por el notario. Pero siguiendo a CARRASCO PERERA y otros autores, las facultades conferidas del representante deberán ser interpretadas de forma estricta, no pudiendo extenderse a supuestos no comprendidos en el texto⁵¹². Cabría preguntarnos si en el caso de la hipoteca inversa, debido a su especial trascendencia económica para los herederos, su falta de amortización, y demás puntos que la diferencian de la hipoteca convencional, no sería necesario que el poder recogiera expresamente que el representante ostenta la facultad para constituir una hipoteca inversa. Aunque debemos concluir que no sería necesario más que un poder que permita cualquier hipoteca, puesto que las consecuencias para los herederos, no van a ser más gravosas que cualquier hipoteca, al contrario su responsabilidad va a ser limitada.

Además, debemos tener en cuenta que añadidas a la edad, pueden surgir enfermedades sobrevenidas que llegan a incapacitar al deudor para administrar su patrimonio, en el caso de la hipoteca le impediría disposiciones extraordinarias por nuevas necesidades de asistencia médica, etc., Ante esta posibilidad se pueden establecer algunas medidas preventivas de autotutela. MORETÓN SANZ la define como el derecho a *decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno*⁵¹³. Esta institución, la autotutela, es de reciente factura legal en nuestro sistema jurídico y, en definitiva, autoriza a que cualquier persona, en previsión de su futura falta de capacidad, decida y designe, a quién le vaya a representar, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, en el caso de una sobrevenida pérdida de capacidad. Acertadamente señala BERROCAL

⁵¹¹ Como establece JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 112, se busca conciliar la norma del art. 2012 LEC que exige la expresión del motivo y finalidad a que se debe aplicar la suma que se obtenga, cuando se solicita autorización judicial para hipoteca bienes del incapacitado, de acuerdo con el art. 271.CC.

⁵¹² Tal y como expresan, CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., op. cit., pág. 699.

⁵¹³ MORETÓN SANZ, M^a F., op. cit. pág. 63.

LANZAROT que algunas entidades recogen esta iniciativa y previenen la contingencia en el clausulado del contrato⁵¹⁴. De este modo se prevé, que de acuerdo con el art. 1732 del CC⁵¹⁵, la incapacidad no le prive de la continuidad en el cobro de sus rentas, de modo que sea el solicitante quien decida, y este mandato preventivo perpetúe su voluntad⁵¹⁶. Otra posibilidad es designar al tiempo que la escritura de constitución de la hipoteca un poder notarial a favor de un tercero⁵¹⁷. Generalmente este tipo de poderes se otorgan a favor de un heredero, como sujeto que en último término se va a ver implicado en la hipoteca⁵¹⁸. Igualmente puede establecerse en el propio contrato de préstamo hipotecario, como un mandato irrevocable, para que pudiera formalizar en nombre del solicitante, cuantas novaciones o acuerdos pudieran ser necesarios para la continuidad o mantenimiento de la hipoteca.

⁵¹⁴ Varios autores como BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 70. Así mismo, LUCERO ESEVERRI, R. A., op. cit., pág. 40, aboga por los *actos de autoprotección o directivas anticipadas*, de carácter preventivo, decididos libremente por una persona, que contienen declaraciones, previsiones, directivas para que sean ejecutadas en el caso de que la misma se encuentre imposibilitada de forma transitoria o permanente para decidir por sí misma, de modo que en un documento público queden las directivas oportunas 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.

⁵¹⁵ Tras la modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, el art. 1732.3 del CC: "...*El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.*"; igualmente en relación a la autotutela, el art. 223.2 del CC establece la posibilidad de que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes, incluida la designación de tutor.

⁵¹⁶ Apunta PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia...* op. cit., pág. 39, que se refiere a una incapacidad del mandante apreciada por el mismo; igualmente esta autora, PEREÑA VICENTE, M., *Dependencia*, op. cit. pág. 46.

⁵¹⁷ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 345.

⁵¹⁸ Aunque en nuestro país todavía no hay sentencias relativas a esta hipoteca, citaremos el caso de la Corte de Apelación del Estado de Washington, caso, Dorothy L. Brown v. Barry Ed. Brown, and Beverly Hogg and Well Fargo Bank, National Association. No. 63207-8-1 August, 23, 2010. Una madre de 93 años, Dorothy, demanda a su hijo Barry por apropiación indebida, debido a que cuando la anciana sufre una trombosis que la impide prestar consentimiento, su hijo utiliza un poder general que le había otorgado para firmar una hipoteca inversa en su nombre, interna a la anciana en un centro médico, (debemos recordar que en EEUU es requisito que el deudor permanezca en la residencia hipotecada) y obtiene los certificados de asesoramiento oportunos con regalos a Beverly Hogg, asesora de este tipo de hipotecas, y trasfiere a sus cuentas 198.000 \$, del préstamo. La anciana una vez recuperada de su trombosis consigue la condena de su hijo y de la asesora, aunque el tribunal exculpa a la entidad financiera *Well Fargo Bank*. A pesar de lo rocambolesco del caso, queremos mostrar la fragilidad de estas personas, incluso en su entorno más familiar, y la máxima protección de que se les debe dotar.

En la Ley de 5 de marzo de 2007, el ordenamiento francés incorpora el mandato de protección futuro, incorporando a su Código los arts. 477-494⁵¹⁹.

2. DEUDOR HIPOTECARIO O ACREDITADO

El deudor hipotecario va a ser la persona titular de la finca registral, de la vivienda, en este caso, sobre la que se constituye la hipoteca que sirve de garantía a la operación de préstamo o crédito. De manera que será requisito esencial del contrato de hipoteca que la vivienda pertenezca en propiedad a quien constituye la hipoteca, según el art. 1857.2 y 3 CC. Y siguiendo este artículo, que el sujeto constituyente tenga la libre disposición de sus bienes o en su defecto, se halle legalmente autorizado al efecto. Si estas circunstancias no se dieran, el contrato no sería nulo, ni anulable, pero sí ineficaz para producir, aunque se inscriba, el efecto de constituir un derecho real de garantía⁵²⁰.

La Ley 41/2007 no es clara a la hora de establecer si efectivamente el solicitante debe ser a su vez propietario de la vivienda, solamente insiste en que debe ser su residencia habitual. Parece identificar uso con titularidad, da por sentado que el deudor vive en la casa porque es su propietario⁵²¹. Sin embargo, la Dirección General de Tributos ha resuelto esta cuestión, a través de diferentes consultas vinculantes, por ejemplo la consulta vinculante de la DGT de 26 de mayo de 2009. En ella se cuestiona si sería posible establecer una hipoteca inversa en el caso de que la madre fuera usufructuaria de la vivienda y su hija propietaria de la nuda propiedad, y la DGT no permite el establecimiento de una hipoteca inversa, con las exenciones propias de la DAP de la Ley 41/2007, argumentando que la constituyente no es propietaria de la vivienda⁵²². De modo

⁵¹⁹ PEREÑA VICENTE, M., *Dependencia...* op, cit., pág. 101.

⁵²⁰ Siguiendo a los autores, CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., op. cit., pág. 677 ó 688: “... la propiedad y la libre disposición del hipotecante no son requisitos de validez del contrato de hipoteca, sino condiciones para la constitución del derecho real de hipoteca.”

⁵²¹ MARTÍN PÉREZ, J. A., “La hipoteca inversa...”, op. cit., pág. 28.

⁵²² La consulta vinculante de la DGT V 1235-09 y repite este argumento en otras consultas: “...En definitiva, cabe concluir que la figura de la hipoteca inversa tiene por finalidad permitir que los mayores puedan movilizar su patrimonio inmobiliario para obtener una renta adicional, aportando su propia vivienda habitual como garantía de préstamos o créditos hipotecarios cuya devolución no podrá exigirse, en general, hasta la muerte del deudor hipotecario y en los términos fijados en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007. Por lo tanto, la consultante no podrá acogerse a dicha figura al no ser propietaria de la vivienda, sino únicamente usufructuaria.”

que aunque nuestro Derecho Hipotecario admita la posibilidad de hipotecar el derecho de usufructo, de acuerdo con el art. 107.1 LH, o sea posible la hipoteca por deuda ajena, es decir establecer una garantía hipotecaria sobre una vivienda para garantizar una deuda de otro deudor, (art. 1857 CC), para la constitución de esta figura hipotecaria será necesario que la propiedad sea del solicitante. Pero, en estos casos siempre estamos considerando el problema desde el punto de vista fiscal, y perfilando, si la hipoteca estaría considerada dentro de los límites de la DAP, o si se trataría de una hipoteca inversa que goce de las exenciones fiscales que le concede la ley si se ajusta a sus disposiciones. Pero las partes pueden establecer cualquier tipo de hipoteca inversa *ad libitum*, dentro de la autonomía de su voluntad, aunque no goce de las exenciones fiscales.

2.1. EL MATRIMONIO Y LA HIPOTECA INVERSA

Podrá establecer hipoteca sobre sus bienes, quien tenga la libre disposición sobre los mismos, según el art 138 del CC. Este punto se presenta con especial importancia en sistemas jurídicos como el español, donde se aplica el Derecho Común en la mayor parte del territorio, y la mayor parte de las viviendas no pertenecen a un solo propietario, sino que la vivienda ha sido adquirida por la sociedad de gananciales. Aunque, las nuevas generaciones progresivamente han optado en menor medida por el matrimonio, y cuando han decidido casarse, pueden haber adoptado otro tipo de régimen económico matrimonial, las parejas pertenecientes a las generaciones que hoy están en situación de celebrar un negocio como el de la hipoteca inversa están generalmente casados, y además, en régimen de gananciales. Sobre esta hipótesis, lo más lógico es que la hipoteca se solicite por ambos cónyuges, y la vigencia de la misma sea hasta la fecha de fallecimiento de los dos esposos. Aunque, en principio, nada impediría que la prestación se pudiera establecer únicamente a favor de uno de los cónyuges, más aún, cuando nos podemos encontrar con que solo uno de ellos ha cumplido la edad de 65 años, preceptiva para la solicitud del préstamo. Deberá prestarse el consentimiento conjuntamente por ambos cónyuges cuando se constituye una hipoteca, o cualquier negocio a título oneroso, sobre inmuebles gananciales o presuntivamente gananciales, -mientras no se pruebe que son privativos-, conforme al art. 1361 del CC, o cuando se hipoteque la vivienda habitual. El consentimiento puede ser expresado de modo tácito por uno de los cónyuges, o

incluso, mediante autorización judicial, de acuerdo con los arts. 1320, 1375, 1377 CC⁵²³. Igualmente resulta claro, que en el caso de que la sociedad de gananciales resulte en fase de disolución, la hipoteca inversa sobre los bienes gananciales, o presuntivamente gananciales deberá constituirse por ambos cónyuges. O, si la hipoteca se va a realizar sobre bienes privativos de un consorte, o confesados privativos, como señala el art. 1324, bastará la firma de este consorte propietario.

Debemos concluir además que estos bienes deberán, estar libres de cualquier prohibición legal de disponer, conforme al art. 26.1 LH, oponibles frente a terceros aunque no se encuentren inscritas⁵²⁴, o, como podrían ser en este caso, las impuestas por un testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, y demás donaciones y actos a título gratuito, válidamente registradas.

2.1.1. Cuando ambos cónyuges han cumplido 65 años de edad.

Cuando se trate de una vivienda habitual familiar, sometida al art. 1320 del CC y a la sociedad de gananciales del art. 1377 del CC, en este caso los dos cónyuges serán ambos solicitantes, puesto que, en mi opinión, ambos firmarán el contrato de préstamo hipotecario de forma solidaria. Ambos son propietarios de la vivienda en la que residen, y ambos desean obtener unos ingresos del préstamo constituido, además de mantenerse en el uso y propiedad de su vivienda hasta el fallecimiento del último de los cónyuges. Sin embargo, autores como ROCA GUILLAMÓN entienden que uno de ellos sería el solicitante y su cónyuge el beneficiario, entre otros motivos porque la ley habla siempre de un único solicitante⁵²⁵. No obstante, otros autores son partidarios de que ambos sean solicitantes, entre otros motivos, porque el momento de vencimiento de la deuda será la fecha de fallecimiento del último cónyuge superviviente, de otro modo, el usufructo legal del cónyuge viudo, impediría la enajenación de la vivienda⁵²⁶. Ya hemos mencionado, como con independencia de cuál sea el régimen económico

⁵²³ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., op. cit., pág. 691, apuntan como además la hipoteca deberá constituirse por el titular registral, art. 93.4 y 94.3 RH, sin lo cual no será inscribible la hipoteca aunque el titular cuente con autorización judicial.

⁵²⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., DEL POZO CARRASCOSA, P., op. cit. pág. 36.

⁵²⁵ ROCA GUILLAMÓN, Juan., op. cit., pág. 681.

⁵²⁶ SIMÓN MORENO, H., op. cit., pág. 52. “a Llei 41/2007 utilitza el terme sol·licitant i no el de sol·licitants, encara que no hauria d’haver-hi cap problema a acceptar que dos ancians que visquin de manera habitual en un habitatge obtinguin rendes gràcies a la hipoteca inversa. Ambdós serien sol·licitants i deutors alhora”.

del matrimonio, el art. 1321 del CC obliga a que ambos cónyuges presten su consentimiento cuando se trata de actos de disposición de la vivienda habitual, entre los cuales se incluye la hipoteca, por la posibilidad de ejecución forzosa que conllevaría su enajenación.

2.1.1.1. Ambos cónyuges son solicitantes, o solicitante y beneficiario.

Pero la situación puede llegar a través del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, una vez establecida la hipoteca inversa. Fallecido uno de los cónyuges el segundo recibirá la renta hasta su fallecimiento o extinción del capital, pero la propiedad del 50% de la vivienda pasará a sus herederos, aunque el usufructo lo mantenga el cónyuge superviviente. Si se abre la sucesión del fallecido se repartirá la herencia del mismo, y la entidad de crédito puede verse perjudicada al tener que mantener la hipoteca por los años de vida que le resten al que ha sobrevivido. Algunos autores, indican que en estos casos la entidad suele pedir que se le comunique esta situación, y podría negarse a la partición de la herencia hasta que se le pague o afiance el importe de los créditos⁵²⁷. De acuerdo, con los art. 1.082 y 1083 del CC, la entidad podrá oponerse, ya que el patrimonio hereditario del solicitante puede desaparecer, y pueden así evitar que la partición se realice en fraude o perjuicio de sus derechos como acreedores. No obstante, consideramos que hasta que no fallezca el último de los solicitantes o beneficiario no es posible exigir la deuda, y por lo tanto el acreedor no puede impedir la partición o división de la herencia basándose en una deuda no exigible.

Igualmente podría ocurrir que ni los herederos, ni la herencia dejada por cada miembro de la pareja fueran los mismos⁵²⁸, con los consiguientes problemas prácticos. Lo que se debe tener en cuenta es que responderán los herederos del solicitante, si los herederos, y los bienes de la herencia no son comunes, siempre será mejor poner al segundo conviviente como beneficiario y no como solicitante. O al propietario de menor patrimonio como deudor y al de mayor patrimonio y posible mayor herencia, como beneficiario. No obstante, la entidad financiera como acreedor hipotecario habitualmente pedirá la firma como solicitante de todos los propietarios de la vivienda.

⁵²⁷ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit. pág. 77.

⁵²⁸ Como apunta, SIMÓN MORENO, H., op. cit., pág. 52.

2.1.1.2. Solamente uno de los cónyuges es solicitante

Sin embargo, siguiendo a PEREÑA VICENTE, una de las peculiaridades de esta hipoteca es que no es ejecutable hasta la muerte del prestatario o del último de los beneficiarios designados⁵²⁹. Por lo que parece que podría admitirse que si uno de los cónyuges es el titular exclusivo de la vivienda, bien por estar casado en régimen de separación o porque se trate de un bien privativo dentro del régimen de gananciales, podrá constituir una hipoteca inversa sin el consentimiento del otro cónyuge. Sin embargo, además de que la Ley prevé el consentimiento de ambos, esta solución plantea un problema: si el otro cónyuge no se establece como beneficiario, la muerte del prestatario provocaría la ejecución forzosa, situación parecida a la que veremos en el caso de que un cónyuge sea menor de 65 años. Por ello, entendemos que es necesario el consentimiento de ambos en todo caso, con independencia de que sólo uno sea el propietario.

2.1.2. Caso de que uno de los cónyuges sea menor de 65 años.

Se ha señalado la posibilidad de que en el caso de que uno de los componentes de la pareja no alcanzase la edad legal requerida se aplicara un periodo de suspensión hasta que alcanzase la misma⁵³⁰. Y, aunque la idea resulta lógica, y acorde con el espíritu de la ley, parece que la letra de la ley insiste en que deben haber cumplido los 65 años: el solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años. Siguiendo la ley, el cónyuge menor de 65 años no podrá ser ni solicitante, ni beneficiario, con lo que aquellas parejas que deseen contratar este producto deberán esperar a que la edad de ambos sea igual o superior a 65 años, pues de otro modo, se pueden derivar serios perjuicios económicos, para el menor de esa edad. Para ajustarse a la DAP, no podrá suscribir la hipoteca, no percibirá las rentas como solicitante, ni como beneficiario al fallecimiento del deudor, momento en que, en este caso, se liquidará la deuda contra la vivienda que es el 50% de su propiedad. De modo que en estos casos, un matrimonio donde la vivienda sea propiedad de la

⁵²⁹ PEREÑA VICENTE, Montserrat. op. cit., pág. 8.

⁵³⁰ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 65.

sociedad de gananciales y uno de ellos sea menor de 65 años, se debe desaconsejar la contratación de una hipoteca inversa⁵³¹.

En este contexto, la consulta vinculante de la DGT de 22 de abril de 2009 aclara, en parte, esta situación. Esta contestación considera, que aunque uno de los cónyuges no se considere solicitante por razón de la edad, porque alguno de ellos no alcance los 65 años, la vivienda es propiedad de la sociedad de gananciales, por lo tanto, sin delimitación *a priori* de cuotas, y es apta en su totalidad para ser hipotecada por una hipoteca inversa⁵³². La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha establecido en repetidas ocasiones⁵³³, considerando que la sociedad de gananciales no es una comunidad de bienes romana, por cuotas, sino una comunidad germánica en la que cada cónyuge carece de asignación de cuota alguna⁵³⁴. Pero con esta solución, nos encontramos con que el cónyuge menor de 65 años se deberá autorizar la formalización de la hipoteca, pues deberán concurrir para hipotecar su propiedad, de acuerdo con el art. 1377 del CC. Por otro lado, en caso de disolución del matrimonio, o en este caso por fallecimiento del solicitante, se encontrará con la mitad de la vivienda hipotecada. Esta solución va a ser difícil que las entidades financieras la acepten, pues se obliga a las entidades financieras a recortar la garantía que suponía que ambos cónyuges firmen el préstamo de forma solidaria, como ocurría antes de que la figura se legislara, y solamente admitirá como garantía inmuebles de

⁵³¹ Remarca la profesora PEREÑA VICENTE, Montserrat. op. cit., pág. 9.: “¿qué ocurre si uno de los cónyuges tiene ese grado de dependencia y el otro no o no es mayor de la edad establecida? ¿No podrá tener la condición de beneficiario? ¿Esto significa que aunque sea cotitular de la vivienda habitual y tenga que consentir la constitución de la hipoteca no podrá ser beneficiario por tanto percibir las prestaciones estipuladas? Y, lo que es más grave, si fallece el cónyuge que reunía esas condiciones ¿vencerá la deuda y, por tanto, si no la satisface se ejecutará la hipoteca?”

⁵³² Consulta vinculante DGT. V 0846-09: “...En cuanto al límite del préstamo hipotecario será el fijado por la legislación hipotecaria que resulte aplicable, sin que tenga que ser necesariamente la mitad del valor de tasación de la vivienda común. A este respecto, debe tenerse en cuenta que cada cónyuge no es propietario de una mitad de la vivienda habitual, pues la sociedad de gananciales no es una comunidad de bienes romana, por cuotas, sino una comunidad germánica en la que cada cónyuge carece de asignación de cuota alguna (será a la disolución de la sociedad cuando se atribuyan por mitad entre marido y mujer las ganancias o beneficios, convirtiéndose en ese momento, a efectos de su liquidación, en una comunidad de bienes de tipo romano)”.

⁵³³ STS de 25/02/2011, de 16/05/2000.

⁵³⁴ De modo que, el patrimonio común que se origina constante la sociedad de gananciales pertenece a los cónyuges en régimen de comunidad germánica, pero tras la disolución pasa a pertenecer a los cónyuges de igual modo que cualquier régimen de cotitularidad ordinaria, estando avocado dicho patrimonio a su liquidación y posterior adjudicación de los bienes y derechos que lo integran a cada uno de los cónyuges o a uno de éstos y los herederos del otro.

elevado valor, al tener que ceñirse al 50 % del valor. De esta manera se reduce la garantía para la entidad financiera a uno de los deudores durante la vida del préstamo. Si el importe dispuesto del préstamo no es amortizado al fallecimiento del deudor, nos encontramos con un copropietario que responde con su mitad de la vivienda de un préstamo del que no ha podido disfrutar y que se puede encontrar en la situación de que la ejecución de la hipoteca suponga el desalojo de su vivienda habitual. Recordemos que la hipoteca es un derecho real indivisible conforme al art. 1860 del CC y, a pesar de que la hipoteca se haya garantizado con una vivienda adquirida en gananciales, al fallecimiento se encuentra con un propietario no deudor, ni hipotecante, que en principio no es una figura contemplada por la Ley 41/2007.

No obstante, en el caso del matrimonio, esta situación suele repetirse, sobre todo en materia fiscal. Nos referimos a que para unos efectos se considera una sociedad de gananciales como un todo, y para otros se distingue entre las aportaciones a la sociedad de gananciales por cada uno de los esposos al 50%, como por ejemplo en la deducción para adquisición de vivienda⁵³⁵.

2.1.3. El cónyuge viudo

Vamos a introducir en este punto una preocupación ante la cual cada vez es más sensible la sociedad y la legislación: la situación jurídica en que queda el cónyuge viudo en el momento actual, lejos de la vida rural que preconizó las legítimas. Por parte de los notarios se constata cada día más la voluntad de los testadores de reforzar la posición del cónyuge viudo, para que siga manteniendo la dirección familiar y del patrimonio común hasta el momento de su fallecimiento, tratando de que hasta el fallecimiento del último de los esposos no haya una efectiva transmisión sucesoria a los hijos⁵³⁶. Se intenta dotar al viudo de

⁵³⁵ A título de ejemplo podemos señalar la consulta vinculante de la DGT V0779-10, “*En definitiva, cada cónyuge podrá integrar en su base de deducción por inversión en vivienda habitual, con el límite de 9.015 euros anuales por declaración, el 50 por ciento -participación indivisa en la sociedad de gananciales- de las cantidades satisfechas para amortizar cada uno de los dos préstamos, personal e hipotecario, en la medida que hayan sido destinados a adquirir la vivienda habitual*” es decir, considera que los préstamos se pagan con los ingresos de la sociedad de gananciales que se consideran al 50 por ciento para cada cónyuge, pero luego sólo deja deducir en función de los ingresos de cada uno de los miembros de la pareja, de modo que si uno de ellos no tiene ingresos sólo se pueden deducir hasta 9.015 euros aunque hayan aportado a la vivienda más importe.

⁵³⁶ REBOLLEDO VARELA, Á. L., “La actualización del Derecho Sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: Conclusiones de una investigación”, VVAA. *La*

mayor disposición de los bienes comunes, de algún modo protegiendo o reforzando al supérstite frente al resto de los herederos⁵³⁷. Así, los arts. 1406 y 1407 del CC, en la liquidación de la sociedad de gananciales intentan que la adjudicación de la vivienda que suponía su residencia habitual, sea del cónyuge supérstite, dándole preferencia a la disolución del matrimonio por fallecimiento.

Su delicada posición jurídica va a impedir en muchos casos que el cónyuge viudo, tras la disolución de la sociedad de gananciales, pueda constituir una hipoteca inversa sobre su vivienda. En realidad su mitad de la vivienda familiar, si no es con la concurrencia de los herederos de su cónyuge para hipotecar la otra mitad de la vivienda, no va a tener ningún valor hipotecario. De hecho, no va a poder recurrir a la vivienda de forma autónoma, sin la autorización de los herederos, nada más que para alquilarla. Fallecido uno de los cónyuges, entendemos que el cónyuge supérstite, propietario del 50% de la vivienda en pleno dominio y, titular del usufructo de un tercio de la herencia del causante, que no necesariamente va a recaer sobre la vivienda, correspondiendo la nuda propiedad de esta parte a los herederos del otro cónyuge, quienes tendrán que comparecer e hipotecar su derecho, por lo que se constituirá la figura del hipotecante no deudor⁵³⁸. Esta circunstancia, en nada ponía en duda que este negocio jurídico estuviera encuadrado plenamente en la figura de la hipoteca inversa, o al menos, así lo admitían las entidades financieras firmantes antes de la Ley 41/2007. De este modo, aunque el cónyuge viudo se veía limitado en su voluntad por la necesidad de recurrir a la firma conjunta de los herederos, podía constituir una hipoteca inversa sobre la vivienda familiar, su residencia habitual.

familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro. Dykinson, S.L. Madrid, 2010. pág. 33.

⁵³⁷ Llegando a los testamentos textos con los legados a favor del cónyuge como por ejemplo: *“usufructo universal vitalicio de la herencia, con relevación de fianza e inventario y con facultad de tomar por sí posesión de este legado: bien entendido que la falta de unánime acatamiento de sus herederos a esta disposición, reducirá automáticamente los derechos sucesorios del disconforme a sólo su parte en el tercio de legítima estricta, y si todos los legitimarios rechazasen este usufructo universal, les lega su legítima e instituye heredero a su cónyuge.”*

⁵³⁸ Aunque siempre va a depender de la composición de la masa hereditaria, el cónyuge viudo va a ser titular del usufructo de una pequeña parte de la herencia, más si tenemos en cuenta que el 50 % de la vivienda puede ser el único bien de la misma: art. 834 y ss., del CC. *“El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”*. Art. 837: *“No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia”*; y Art. 838: *“No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia”*.

Pero la DGT, en su cuestión vinculante -V 1410-09- de 16 de junio de 2009 no reconoce esta situación como encuadrada dentro de los supuestos de la DAP de la Ley 41/2007. Asimismo, es el caso de un mayor de 65 años que tiene una vivienda en copropiedad con su hija, menor de 65 años, donde la DGT aplica la exención de impuestos siempre y cuando se contrate una hipoteca por la mitad del valor de tasación: ”...aunque el otro copropietario no alcance tal edad...la escritura en que se formalice la hipoteca inversa podrá tener en cuanto al impuesto y a los honorarios notariales y registrales, los beneficios regulados en la referida DAP de la Ley 41/2007 en su totalidad, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en sus apartados 1 a 4 y el importe del préstamo no exceda de la mitad del precio tasado del inmueble...”⁵³⁹. En esta misma situación se encontraría un matrimonio que adquiere su vivienda en copropiedad estando casados en régimen de separación de bienes, y uno de ellos sea menor de 65 años. Efectivamente, si existe una comunidad ordinaria o hereditaria sobre los bienes gravados, cada condómino puede gravar su cuota, de acuerdo con el art. 399 del CC, aunque ninguno de ellos puede gravar el bien sin el consentimiento de los demás comuneros, art. 397 del CC⁵⁴⁰.

Aunque en puridad la ley busca que sea el propietario de la vivienda quien haga líquido el valor de misma, no encontramos muy lógica esta solución. Puesto que lo que se intenta con la hipoteca inversa es exencionar de impuestos y facilitar el acceso de una persona mayor de 65 a una renta vitalicia a través de su vivienda habitual, y la realidad nos va a eliminar de esta exención a muchos casos porque las viviendas se compraban para el matrimonio o la unidad familiar, en forma de comunidad germana, y la muerte de uno de ellos ha convertido la vivienda en una comunidad romana por cuotas⁵⁴¹. Siguiendo este razonamiento, un único solicitante podrá realizar la hipoteca sobre el 100%, con el consentimiento de su cónyuge del valor del inmueble cuando nos encontremos ante una sociedad de gananciales, obteniendo una exención de impuestos sobre el 100%, sólo podemos hipotecar el 50% del valor de tasación cuando se trate de una pareja de hecho, o matrimonio en

⁵³⁹ La cuestión vinculante de la DGT. V 1410-09: “...Dado que la vivienda es un bien en copropiedad sí le es posible al copropietario mayor de 65 años solicitar un préstamo hipotecario acogiéndose a la normativa que regula la hipoteca inversa, aunque el otro copropietario no alcance tal edad...la escritura en que se formalice la hipoteca inversa podrá tener en cuanto al ITPAJD y a los honorarios notariales y registrales, los beneficios regulados en la referida DAP de la Ley 41/2007 en su totalidad, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en sus apartados 1 a 4 y el importe del préstamo no exceda de la mitad del precio tasado del inmueble...”.

⁵⁴⁰ CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., op. cit., pág. 690.

⁵⁴¹ Siguiendo con el razonamiento del la DGT. V 0846-09. vid. páginas anteriores.

separación de bienes, que tienen una vivienda en copropiedad, en este caso los solicitantes deberían ser ambos propietarios. Realmente aquí resulta complicado encajar en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la hipoteca inversa tal y como la ha diseñado el legislador. Además de las consecuencias fiscales, que pueden ser importantes, nos encontramos con que si formalizamos una hipoteca por el 50% del valor de tasación en la mayor parte de las ocasiones el importe de la hipoteca va a resultar exiguo para la finalidad económica que debe cumplir, y si formalizamos por el 100% de la tasación, nos encontramos con que las consecuencias van a ser fiscales, y formalmente la estructura de la hipoteca inversa se convierte en una hipoteca de segundo nivel, puesto que no cumple con los requisitos señalados en la Ley.

También, como apunta ROCA GUILLAMÓN, puede ocurrir que la entidad de crédito no admita la constitución de la hipoteca hasta que los hijos renuncien a la nuda propiedad a favor de su progenitor que consolide el pleno dominio⁵⁴². Pero este caso va a depender del valor de la vivienda, del cliente, de cómo lo valore la entidad. Volveríamos a encontrarnos que a efectos fiscales la exención de la hipoteca inversa solo se podría aplicar a la parte propiedad del viudo. En este supuesto la posición de deudor hipotecario correspondería a los hijos, propietarios de la vivienda que son quienes pueden constituir la hipoteca, y la madre o el padre sería el solicitante del préstamo, dando lugar a una figura muy similar a la hipoteca por deuda ajena.

2.1.4. Cuando se disuelve el matrimonio por otras causas.

Otras situaciones que pueden plantear problemas son los casos de atribución del uso del inmueble gravado al cónyuge del deudor, o a su conviviente; o los efectos que habrían de derivarse de una alteración dominical entre cónyuges producida como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales. Cabe preguntarse si sería causa de vencimiento anticipado el hecho de que el deudor sea finalmente privado del uso o del dominio del inmueble, dejando de ser su vivienda habitual⁵⁴³. Pese a que algunos autores consideren que se debe evitar esta situación,

⁵⁴² ROCA GUILLAMÓN, J. op. cit., pág. 680.

⁵⁴³ CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., “La hipoteca inversa y el aseguramiento de intereses o de por qué tiene que ser revocada la doctrina de la DGRN sobre el anatocismo”. Actualidad Jurídica Aranzadi. Núm. 741/2001. pág. 4.: “No creemos que aunque el deudor sea finalmente privado del uso y/o del dominio del inmueble deba permitirse el vencimiento anticipado del crédito, ni siquiera aunque se hubiera pactado una responsabilidad

en todo caso el hecho de que existe una hipoteca inversa y sus consecuencias deberá ser valorado por los cónyuges a la hora de disolver la sociedad de gananciales o por el criterio del juez que resuelva, pero finalmente, si se ha producido una transmisión de la propiedad del deudor, la entidad financiera estará en su derecho de solicitar el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario con todas sus consecuencias.

2.2. EL HIPOTECANTE NO DEUDOR

En el supuesto antes mencionado, de un matrimonio casado en gananciales donde uno de los miembros no alcanza los 65 años, nos encontramos con que la figura que el menor de 65 años desempeña en el préstamo hipotecario es la de prestar su consentimiento a la formalización de la hipoteca, pero técnicamente al hipotecarse el 50% del valor de la misma no se convierte en un hipotecante. Igualmente hemos visto qué ocurre en el caso del cónyuge viudo, que comparte la propiedad de la vivienda con los herederos de su cónyuge fallecido.

Desde la doctrina se postula que hubiera sido deseable que el legislador admitiera la posibilidad del hipotecante no deudor⁵⁴⁴. No cabe duda que hubiera resuelto muchos casos, en aras a coadyuvar a una mayor protección a este tipo ancianos, en un número elevado, viudos, donde más se plantea esta situación. Aunque, llama la atención la falta de rigor en la redacción de la DAP⁵⁴⁵. En numerosas ocasiones nos lleva a una compleja exégesis de la misma, en busca del verdadero alcance de la norma, ya que en ningún momento se menciona que el solicitante deba ser propietario de la vivienda, aunque este dato sí se recogió en un momento anterior en el Anteproyecto⁵⁴⁶. Sin embargo, por diferentes avatares desapareció del texto definitivo. En la definición de la hipoteca que realiza la norma

limitada conforme al art. 140 LH, pues con ello se trasladarían al cónyuge o al conviviente los riesgos que el ordenamiento ha pretendido minimizar.”

⁵⁴⁴ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 334.

⁵⁴⁵ PEREÑA VICENTE, M., op. cit., pág. 7. : “*Es en este punto en el que la redacción de la Ley no es todo lo precisa que sería aconsejable. El único requisito que se exige respecto al inmueble hipotecado es que éste constituya la vivienda habitual del prestatario*”. Y continúa: “*La imprecisión en la técnica legislativa hace que surjan más cuestiones en relación con el bien hipotecado. La pregunta que nos hacemos es si será posible que el inmueble hipotecado no sea propiedad del prestatario, es decir, si cabe, por aplicación del art. 1857 del Código civil, la hipoteca en garantía de deudas ajenas en la hipoteca inversa*”.

⁵⁴⁶ Anteproyecto de la Ley de Modernización del Mercado Hipotecario, 27.10.2006. Disposición Adicional Primera. 5 Regulación relativa a la Hipoteca Inversa o pensión: “*Salvo pacto en contrario, el prestatario mantendrá la titularidad de la vivienda que constituye la garantía de la hipoteca-pensión hasta su fallecimiento*”.

habla del “... *bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante*”, no menciona de quién debe ser la propiedad⁵⁴⁷. Más adelante, alude “*al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos*”. Únicamente aparece la denominación de “propietario de la vivienda” en la Exposición de Motivos de la Ley⁵⁴⁸. Por lo tanto, cabría preguntarse si el deudor hipotecario debe ser necesariamente el hipotecante. De modo que podría darse el caso de constituir una hipoteca sobre cosa ajena, de acuerdo con el último párrafo del art. 1857 del CC⁵⁴⁹. Pero, por lo general, carecería de sentido que la peculiar responsabilidad patrimonial de la hipoteca inversa, en cuanto a que respondieran además de la vivienda los bienes que forman la herencia del deudor hipotecario, se aplicara sobre un deudor que no sería propietario de la vivienda, aunque pudiera tener un patrimonio en otro tipo de bienes de igual o mayor valor. Esta situación resultaría compleja, y en todo caso, deberían ser las entidades financieras quienes aceptarían un hipotecante tercero o no, conforme a sus criterios de riesgo.

JIMÉNEZ CLAR, junto a parte de la doctrina, considera la posibilidad del hipotecante no deudor, el fiador, quien hipoteca un bien de su propiedad en garantía de una deuda ajena. No obstante, la doctrina considera que debe asociarse el deudor del préstamo con la titularidad de la garantía como requisito necesario⁵⁵⁰. Esta solución parece la más consecuente con el objetivo de la norma y confirma esta

⁵⁴⁷ MORILLO FERNÁNDEZ, F. J., “Ley de reforma del mercado hipotecario. El crédito hipotecario inverso”, *El Notario del S. XXI*. Núm. 25, Enero-Febrero 2008, digital, pág. 4, este autor se plantea incluso que la DAP tampoco menciona si el derecho que se debe hipotecar sea el de propiedad, o pudiera ser cualquier otro derecho real sobre la vivienda.

⁵⁴⁸ PEREÑA VICENTE, M., op. cit., pág. 8, señala que “...*a pesar de los imprecisos términos en que está definida la hipoteca inversa, puede resultar otra conclusión de una interpretación sistemática del conjunto de sus régimen jurídico y de lo expresado en la Exposición de Motivos*”.

⁵⁴⁹ Art. 1857 CC, “...*Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta, pignorando o hipotecando sus propios bienes*”.

⁵⁵⁰ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit. pág. 111, y ss.; SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., pág. 45; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 85; PEREÑA VICENTE, M., op. cit. pág. 10, concluye que la DAP. 11 cuando expone que en lo no previsto habrá que estar a la legislación que en cada caso resulta aplicable, estamos hablando del régimen general de la hipoteca inmobiliaria, por lo que se refiera a la constitución, art. 1857 y por tanto será aplicable la hipoteca en garantía de deudas ajenas, pero a su vez comenta como en la DAP, 5 se puede encontrar un argumento contrario, para entender que no es posible la hipoteca de tercero no deudor, pues cuando hace referencia al vencimiento anticipado del crédito, une esta posibilidad a la transmisión voluntaria del bien llevada a cabo por el “deudor hipotecario”. Sin embargo, al admitirse en el número 10 que pueda constituirse la hipoteca inversa sobre otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, se abre paso a esta posibilidad en este tipo de hipotecas.

figura como un instrumento financiero de autoprotección⁵⁵¹. Esta opinión, se reafirma más teniendo en cuenta el carácter excepcional de la norma que incluye grandes diferencias con el régimen general de la hipoteca como es el vencimiento anticipado por la transmisión del inmueble, la cobertura de intereses más allá de los cinco años, o la limitación de responsabilidad a los bienes de la herencia. En este caso, por lo tanto, estaríamos en el caso de otras hipotecas, no integradas en la estructura jurídico-económica de la hipoteca inversa, y fuera por lo tanto del régimen y requisitos de la Ley 41/2007⁵⁵².

Al eliminar al fiador en esta figura dejaremos fuera muchas situaciones, como la de la mayoría de los viudos y viudas mayores de 65 años, co-propietarios con sus hijos. De acuerdo con las consultas vinculantes de la DGT, donde sólo se admite la hipoteca del porcentaje del 50% del valor de la vivienda, únicamente la parte propiedad del solicitante⁵⁵³. En mi opinión, no me parece desacertado que se pudiera establecer una hipoteca inversa sobre un inmueble que no fuera propiedad del solicitante, una hipoteca por deuda ajena, pero acogida a todos los beneficios posibles. Estaríamos cubriendo una situación más habitual de lo que pensamos, cuando la propiedad pertenece a un familiar pero se trata de vivienda habitual para el solicitante. El único problema sería la garantía de la misma, que en estos casos debería ser ajustada al exclusivo valor de la vivienda, no pudiendo extenderse a los bienes de la herencia del hipotecante no deudor, y sí a los bienes que constituyan la herencia del solicitante.

Por el contrario, otros ordenamientos como el francés, recogen de forma clara y explícita que el bien inmueble debe ser una propiedad para uso exclusivo de hogar, situado en territorio francés y que pertenezca al prestatario. No es necesariamente la residencia principal o habitual del prestatario de forma que puede ser una segunda vivienda o propiedad sobre la que pesa un contrato de alquiler. El deudor debe tener la propiedad plena o nuda propiedad sobre el inmueble.

⁵⁵¹ ANGUITA RÍOS, R. M., “Regulación relativa...”, op. cit., pág. 6, insiste en que la figura del hipotecante no deudor, no tiene encaje, y ello debido a la finalidad y a la filosofía con la que nace esta garantía. Podemos añadir la opinión de RAMOS CHAPARRO, E.J. op. cit., pág. 575,

⁵⁵² Por ejemplo GÓMEZ DE LA SERNA Y VIÑAL, R. y ALONSO-CUEVILLAS FORTUNA, I., “Hipoteca inversa: Capitalizando la vejez”, *El Consultor Inmobiliario*, Nº 100, , Abril 2009, Editorial La Ley., pág. 2, aluden a que no es imperativo que el inmueble objeto de hipoteca inversa, sí que sea la vivienda habitual de la persona, aunque sería más interesante que lo fuera por la ventajas fiscales y económicas.

⁵⁵³ Cuestión vinculante de la DGT. V 1410-09 de 16 de junio de 2009. Tratamiento de la copropiedad de la vivienda.

2.3. OBLIGACIONES DEL DEUDOR

El dato más destacable de esta figura es que el deudor hipotecario no tiene las obligaciones propias del deudor de cualquier contrato de préstamo, como es la devolución del capital más los intereses. Sus obligaciones se limitan a reunir una serie de requisitos en su persona: ser propietario de una vivienda, haber alcanzado una edad, residir en su vivienda habitual, pero como veremos más adelante, no es el obligado al pago del préstamo, al contrario, debe fallecer el deudor para que pueda ser reclamado el reembolso.

Por lo tanto, podemos preguntarnos quién es realmente el deudor del préstamo, el obligado al pago. En el momento de constitución de la hipoteca el deudor hipotecario debe coincidir con el sujeto pasivo de la hipoteca, es decir, no cabe que el dueño de la finca sea un tercero. Es decir, la relación obligatoria crediticia y la hipotecaria tienen los mismos sujetos. No obstante, mientras el solicitante del préstamo esté vivo, la deuda no puede ser exigida. Pero cuando fallece, hecho que va a desencadenar que la deuda sea exigible, lógicamente, ya no se puede reclamar al fallecido, pero sí a sus herederos.

La única obligación que tiene el solicitante de la hipoteca es no vender la vivienda, y algunas cargas como la contratación de un seguro, conservación de la propiedad, etc. Y solamente se daría un caso en que el deudor tuviera que cumplir con la obligación de reembolso, como sería por venta del inmueble sin la autorización de la entidad de crédito, lo que daría lugar al vencimiento anticipado del préstamo, con efectos de extinción de la relación obligatoria.

En ningún momento se cuestiona la solvencia, ni la capacidad de reembolso del deudor,- tan importante en otros préstamos a la hora de valorarlos riesgos una entidad financiera-, porque legislativamente es la primera vez que el peso de la garantía se ha apoyado únicamente en la vivienda, y no en la garantía personal del deudor, añadiendo, como garantía, un complemento, los bienes de la herencia⁵⁵⁴. Precisamente la falta de recursos, la falta de solvencia, la incapacidad para generar más recursos, y la necesidad de disponer de más efectivo, es la causa del contrato de hipoteca inversa. El solicitante que no tiene otros medios de generar recursos acude a la contratación de este tipo hipoteca.

⁵⁵⁴ En el ordenamiento francés las entidades sí examinan la solvencia del deudor, porque con ello garantizan de algún modo el hecho de que el solicitante se haga cargo del adecuado mantenimiento del inmueble. También es cierto que temen el sobreendeudamiento de los consumidores; BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 97, habla de que la entidad bancaria entiende que no hay ningún riesgo, pero en realidad es la norma la que ha limitado la responsabilidad.

En el caso de la hipoteca inversa el deudor lo elige la ley y el prestatario, al designar a los herederos, ya que la deuda no es exigible hasta que no fallezca el prestatario⁵⁵⁵.

3.- BENEFICIARIO

3.1. DESIGNACIÓN DEL BENEFICIARIO

Al igual que el solicitante de la operación, el beneficiario debe ser una persona de edad igual o superior a 65 años, o en situación de dependencia severa, o gran dependencia. Aparece como una figura designada por el solicitante, *intuitu personae*: no sería válida una referencia o condición que permita una posterior determinación del beneficiario cuando ésta se cumpla, sino que deberá estar denominado con nombre y apellidos, desde la formalización. La elección de quién o quiénes serán los beneficiarios en el préstamo hipotecario, será una facultad del deudor, que puede designar o no, a una segunda o tercera personas como receptor de parte o todas las disposiciones de capital que se realicen. En muchos casos supone posponer el momento del vencimiento, de modo que el fallecimiento del beneficiario será el momento de vencimiento del préstamo.

Esta figura fue introducida en el texto definitivo de la Ley. En el Proyecto de Ley se establecía que el crédito era exigible a la muerte del solicitante o de su cónyuge. MARTINEZ ESCRIBANO también incide en la idea de protección hacia otros familiares más cercanos, fundamentalmente el cónyuge, permitiéndole así continuar en la vivienda durante toda su vida aunque fallezca el solicitante, e incluso continuar percibiendo el complemento a la pensión⁵⁵⁶. Efectivamente, con la redacción actual, se amplía a voluntad del solicitante el círculo de personas que pueden percibir una prestación, sin exigirse ningún condicionante adicional. Puede tratarse de la pareja del solicitante, un pariente con el que conviva, o cualquiera con edad igual o superior a 65 años, sin necesidad de que exista una relación de parentesco concreto con el solicitante, es más, esta relación puede basarse en un negocio oneroso previo. En principio, la figura del beneficiario debería servir para atender las necesidades del cónyuge, pareja o familiar directo del estipulante con el que conviva, cuando la vivienda

⁵⁵⁵ MIQUEL SILVESTRE, J. A., op. cit., pág. 19.

⁵⁵⁶ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 47.

que se hipoteca es propiedad privativa del solicitante⁵⁵⁷. De modo, que no tiene sentido establecer como beneficiario a uno de los cónyuges casados en gananciales, puesto que ambos son titulares de la propiedad y por tanto titulares de todos los beneficios que ese patrimonio pueda generar, como son las disposiciones del bien o el uso del mismo. Aunque la laxitud de la norma permitiendo cualquier designación nos puede llevar, como indica ZURITA MARTIN, a que tan amplio margen de designación de beneficiarios no case del todo bien con la ratio de la norma⁵⁵⁸. Quizás hubiera sido deseable que se limitase el número de beneficiarios en razón del grado de parentesco o afectividad que le unen al beneficiario con el deudor prestatario. Y ello, porque parece que el sentido práctico de designar beneficiarios es que los mismos sean cohabitantes de la vivienda hipotecada, y se trata de evitar que con el vencimiento de la hipoteca a la muerte del deudor y la posible ejecución de la garantía en caso de impago por los herederos, estos pierdan esta situación posesoria, que el deudor ha querido proteger⁵⁵⁹.

Al mismo tiempo, tampoco se la limitado el número de beneficiarios, de modo que pueden ser todos los que designe el solicitante⁵⁶⁰. En la realidad práctica, difícilmente puede darse una hipoteca inversa constituida sobre la vida de más un beneficiario, puesto que el préstamo perdería toda la rentabilidad y la finalidad de suministrar una renta de por vida, a que está destinado.

Legislativamente se han establecido dos fórmulas temporales para ser beneficiario: por un periodo concreto, generalmente hasta el fallecimiento del solicitante, o hasta el fallecimiento del propio beneficiario. En el momento de la formalización de la hipoteca, el constituyente que designa al beneficiario puede, de acuerdo con la DAP de la Ley 41/2007, vincular la extinción de la hipoteca al fallecimiento de los beneficiarios (*“si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios”*). Entendemos *a sensu contrario* que, si nada se estipula, debe interpretarse que a la muerte del constituyente el acreedor puede reclamar la deuda, con independencia de que sobreviva alguno de los beneficiarios, compensado de alguna forma, la regla inicial sobre la libre designación conferida al deudor⁵⁶¹. Igualmente sería posible que se estableciera

⁵⁵⁷ MORILLO FERNÁNDEZ, F. J., op. cit., pág. 2.

⁵⁵⁸ ZURITA MARTIN, I., “La nueva...” op. cit., pág. 1302.

⁵⁵⁹ Como señala RAMOS CHAPARRO, E. J. op. cit., pág. 576

⁵⁶⁰ ZURITA MARTIN, I., “La nueva...” op. cit., pág. 1284.

⁵⁶¹ ZURITA MARTIN, I., “La nueva...” op. cit., pág. 1289.

otro periodo diferente pactado con el beneficiario, como un número de años, o hasta que se cumpla una determinada condición.

Este nuevo elemento subjetivo se deberá recoger en el momento de otorgar la escritura pública. Es decir, en la escritura de constitución debe quedar muy clara cuál es la posición jurídica del beneficiario, tanto respecto a la obligación principal como respecto a la garantía constituida. No podemos admitir la inseguridad jurídica que para el resto de las partes supondría una designación por el solicitante en otro momento, o en otro documento que no fuera un documento público. Además la entidad acreedora deberá dar su consentimiento, no por el hecho de que entre sus facultades esté aceptar o no la designación de un beneficiario concreto que ha especificado el solicitante, sino porque deberá aceptar las consecuencias económicas que esa designación va a producir, a efectos de la disposición del préstamo hipotecario. La entidad no va a asumir el pago de cualquier importe de pensión al beneficiario que decida arbitrariamente el deudor o, por ejemplo, no va a admitir un beneficiario muy joven que suponga un alargamiento del plazo del préstamo más allá de lo que permita el valor de tasación del mismo. Esta situación podría darse, a título de ejemplo, en el caso de una deudor de 90 años y un beneficiario de 65, pues a estos efectos hay mucha diferencia de edad y, por lo tanto, puede pasar un lapso importante de tiempo entre el fallecimiento de ambos; y, salvo que el valor de la vivienda sea muy elevado, o el importe en renta que los beneficiarios estén dispuestos a recibir muy bajo, no sería posible la constitución de la hipoteca. Y por lo tanto, igualmente, cualquier cambio en la designación de beneficiario quedará sometido a la novación de las condiciones de la hipoteca, con la aceptación de ambas partes.

En todo caso, nada impide que el solicitante en vida modifique la figura del beneficiario cambiando la persona designada o eliminando el beneficiario establecido en origen, a pesar de la complejidad financiera y del recálculo necesario en las disposiciones que llevaría aparejada. Como consecuencia de eventuales separaciones o divorcios, la voluntad del deudor puede variar, y generalmente, el contrato recogerá esta posibilidad.

Es previsible que las entidades financieras, la otra parte en este tipo de contratos, no van a admitir en la práctica más que aquellos beneficiarios lógicos, con un interés digno de protección, familiares, cónyuge o pareja en el deseo de que tengan una renta y, sobre todo, que queden protegidos en cuanto al uso de la vivienda.

3.2. POSICIÓN JURÍDICA DEL BENEFICIARIO

El beneficiario para algunos autores aparece como un sujeto del préstamo hipotecario, pero no como un sujeto de la hipoteca inversa⁵⁶². Sin embargo creemos que esta figura va a tener una función clara en ambas relaciones jurídicas. Aunque no va a ser titular de ninguna obligación: no es solicitante, no es propietario, tampoco se le exige que su residencia habitual sea la vivienda hipotecada, y no va a ser deudor en ningún momento, ni antes, ni después del fallecimiento del solicitante, luego no va a tener ninguna responsabilidad respecto al pago de la deuda. Así, la posición jurídica del beneficiario se delimita por dos circunstancias, una de carácter excluyente, en ningún momento tiene la condición de deudor frente al acreedor, y otra de naturaleza integradora de la hipoteca, pues sirve para determinar el vencimiento de la deuda garantizada⁵⁶³. Así, la relación del beneficiario con la hipoteca puede estar provista de dos contenidos, uno económico como es la renta, y otro el uso de la vivienda.

3.2.1. El uso de la vivienda por el beneficiario

En primer lugar, el solicitante puede establecer a los beneficiarios como usuarios de la vivienda, pudiendo legar este derecho de uso por un número de años o hasta el fallecimiento del beneficiario. En este caso, se puede estipular que el vencimiento de la deuda viene determinado por el fallecimiento del beneficiario de la hipoteca, siendo necesario establecer los mecanismos para comprobar la supervivencia del beneficiario⁵⁶⁴. Lógicamente se utilizarán los mismos mecanismos de comprobación que sean requeridos para constatar la supervivencia del solicitante.

Autores como JIMÉNEZ CLAR, señalan que la ley sólo contempla esta figura a efectos de determinar el vencimiento de la hipoteca⁵⁶⁵. Por lo tanto, cabría que el beneficiario solamente lo fuera a efectos de congelación de la exigibilidad de la hipoteca y mantenimiento del uso de la vivienda tras el fallecimiento del deudor hipotecario, sin ninguna pensión. De hecho, gran parte de la doctrina considera que la finalidad social de autoprotección que persigue la

⁵⁶² MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 78.

⁵⁶³ Como muy bien apunta JIMÉNEZ CLAR, A. J., op., cit., 112.

⁵⁶⁴ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., 113.

⁵⁶⁵ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., 109.

figura hipotecaria hace que al beneficiario lo debamos enmarcar unido al uso de la vivienda hipotecada⁵⁶⁶.

Esta facultad concedida al deudor, puede ocasionar serios problemas de cara a la situación en que pueden quedar los herederos. En el caso de que se vincule el vencimiento del préstamo a la muerte del beneficiario, los herederos del deudor quedan a expensas del óbito del beneficiario, para heredar una vivienda hipotecada, sobre cuyo préstamo se siguen cargando intereses, aunque haya finalizado la prestación pecuniaria. La situación podría llegar al absurdo, debido a que el beneficiario puede ser cualquier persona a la que no se exige la convivencia o relación con el deudor. Algunos autores se plantean si el beneficiario debe residir en la vivienda, puesto que el objeto de su nombramiento por la Ley sería que al fallecimiento del deudor, el beneficiario no pierda la situación posesoria de la vivienda⁵⁶⁷. A pesar de que de la norma se intuye que el legislador desea que el beneficiario mantenga el uso de la vivienda, la norma no exige que la vivienda sea residencia habitual del beneficiario. *A sensu contrario*, podríamos pensar que lo que intenta el legislador es proveer al beneficiario de una pensión vitalicia, pero tampoco recoge la norma que sea así, porque la disposición del préstamo puede haber finalizado.

Así, nos podemos encontrar una vivienda vacía sobre la que nadie, salvo el beneficiario, tiene capacidad de uso. En esta tesitura, el hipotecante ha fallecido, pero no se puede cancelar la hipoteca, ni disponer de ella porque no ha sido adjudicada a ningún heredero. Una vivienda de la que no se obtiene ningún beneficio económico y, por el contrario se estarían cargando intereses, día a día, sobre el capital total del préstamo, además de no utilizarse el valor en uso de la vivienda. Cabe preguntarse si la figura de los herederos, en este caso, no tendría

⁵⁶⁶ También en este sentido PEREÑA VICENTE, M., op. cit., pág. 10. *“...cuando el inmueble hipotecado constituya la vivienda habitual de los beneficiarios, pero estos no tengan la condición de prestatario, pueden verse privados de su vivienda habitual por la muerte de aquel. En el ejemplo más común esto puede ocurrir, si el prestatario ha designado como beneficiario a uno de sus hijos, con el que convive, afectado de una dependencia severa. No es posible que la Ley deje un resquicio para que esto tenga lugar. Pero, además esto se puede agravar si la entidad de crédito aún no ha satisfecho todos los pagos a cuenta. Si el contrato de préstamo se ha concertado mediante el pago de, por ejemplo pagos mensuales de una determinada cuantía con una duración de diez años, parte al prestatario y parte a los beneficiarios, la muerte del primero no puede implicar la exigibilidad de la deuda, porque el prestamista aún no ha cumplido su parte del contrato. De nuevo existe imprecisión técnica en la redacción del supuesto que puede dar lugar a la ejecución de la garantía y a la expulsión de los beneficiarios que no tendrán asegurado ni siquiera un derecho de uso de la vivienda. Si tenemos en cuenta que para ser beneficiario es necesario tener más de 65 años o un alto grado de dependencia, este es un claro ejemplo en que puede ocurrir que, queriendo proteger se desprotege.”*

⁵⁶⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 116.

aquí un interés digno para solicitar la tutela judicial, pudiendo solicitar la protección de su posición, mediante la declaración de la deuda como vencida para poder cancelar el préstamo y, en todo caso, compensar de otro modo, incluso con una valoración económica, el derecho del beneficiario. Puede ilustrarse con un ejemplo: sería el caso de un beneficiario que debe ser internado en algún centro asistencial debido a su edad o enfermedad, y a quién la disposición de la vivienda no le reporta ningún beneficio. Al mismo tiempo, esta figura es especialmente gravosa para los herederos que una vez fallecido el causante se encuentra con una propiedad hipotecada, pero que no pueden liquidar, sino que deben esperar al fallecimiento de otra persona, lo que les supone otra importante carga económica. Además de la hipoteca el causante ha establecido un derecho de uso sobre la vivienda. Con la peculiaridad que este derecho de uso no tiene sólo una consecuencia económica como es el valor del uso de una propiedad, sino además la renta pendiente de pago al beneficiario a cuenta del préstamo hipotecario de la vivienda que sigue disponiéndose, más los intereses que se continúan generando sobre todo el importe de capital dispuesto. Si el uso de la vivienda se valora económicamente sería el alquiler a precio de mercado más los intereses mensuales de la hipoteca, lo que llevaría en muchos casos a que los herederos llegaran a un pacto con el beneficiario para el pago de un alquiler vitalicio sobre cualquier otra vivienda o llegar a un pacto económico, pues en el 90% de los casos, les resultará más beneficioso. Está claro que el uso de la vivienda por parte del beneficiario supone un desequilibrio económico entre el valor en uso de la misma y el coste que para los herederos supone esta permanencia.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico la figura más parecida al beneficiario y que quizás mantuviera más puntos en común es el favorecido por un derecho de uso y habitación, tal y como se recoge en el art. 524 del CC, por su paralelismo con el uso de la vivienda. Nos podemos cuestionar si el beneficiario está habilitado para alquilar la vivienda, pero siguiendo la normativa de los derechos de uso y habitación, aunque puede beneficiarse del uso de la vivienda, ese uso no es transmisible, y no estaría facultado para arrendar la vivienda a un tercero⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸ Art. 524 del CC “...El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia...”. Art. 525 del CC “Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título”..

3.2.2. La obtención de una renta por el beneficiario

En segundo lugar, la hipoteca puede contener una estipulación a favor de tercero, a cargo de la entidad prestamista, que realizará disposiciones de fondos, lo que supone un considerable beneficiario patrimonial de la hipoteca. En este caso se requerirá la aceptación del beneficiario, de acuerdo con el art. 1259 del CC, o el art. 623 del CC, si lo consideramos una donación.

La posición jurídica del beneficiario excede de la un mero destinatario de pago, ya que de ser así quedaría tras del fallecimiento del deudor a merced de los herederos el mantenimiento del beneficiario⁵⁶⁹. SERRANO DE NICOLÁS califica esta designación del beneficiario como una estipulación a favor de tercero, pudiendo incluirse en las denominadas disposiciones *trans mortem*⁵⁷⁰, puesto que la muerte actúa como la condición del efecto negocial. Se planea igualmente, la posibilidad de revocación que se llevará a efecto por el simple cambio de voluntad del solicitante-estipulante, o podría establecerse la revocación automática de la estipulación supeditada al cumplimiento de una condición, sin que fuera necesaria una nueva declaración de voluntad del estipulante. Se podría establecer como condición específica, como el divorcio o la separación del solicitante, o la posibilidad de que en la estipulación a favor del beneficiario se incluyan obligaciones aparejadas al cargo de beneficiario, por ejemplo, mientras se mantenga la convivencia con otra persona⁵⁷¹.

De modo que través de la hipoteca inversa se pueden establecer legados, conforme al art. 793.2 del CC⁵⁷², condicionada a que la persona permanezca soltera o viuda. Aunque este tipo de disposiciones se suelen establecer a través de un testamento, la DAP en la parte que afecta al beneficiario es tan amplia, que permite establecer cualquier condición que admitan las partes. Por el contrario, a través de un testamento no se puede establecer el beneficiario de una hipoteca inversa, que debe incorporarse en la constitución de la hipoteca.

⁵⁶⁹ MORILLO FERNÁNDEZ, F. J., op. cit., pág. 2.

⁵⁷⁰ SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., pág. 44.: “...entendiendo esta figura como un negocio inter vivos en el que la muerte no es la causa sino el elemento estructural determinante de la producción de los efectos (que en la hipoteca inversa y sobre todo para el beneficiario serán tales dado que, de ordinario, no se producirán mientras esté vivo el solicitante y prestatario)”.

⁵⁷¹ LUCERO ESEVERRI, R. A. op. cit., pág. 16.

⁵⁷² Art. 793.2 del CC: “...podrá, sin embargo legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo.”

Así mismo, MORILLO FERNÁNDEZ indica que habrá que poner en relación esta figura con el art. 1257.2 del CC⁵⁷³. Además, esta donación o estipulación a favor de tercero, puede interferir con las normas comunes sobre actos en perjuicio de acreedores, siendo de aplicación todas las presunciones del art. 643 del CC, de modo que se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella, o en su caso, en perjuicio de legitimarios, vaciando el contenido económico de los herederos⁵⁷⁴. Pero, aunque no haya habido fraude, si la estipulación a favor del beneficiario se ha realizado, como resulta más frecuente por causa gratuita, bastará con que las sumas resulten inoficiosas para que se puedan aplicar las acciones de reducción, en aras de la integridad legitimaria, no sólo en cuanto a las cantidades cobradas sino a las que estuvieran por vencer, tal y como se expresa en el art. 654 del CC⁵⁷⁵.

También sería posible que la relación entre deudor y beneficiario fuera onerosa, en este caso, el derecho del beneficiario podría ser reclamado por el mismo, si al fallecimiento del deudor no ha sido completamente satisfecho.

En definitiva puede ocurrir que el cumplimiento del contrato de crédito entre en conflicto con el Derecho Sucesorio, vaciando de contenido las legítimas establecidas. Por este motivo, se debería coordinar el contenido del testamento con la constitución de la hipoteca inversa, para evitar conflictos entre beneficiarios y herederos.

Apunta BERROCAL LANZAROT, que en el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges o pareja de hecho, el importe total de la renta se pueda atribuir al sobreviviente, salvo que por parte de los herederos del fallecido se reclame la

⁵⁷³ Art. 1257.2 del CC: “Si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de un tercero, este podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.”

⁵⁷⁴ LUCERO ESEVERRI, R. A., op. cit., pág. 14.: “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”. Igualmente MORILLO FERNÁNDEZ, F. J., op. cit., pág.2. Señala que la entidad acreedora resulta obligada a pagar al beneficiario en virtud de su contrato con el deudor, y los acreedores y los legitimarios en su caso, no podrán dirigirse contra la entidad acreedora, sino que deberán dirigirse contra el beneficiario, de forma análoga a como ocurre en el caso del art. 88 de la Ley de Contrato de Seguro.

⁵⁷⁵ MORILLO FERNÁNDEZ, F. J., op. cit., pág.3

mitad de la cantidad periódica como parte de su haber hereditario; sin perjuicio de poder, asimismo, proceder a la cancelación parcial del crédito⁵⁷⁶.

Por último, vamos a hacer referencia a una posibilidad que plantea ROMERO CANDAU. Este autor interpreta el punto 5 de la DAP. “...que la deuda solo sea exigible...cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios”, en el sentido de que cabe la posibilidad de que en el contrato se elija que sea el fallecimiento del beneficiario y no del deudor el hecho que dé lugar al vencimiento del crédito⁵⁷⁷. El sentido práctico de esta interpretación sería proteger durante toda su vida a un beneficiario en situación de dependencia, aunque premuriera al deudor. No obstante, pese a que la redacción admite esa posibilidad, la hipoteca inversa está diseñada para que sea el fallecimiento del deudor la causa ordinaria de vencimiento.

4. HEREDEROS

Siguiendo con los elementos personales de la hipoteca inversa, nos vamos a detener en los herederos. El motivo es que, aunque no son parte contratante en este negocio jurídico, al final se van a convertir en los sujetos que deciden cómo se resuelve el préstamo hipotecario. Ellos son los que deciden pagar la deuda del causante, aceptan su herencia pagando la hipoteca en su caso, u optan por no saldar el crédito y obligan a la entidad de crédito a llegar a la ejecución de la hipoteca. Luego, los herederos tienen en sus manos, la decisión del modo en que se va a liquidar la deuda. Algunos autores comentan que debido a esta circunstancia la hipoteca debería haberse llamado “*hipoteca hereditaria a priori*”⁵⁷⁸. En todo caso van a ser los obligados al pago en primer lugar. Y por este motivo, el legislador debería haber dado mayor importancia, de algún modo, a esta figura dentro de la normativa de la hipoteca inversa. Así mismo, el testamento va a ser importante en la resolución de la hipoteca, y se van a

⁵⁷⁶ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 93.: “Igualmente podemos de la prohibición de la partición contenido en el testamento; o en este mismo documento notarial dentro del margen de libre actuación que se concede al testador, disponer la atribución de la parte de la renta correspondiente al causante con cargo al tercio de libre disposición y a favor del cónyuge viudo.”

⁵⁷⁷ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 315.

⁵⁷⁸ Añade RAMOS CHAPARRO, E. J. op. cit., pág. 574., que si en cualquier hipoteca ordinaria cabe la sucesión hereditaria en la posición pasiva o deudora, sólo en esta figura, por imperativo legal, la exigibilidad del crédito se hace depender necesariamente de la muerte del deudor.

producir una serie de interrelaciones y figuras entrelazadas que pueden conducir a que no se amortice el préstamo, o que el valor práctico del testamento sea nulo. Debemos tener en cuenta que el Derecho Sucesorio no es igual para todo el territorio, ya que se regirá por la ley personal del causante en la sucesión, mientras que el Derecho Hipotecario es común a todo el país.

4.1 DETERMINACIÓN DE QUIENES SON LOS HEREDEROS

En primer lugar, la determinación de quiénes son los herederos es esencial para poder notificarles la existencia de la hipoteca inversa, puesto que pueden incluso desconocer su existencia y, por supuesto, el estado de la deuda. En último término, deberán ser los notificados por la entidad ante una posible ejecución de la carga hipotecaria. Es lógico que la entidad financiera pueda pedir al acreditado que identifique a sus futuros o posibles herederos y que señale el domicilio de éstos para notificaciones y requerimientos⁵⁷⁹. Pero, sobre todo, porque en el momento del vencimiento, los más beneficiados en conocer la existencia de la deuda, evitar la caducidad de plazos y la demora en el pago van a ser los propios herederos.

Este problema no resulta baladí si se tiene en cuenta la dispersión geográfica que actualmente, y en el futuro, pueden tener los miembros de las familias actuales y futuras, y el grado de desconocimiento de los bienes y deudas de sus miembros. Mas, si tenemos en cuenta que muchos de estos contratos se constituirán por ciudadanos extranjeros afincados en España.

MARTINEZ ESCRIBANO recoge la importancia de los herederos, apuntando que aunque no son parte del contrato, ni se requiere su consentimiento para constituir la hipoteca, sería conveniente que en la formalización de la hipoteca se les informara del negocio que se va a convenir y se tenga en cuenta su opinión⁵⁸⁰. Otros autores subrayan la importancia de que los familiares más cercanos conozcan la hipoteca que van a firmar los solicitantes y en la medida de

⁵⁷⁹ ROCA GUILLAMÓN, Juan. op. cit., pág. 684. “*se plantean problemas a efectos de fijar el domicilio de elección que conste en el Registro para notificaciones y requerimiento, y en particular el preceptivo requerimiento de pago que señala el art. 686 LEC y que debe ser librado en el propio auto en que se despache ejecución y practicado en el domicilio que resulta vigente en el Registro. Más ocurre que ese domicilio no será, al menos en principio, el fijado por el deudor a estos efectos, según ordena el art. 682.2.2º LEC, si es que la constitución de la hipoteca inversa se realiza sin participación y ni siquiera conocimiento de los herederos*”;

JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 133.

⁵⁸⁰ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 71.

lo posible tomen la resolución de suscribir o no el producto con conocimiento de aquellos⁵⁸¹. En realidad, no hay herederos hasta que no se abra la sucesión del causante y los llamados a ella aceptan la herencia; y el causante podría otorgar testamento o revocarlo hasta el último momento.

No en vano se trata de un contrato muy complejo, en el que las personas mayores van a necesitar apoyo a la hora de tomar esta decisión. Así mismo, el momento de la resolución de la hipoteca será mejor entendida por unos herederos que hayan vivido todo el proceso, que no, por aquellos que desconociendo los beneficios de que han gozado sus progenitores, pueden ver la resolución de la hipoteca como un expolio a su patrimonio hereditario, surgiendo conflictos entre la entidad financiera y los herederos⁵⁸².

JIMÉNEZ CLAR va más allá, y nos propone una serie de medidas preventivas a la hora de incorporar a la escritura de constitución de la hipoteca todos los datos posibles que faciliten la notificación y determinación de los herederos⁵⁸³. Si tenemos en cuenta que muchas operaciones pueden estar firmadas por extranjeros residentes, debemos tener en cuenta que cada uno en el caso de *sucesión mortis causa* se registrará por su ley nacional.

Estos autores abogan por identificar a los herederos en la escritura de constitución, no como partes del contrato, sino como dato adicional del deudor. Por ejemplo, se ha considerado que en la escritura deberían comparecer los herederos por diferentes motivos⁵⁸⁴:

a.- Darse por notificados e informados de la constitución de la hipoteca inversa.

b.- Consentir en la entrega de sus datos personales, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

⁵⁸¹ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 677.; BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 72.: "Aunque no constituyen parte en el contrato de hipoteca inversa, las entidades bancarias recomiendan que la decisión de contratar este producto sea compartida por las personas mayores y sus hijos o familiares más directos. Incluso aconsejan que algún familiar acuda a la formalización del contrato. Sin embargo, no es un requisito obligatorio para hacerlo efectivo"

⁵⁸² Caixa Sabadell establecía en su publicidad que "es recomendable que la decisión de contratación de la Pensión Vivienda se tome con conocimiento de los herederos y de forma consensuada con la unidad familiar", según recoge ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 49, que comenta cómo las entidades piden que los herederos participen en la constitución de la hipoteca, incluso que presten su consentimiento.

⁵⁸³ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 133: junto a él muchos autores abogan porque los herederos estén presente en todo el proceso de constitución de la hipoteca, como ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 117.

⁵⁸⁴ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 337.

c.- Asumir el compromiso de informar al prestatario de cualquier modificación o cambio de domicilio.

d.- Confirmar que el solicitante tiene pleno conocimiento y comprende la operación que va a firmar.

e.- Aceptar los pagos relacionados con la deuda, etc.

Con independencia de que se pueda estar más o menos de acuerdo con esta postura, en el sentido de entender la hipoteca inversa como un contrato entre el banco y el prestatario, donde un tercero como es el heredero no tiene por qué intervenir, esta demanda no es descabellada. Debemos tener en cuenta que no van a ser partes en el contrato de préstamo hipotecario, pero cuando fallezca el deudor van a ser parte activa en la hipoteca, con una posición jurídica que determinaremos más adelante. Pero cuanto menos, se convertirán en nuevos propietarios de la vivienda, por lo que deberían establecerse en la escritura, al menos unas personas para cualquier comunicación y notificación relativa a la reclamación de la deuda, o al vencimiento del crédito, sin que dicha designación implique su consideración como deudor u obligado al pago, ni como herederos que no podrán ser designado hasta que fallezca el deudor.

Si el deudor al contratar la hipoteca ya ha otorgado testamento, convendría que en la escritura se consignaran los datos del protocolo, e identificar a los herederos para eventuales notificaciones. Aún advirtiéndose que este procedimiento en ningún caso tendría la naturaleza de pacto sucesorio o de obligación del deudor en orden a nombrar herederos, ya que el testamento tiene naturaleza esencialmente revocable. Estos datos podrían indicarse dentro de las estipulaciones destinadas a determinar el domicilio donde practicar los requisitos y notificaciones derivados del vencimiento de la obligación asegurada.

Pero si todavía no se ha otorgado testamento, el deudor podría hacer constar los datos identificativos de las personas que reunirán la cualidad de herederos *abintestato*, para en su momento, instar la correspondiente declaración que en cuanto a su contenido se regirá por la ley nacional del deudor hipotecario y en cuanto a la forma por la legislación procesal española.

Esta prevención a favor del acreedor tiene justificación dado que al vencimiento del crédito el deudor no va a vivir para dar razón del modo en que se debe realizar la liquidación del mismo. Por lógica, en la medida de lo posible, deberá facilitar al acreedor los datos necesarios para el buen fin de la operación, actuando siempre dentro de la buena fe.

En el caso de que el causante haya otorgado testamento en nuestro país, entendemos que la entidad acreedora, previa justificación de tal condición,

resulta persona legitimada para dirigirse al Registro Central de Actos de Últimas Voluntades, para conocer si el deudor hizo o no testamento. Si por el contrario, el testamento hubiese sido otorgado fuera de España habrá de concretarse en cada momento los requisitos necesarios para determinar su eficacia y validez.

En el caso de que el deudor haya fallecido *abintestato*, los acreedores del causante, no están legitimados para instar la declaración de herederos, pues la garantía del cobro de sus créditos no se ve alterada por la declaración de herederos, al igual que no están obligados a esperar hasta entonces para reclamar sus deudas a la herencia yacente.

Así pues, entre la muerte del causante y la aceptación de la herencia suele transcurrir un plazo más o menos largo. Durante ese periodo decimos que la herencia está yacente o hablamos de herencia yacente. No existe definición en el Código Civil. La designación del heredero puede verse entorpecida por múltiples circunstancias, puede tratarse de: menores, incapacitados, ausentes, o ser desconocidos, no aceptar la herencia, o existir litigios sobre la condición de heredero⁵⁸⁵. Hasta la publicación de la nueva LEC la práctica habitual, admitida por los Tribunales era que los acreedores podían demandar a la herencia yacente y los herederos desconocidos, incluso con citaciones mediante edictos por ser la mayoría de las veces desconocidos. Con la Nueva LEC del 2000, las masas patrimoniales como la de la herencia yacente tienen capacidad de ser parte (art. 6.4 de la LEC), y comparecerán en Juicio, por medio de quienes, conforme a la ley, las administren, (art. 7.5 de la LEC). Es decir, la entidad financiera deberá demandar a la herencia yacente y a su administrador si lo tuviere designado o solicitar su nombramiento con objeto de que la represente y será contra quien pueda dirigirse el procedimiento.

Si el acreedor intenta una ejecución sin este paso previo de nombramiento de administrador, simplemente citando a los herederos desconocidos mediante edictos, llegado el momento de la ejecución se podría entender vulnerado el

⁵⁸⁵ Las causas son múltiples: bien, porque se haya establecido la institución de heredero bajo condición suspensiva (art. 801 CC). El llamado todavía no ha manifestado su voluntad de aceptar o repudiar la herencia, que no podrá hacer hasta que la condición se cumpla. En este caso la herencia se pone en administración. Puede ocurrir que se haya establecido la institución de heredero a favor de persona incierta que por cualquier evento puede resultar cierta (art. 750 CC). También queda la herencia en administración. O la institución de heredero a favor de un concebido y no nacido (art. 965 CC). También estará en administración la herencia. Puede ser que el llamado haya pedido tiempo para deliberar si acepta o no la herencia, en cuyo caso ha de hacerse un inventario de la herencia. Igualmente existe también herencia yacente cuando se insta la nulidad del testamento, ya que mientras se tramite el litigio la herencia estará yacente. También se puede dar en el supuesto de que todos los herederos hayan renunciado a la herencia.

derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. En este sentido, debemos mencionar la postura mantenida por DGRN desde la Resolución de la DGRN de 25 de junio de 2005⁵⁸⁶, donde se presuponía que era preciso el nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente⁵⁸⁷, en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo. En este caso, este defecto impediría la inscripción, por la falta de intervención en el procedimiento del titular registral, ya que lo contrario originaría indefensión, con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, Además, una sentencia dictada en rebeldía, aunque haya devenido firme, mientras no hayan transcurrido los plazos para ejercitar la acción de rescisión, no es hábil para inscribirse en el Registro de la Propiedad, sino sólo para anotarse preventivamente. No obstante, la RDGRN de 27 de julio de 2010, suaviza esta postura concluyendo que, sólo resultaría pertinente la designación de un administrador judicial si se cumplieran los siguientes requisitos acumulativos: 1.- que no se conociera el testamento del causante, 2.- que no hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y 3.- que la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral⁵⁸⁸.

Algunos autores se cuestionan la situación en que quedan las entidades de crédito frente a los herederos, y se plantean cómo podría la entidad tener un mínimo de *conocimiento o intervención* en las decisiones testamentarias del deudor⁵⁸⁹. Con posterioridad a la formalización de la hipoteca inversa, en el caso de que futuras

⁵⁸⁶ Resolución de la DGRN RJ 2005/5398, de 25 de junio “...su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, cuya falta sí debe denunciar el Registrador pero cuyo modo sólo compete apreciar al Juez”.

⁵⁸⁷ La DGRN viene dictando Resoluciones por las que se niega a inscribir los testimonios de Sentencias dictadas contra las herencias yacentes, demandadas como tales y a las que no se les ha nombrado un administrador, al considerar que si no se le designa un administrador como prevé la LEC, no se pueda considerar que haya sido parte en el proceso al declararse su rebeldía. Así Resolución de 20-11-2007, Resolución de 05-11-2007, Resolución de 6-10-2007, y Resolución de 21-02-2007.

⁵⁸⁸ Resolución de la DGRN de 27 de julio, RJ 2010/5136. “...No cabe desconocer al respecto, la doctrina jurisprudencial (citada en los Vistos), en la que se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Sólo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la Ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral es cuando resultaría pertinente la designación de un administrador judicial.”

⁵⁸⁹ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 329.

decisiones pudieran influir o variar la designación de los herederos respecto a quienes eran al tiempo de la constitución de la hipoteca, de algún modo, la entidad deudora debería conocerlas. Debemos tener en cuenta que cada año en España miles de cuentas y depósitos bancarios quedan abandonados, fallecido su titular, sin que ningún heredero reclame los depósitos por desconocimiento de los mismos, y al cabo de un periodo de 10 años pasen a ser propiedad del Estado. En este sentido, cuando se trata de una deuda, será más fácil aún que nadie se haga cargo de la misma.

Podría ocurrir que los herederos se enteren de la existencia de la hipoteca en el momento de formalizar la escritura de inventario o en la información previa a su otorgamiento, o cuando la demanda se haya dirigido contra los herederos legales o la herencia yacente del acreditado.

4.2. FACULTADES DE LOS HEREDEROS, A LA MUERTE DEL SOLICITANTE.

Entre las posibles posiciones jurídicas que podrían adoptar los herederos del causante a su muerte, no se encuentra la subrogación en este tipo de préstamo hipotecario. En el caso de la hipoteca inversa, a diferencia de cómo ocurriría en el caso del resto de los derechos y obligaciones de un causante que no se extinguen con su muerte, de acuerdo con los arts. 659 y ss. del CC. Afirma el art. 661 que “...*los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*”. Pues bien, de acuerdo con la Ley 41/2007, los herederos no suceden al causahabiente en esta obligación, de la que no se hacen responsables directos.

4.2.1. Realizar el pago de la deuda.

La primera facultad del heredero es el pago de la deuda. El legislador les ha conferido, como primera facultad la de “...*podrán cancelar el préstamo*” en cuyo caso podrán hacerlo sin ningún tipo de comisión por cancelación, siempre y cuando lo realicen en el plazo estipulado en la escritura. Parece, de acuerdo con la redacción de la ley que no será necesario que el llamado a heredar haya aceptado la herencia⁵⁹⁰. Efectivamente, en el caso de los herederos no sería

⁵⁹⁰ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., 137. comenta que “...*la falta de aceptación permitiría que cualquier persona con expectativa de ser heredero del deudor hipotecario pudiera considerarse*

necesario para ejercitar esta opción la aceptación de la herencia y adjudicación del bien en cuestión, es más, el pago de la deuda se puede considerar como aceptación tácita de la misma, a los efectos del art. 999 del CC. En esta situación, puede ocurrir que el resto de los herederos, antes de la división de los bienes de la herencia desaprueben el pago realizado por uno de ellos, en cuyo caso el heredero que ha saldado la deuda se subrogará en la posición que tenía el acreedor hipotecario, según art. 118 de LH. Pero la posición de los herederos puede verse perjudicada por la iniciativa de uno de ellos que puede haber abonado una suma al acreedor superior al valor de la herencia.

Se pueden producir todo tipo de situaciones llegado el momento del vencimiento, y si los herederos deciden realizar el pago. La casuística será muy amplia. En todo caso, debería darse preferencia para realizar el pago al heredero o legatario a favor del cual hubiese dispuesto el causante la finca hipotecada. Otra circunstancia al respecto podría ser que se realizase únicamente el pago parcial de la deuda, dando lugar a la fase de ejecución por el resto de la cantidad debida.

Además, el pago podrá realizarse con la negociación con la entidad financiera de una operación crediticia destinada al pago de la misma, constituyendo una hipoteca convencional, que incluso, podría ser una novación de la hipoteca inversa que han heredado, como veremos en el último capítulo.

4.2.2. No reembolsar la deuda.

En segundo lugar, podrán decidir *no reembolsar los débitos vencidos*. La Ley 41/2007 recoge de forma muy explícita esta posibilidad en la figura de la hipoteca inversa: DAP punto 6, “...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...”. Este punto ha sido criticado por la doctrina por su falta de rigor técnico, ya que se ha redactado como un derecho o libertad de no pagar, en absoluto cierto⁵⁹¹.

legitimada para el ejercicio de dicha facultad, que, a su vez, podría ser enervado por el ejercicio de la misma facultad por un heredero de carácter preferente al primero”.

⁵⁹¹ Crítica RAMOS CHAPARRO, E. J. op. cit., pág. 579.: “...en realidad y en buena lógica civil los herederos que aceptan la sucesión estar técnicamente obligados a pagar todas las deudas del causante, independientemente de la forma de su aceptación, art. 659 y 661 del CC, aunque es verdad que con diferente grado de responsabilidad, según se trate de la forma pura y simple o de la beneficiaria. Por lo tanto, este modo de expresarse es vulgar e inadecuado en

De este modo los herederos se convierten en unos deudores “*especiales*”, en el sentido de que no se les aplica el art. 1911 CC, no responden personalmente con todo su patrimonio, como continuadores de la responsabilidad del causante, sino que la responsabilidad es limitada al alcance de los bienes de la herencia, es decir, el que responde propiamente es el patrimonio hereditario y los herederos serán deudores por su condición de herederos, pero sin verse afectados en su patrimonio personal. La situación jurídica más parecida, sería una especie de separación de patrimonios como en el caso de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. Pero, sin tener que utilizar este recurso, de carácter legal y para el concreto supuesto de una deuda hipotecaria de esta naturaleza⁵⁹². En el caso de aceptación de la herencia a beneficio de inventario del art. 1010 del CC, es necesario acudir al notario o juez para instar el inicio del proceso, y realizar el inventario, etc. Aunque parece que esta nueva fórmula de limitación simplificaría los requisitos, ello no resulta cierto, puesto que si la entidad financiera debe recurrir a “*los bienes de la herencia*”, será necesario realizar prácticamente los mismos trámites, inventarios, etc.

En todo caso, la negativa al pago, por parte de los herederos llevará aparejada que la entidad financiera debe llegar a la ejecución de la hipoteca para el pago de la deuda.

5. LEGADOS Y FIDEICOMISOS

5.1. LEGADOS SOBRE LA VIVIENDA.

Otra posibilidad que apunta la doctrina es que la vivienda fuera objeto de un legado. Incluso nos podemos encontrar un “legado legal”, conforme al art. 822 del CC, a favor de un legitimario con algún tipo de discapacidad⁵⁹³. El legado a favor del discapacitado no tiene carácter excluyente de los demás legitimarios que podrán seguir viviendo en la misma vivienda mientras lo necesiten⁵⁹⁴.

cuanto que parece suponer una libertad o derecho a no pagar, habiendo asumido la cualidad de heredero, la cual no tiene el menor fundamento jurídico.”

⁵⁹² ZURITA MARTIN, I., “La nueva...”, op. cit., pág. 1303.

⁵⁹³ PEREÑA VICENTE, M., op. cit., *Asistencia...* pág. 137, señala que este legado supone la reaparición de los legados legales que habían desaparecido de nuestro ordenamiento, rompiendo con el concepto de legado que había dado la doctrina como disposición testamentaria.

⁵⁹⁴ Debemos puntualizar que la norma habla de discapacitados, no de incapaces judicialmente como veremos más adelante en los fideicomisos. En definitiva la alternancia en la normativa de los términos discapacitados, incapacitados judicialmente, dependientes, minusválidos, de

Para mantener protegidos los derechos de uso de la vivienda en el caso de hipoteca inversa, la mejor solución sería en el caso de matrimonio que la hipoteca se constituya por ambos cónyuges⁵⁹⁵. A la par, en el caso de que se constituya la hipoteca por un sólo cónyuge, el segundo cónyuge deberá ser beneficiario, al igual, que en el caso del legatario familiar con discapacidad, estableciendo además que no se resuelva la hipoteca hasta el fallecimiento del último de los beneficiarios.

También podemos hablar de un legado ordinario donde se podría establecer al legatario el gravamen de hacerse cargo de la deuda, -art. 858- con lo cual la obligación del legatario quedaría limitada al valor de la vivienda hipotecada, y si con el valor de la vivienda la deuda no resulta satisfecha, la parte pendiente pasaría a ser una deuda de la herencia, al mismo tiempo si el legatario no cumpliera con la carga podría exigirse la revocación del legado.

Por el contrario, el legado podría establecerse sin responder de la deuda, de acuerdo con el art. 867 del CC⁵⁹⁶. En esta realidad, muy habitual, la deuda deberá ser satisfecha por los herederos con el montante global de la herencia, y sólo en el caso de que estos no respondan, hecho bastante factible, será la garantía hipotecaria sobre la vivienda la que responda⁵⁹⁷. Así, nos encontramos que si el legatario se subroga en los derechos del acreedor, no podrá ir contra los bienes del heredero aunque este haya aceptado la herencia de forma pura y simple, porque solo puede ir contra los bienes que componían la herencia, como dice el art. 867 del CC: “...quedará este subrogado en el lugar y derechos del acreedor...”.

El legislador, con respecto a la hipoteca inversa, en ningún momento habla del legado, y el caso de que la vivienda sea objeto del mismo, aunque el testador

movilidad reducida o incluso de diversidad funcional, puede dar lugar, a parte, de errores o imprecisiones, a situaciones de desigualdad y agravio comparativo en el trato, y los derechos económicos reconocidos a estas personas.

⁵⁹⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 119.

⁵⁹⁶ Como es el caso del art. 867 del CC: “*Cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de esta quedará a cargo del heredero. Si por no pagar el heredero lo hiciera el legatario, quedará este subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero*”. SIMÓN MORENO, H., op. cit., pág. 63 analiza esta situación de acuerdo con el Código Civil de Cataluña: *el causant institueixi hereu universal una persona i prevegi un llegatde la finca hipotecada per a una altra. Una vegada acceptat el llegat, l'article 427-28.2 CCCat exposa que «si el causant llega una cosa empenyorada o hipotecada, el pagament del deute garantit per la penyora o hipoteca i la cancellació d'aquests drets són a càrrec de l'hereu*».

⁵⁹⁷ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 219.

haya establecido que el legado quede libre de cargas siempre primarán los créditos que pesen sobre la finca, de acuerdo con el art. 1027 del CC⁵⁹⁸.

5.2. FIDEICOMISOS SOBRE LA VIVIENDA

Podría ocurrir que el deudor hipotecario estableciera sobre la vivienda objeto de hipoteca una sustitución fideicomisaria, de modo que el heredero quedase obligado a conservar y transmitir ese bien a un tercero, de acuerdo con el art. 781 del CC. Supongamos una vivienda de especial valor económico o sentimental para el deudor que desea que quede en la familia, estableciendo un fideicomiso. El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, según art. 783 del CC, lo que le permitiría reclamar el importe pagado por estos créditos. Lo que supone para el fiduciario, no permitir la venta de la vivienda para el pago de la hipoteca siempre que esta reserva no suponga tener que gravar el tercio destinado a mejora, salvo en el caso de que el fideicomiso sea a favor de descendientes. Incluso el art. 808 de CC⁵⁹⁹, tras la reforma por la ley 41/2003, admite la sustitución fideicomisaria, cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado⁶⁰⁰. De este modo, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta. No obstante, son muchos los autores partidarios de la desaparición de la

⁵⁹⁸ Art. 1027 del CC.: “El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores”.

⁵⁹⁹ Art. 808.3 “Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente discapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.

⁶⁰⁰ Llama la atención PEREÑA VICENTE, M., op. cit., Asistencia...pág. 40, que se refiera el legislador a los incapacitados judicialmente y no a los discapacitados. Sin embargo en otros casos, en los gastos con dispensa de colación, sólo lo serán cuando se hubiere hecho para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes con discapacidad. Hubiera sido lógico que la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia incluyera a los dependientes dentro de estos artículos a los efectos de otorgarles la misma protección jurídica.

Así mismo, TORRES GARCIA, T. F., “Legítima,...”, op. cit., pág. 176. Ve en esta sustitución fideicomisaria una excepción al principio comúnmente admitido de la intangibilidad cualitativa de la legítima. Así el art. 808 del CC fija el gravamen, que supone la segunda excepción a la intangibilidad de la legítima, como fue el usufructo del viudo, en cuanto gravamen de origen legal, jugando a favor de los herederos su conmutación. En cambio en esta excepción que como sustitución fideicomisaria va a gravar la legítima estricta no tienen otra posibilidad que adquirir su condición de fideicomisarios.

legítima, y aún más en presencia de hijos discapacitados⁶⁰¹. En definitiva, en ese supuesto, los legitimarios deberán hacerse cargo de un crédito que ha sido gravado con una hipoteca inversa, donde no les va a corresponder ni la legítima estricta, y donde se van a convertir en fiduciarios de un patrimonio que deberán pasar a los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.

6. ACREEDOR HIPOTECARIO: ENTIDADES FINANCIERAS Y ASEGURADORAS

La hipoteca inversa, se plantea en nuestro ordenamiento, como una hipoteca de entidades financieras y aseguradores. Desde un punto de vista de política social, la intervención de estas entidades se utiliza como medio para prevenir que el solicitante de la operación, caiga en manos de los llamados “*chiringuitos financieros*” o de profesionales de la usura, o el abuso de personas en situaciones económicas de penuria, o que la falta de información pueda llevar a alguien a tomar decisiones equivocadas⁶⁰². El propósito del legislador, no es otro que la protección de los particulares como se recoge en la propia Exposición de Motivos de la ley 41/2007. El requisito de plena profesionalidad intenta minimizar el peligro de fraude e intrusismo, en un mercado donde ya el solicitante puede ser un elemento muy débil, al que se debe proteger frente a posibles abusos de posición.

6.1. ENTIDADES FINANCIERAS.

La DAP de la Ley 41/2007, señala concretamente quienes pueden ser acreedor hipotecario, en su punto 2: “*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, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, imponga su normativa sectorial.*” El acreedor deberá ser una Entidad Financiera o de Crédito, las

⁶⁰¹ PEREÑA VICENTE, M., op. cit., *Asistencia...* pág. 119 y ss. destacar que puede convertir en legitimarios a los nietos cuando los padres viven y tienen capacidad de heredar, lo que supone un cambio radical en la estructura de las legítimas donde hasta ahora, el pariente más próximo excluye al más remoto.

⁶⁰² La propia CMNV. califica como “chiringuitos financieros” a aquellas empresas que actúan como entidades financieras sin estar debidamente autorizadas ante el Banco de España o la CMNV www.cnmv.es/inversores/esp/index_no.html

referidas en el art. 2 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, modificada por la Ley 41/2007, donde se relacionan, los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito, las Cajas de Ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito. Igualmente podrán ser acreedoras de ese tipo de hipotecas las entidades aseguradoras. Desde luego, quedarían excluidos cualesquiera otros operadores del mercado crediticio tales como las llamadas empresas de reagrupación de créditos y otros intermediarios financieros del capital privado. Como señala MARTINEZ ESCRIBANO, no se trata de una prohibición de que otros agentes se conviertan en acreedores hipotecarios, sino de excluir estos casos de la aplicación del régimen legal de la disposición DAP⁶⁰³. No se trata de un privilegio para las entidades financieras, sino de una norma de protección⁶⁰⁴.

En otros países como Estados Unidos, como hemos comentado, la intervención pública es del 90% del mercado de las *reverse mortgages*. El programa federal *Home Equity Conversion Mortgage* (HECM, Hipoteca de Conversión del Patrimonio de Vivienda) establece las condiciones específicas para los prestatarios, los importes que pueden percibir en función de la edad de los mismos y los valores de las viviendas que garantizan la hipoteca inversa⁶⁰⁵. El programa de HECM limita los costes del préstamo y la FHA garantiza que las entidades cumplan sus obligaciones, es decir, garantiza los pagos de la hipoteca frente a una hipotética quiebra de su entidad financiera. El otro 10% del mercado de la hipoteca inversa es privado.

En España no nos planteamos la quiebra de la entidad financiera porque suponemos que cualquier situación similar estaría cubierta y asegurada por el Banco de España, pero en EEUU se plantea esta posibilidad como un riesgo más del préstamo. En otros países el prestatario deberá optar por entidades financieras

⁶⁰³ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 67.

⁶⁰⁴ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 319, que añade entre otras razones, la fuerte debilidad de personas mayores o grandes dependientes ante un acreedor que le ha hipotecado su casa y que le proporciona, o no, determinados pagos periódicos. Ve tan grave que se pudiera constituir una hipoteca inversa, como que pudiera llegar a ser titular de la misma vía de cesión.

⁶⁰⁵ TAFFIN, C., op. cit., pág. 10, LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 248. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 29. Este tipo de hipotecas HECM son las únicas intervenidas por la Administración pública. Las hipotecas HECM están aseguradas contra el riesgo de patrimonio negativo, financiado por los prestatarios, por la Administración Federal de la vivienda (Federal Housing Administration, FHA), que pertenece al Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano (Department of Housing and Urban Development, HUD).

de calidad crediticia reconocida⁶⁰⁶. Igualmente Francia, en la incorporación de *le prêt viager hypothécaire* a su ordenamiento reserva exclusivamente a las entidades financieras la contratación de esta hipoteca⁶⁰⁷.

Con la finalidad de contribuir a la salvaguarda y estabilidad del sistema financiero, el Banco de España supervisa, -de conformidad con lo previsto en el art. 7.6 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España y otras disposiciones concordantes-, la solvencia y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito⁶⁰⁸.

Ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de estas u otras que puedan inducir a confusión con ellas, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los Registros Oficiales de Entidades de Crédito a cargo del Banco de España. Nuestro país ha sido tradicionalmente receptor de turismo internacional, y además de ciudadanos, principalmente de la Unión Europea que

⁶⁰⁶ Las diferentes concepciones del sistema financiero varían de unos países a otros, de forma que la elección de entidad financiera es un riesgo más de la operación para el contratante. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 79, advierte este riesgo como valorable a la hora de tomar la decisión de con quién contratar una hipoteca inversa.

⁶⁰⁷ L'ordonnance du 23 mars 2006, introduce en el Code de la Consommation los articles L.314-1 a 314-20

⁶⁰⁸ BANCO DE ESPAÑA, Funciones, la supervisión bancaria. en línea. fecha de publicación 30/04/08. <http://www.bde.es/foinst/funciones/supervis.htm>. Controla y publica todos los temas relativos a comisiones bancarias, en especial su cobro a través de sus Circulares como la Circular 8/1990, de obligado cumplimiento para todas las Entidades Financieras. En esta categoría se engloba a los bancos, las cajas de ahorros, las cooperativas de crédito, las sucursales de entidades de crédito extranjeras, los establecimientos financieros de crédito y las entidades emisoras de dinero electrónico. En el caso de sucursales de entidades de países de la Unión Europea, sus facultades se limitan al control de la liquidez de la sucursal y del cumplimiento de las normas de interés general. Además el modelo de supervisión bancaria que aplica el Banco de España se compone de cuatro elementos principales, en línea con los estándares internacionales más reconocidos: 1.- Una regulación efectiva y prudente, que incluye tanto normas de acceso a la actividad como de ejercicio de la misma; 2.- Un sistema de supervisión continuada de las entidades, integrado por la recepción de información periódica, el análisis a distancia y las inspecciones; 3.- Un conjunto de medidas supervisoras de carácter corrector que puede acordar el supervisor a la vista de la situación de las entidades (formulación de requerimientos y recomendaciones; aprobación de los planes de saneamiento; intervención y sustitución de administradores); 4.- Y un régimen disciplinario y sancionador que puede afectar tanto a las entidades como a sus administradores. El sistema de supervisión continuada está diseñado con el objetivo de mantener un conocimiento actualizado y contrastado de la situación de las entidades supervisadas y su perfil de riesgos, utilizando tanto en la planificación de las actuaciones como en su desarrollo y valoración la metodología conocida como SABER (Supervisión de la Actividad Bancaria Enfocada al Riesgo). De acuerdo con el modelo que se ha seguido tradicionalmente en España, cada vez más extendido en el ámbito internacional, un programa de frecuentes inspecciones in situ refuerza y da seguridad al sistema.

se establecen residencialmente en España, con objeto de disfrutar de sus últimos años de vida. Las entidades financieras extranjeras buscan su expansión allí donde se establecen sus ciudadanos, por lo que no es de extrañar que estas entidades financieras de otros países hayan sido las primeras en constituir hipotecas inversas en España. Para desarrollar su actividad válidamente en España es necesaria su inscripción en los Registros del Banco de España, y así tener la capacidad para poder concertar hipotecas inversas. Estos contratos llegarán al Registro de la Propiedad, donde, se valorará su efectiva inscripción como entidad financiera⁶⁰⁹. Al mismo tiempo, se valorará la inscripción de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refiere el párrafo segundo del art. 12 de la LH⁶¹⁰. Estos contratos no van a ser un reflejo de la Ley 41/2007, sino que van a traer redacciones similares a los contratos firmados en los países de origen, trasladando así la hipoteca originaria de su país a nuestro ordenamiento.

Pero debemos recordar que si este negocio jurídico no se convierte en un producto atractivo para la entidad financiera, la hipoteca inversa desaparecerá en la práctica, porque si no hay oferta por las entidades financieras, que por otro lado no tienen ninguna obligación legal de incluirlo en sus catálogos para su oferta al tráfico en masa, la hipoteca inversa no puede constituirse sin este requisito subjetivo⁶¹¹. En algunos países de Sur América, como Argentina, Costa Rica aunque teóricamente se empieza a estudiar la figura, no se ha puesto en práctica porque las entidades financieras no lo han valorado como un negocio económicamente atractivo y rentable.

Algunos autores no ven en las entidades financieras el contratante más idóneo debido a su ánimo de lucro⁶¹², frente a quienes no las ven como sujetos óptimos y adecuados, asumiendo como lógico este sentido del beneficio o

⁶⁰⁹ En este sentido, las Resoluciones de la DGRN de 1 de octubre de 2010,(RJ 2010/17184), y 11 de enero de 2011, (RJ 2011/2815): “...la entidad «Manchester Building Society» es una entidad financiera de las referidas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, estando acreditada ante el Banco de España, en tanto que inscrita en el Registro Oficial de Entidades desde el 22 de enero de 2008...”

⁶¹⁰ Art. 12, 2º párrafo LH: “...Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.”

⁶¹¹ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 331.

⁶¹² TORAL LARA, E., “El contrato de renta...” op. cit., pág. 163

enriquecimiento⁶¹³. En mi opinión, es necesario que la entidad financiera que lo comercializa obtenga la rentabilidad que justifique su inclusión en el catálogo de su oferta al mercado⁶¹⁴.

En todo caso, al tratarse de entidades financieras, siempre es posible recurrir al mecanismo de la subrogación del acreedor regulado en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. La subrogación ofrece al deudor la posibilidad de obtener mejores condiciones financieras acudiendo al mercado bancario. Aunque exista una aparente dificultad de subrogación por otra entidad de una hipoteca, que encaje en la liquidación adoptada por el deudor, y sobre todo en el tramo inicial de la operación, cuando más plazo resta para su vencimiento o fallecimiento⁶¹⁵. Esta posibilidad se irá desarrollando a medida que se desarrolle el mercado de hipoteca inversa. De hecho, la Ley 41/2007, por la que se modifica la Ley 2/1988 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero..., como su nombre indica, modificó la Ley 2/1994, de 30 de marzo, ampliando la posibilidad de subrogación a los créditos hipotecarios, figura que va a ser muy relevante en la hipoteca inversa.

No obstante, en la práctica la subrogación de créditos plantea más problemas pues es necesaria una mayor colaboración entre la primitiva entidad financiera y la nueva⁶¹⁶. La DGRN ya se ha pronunciado en su resolución de 29 de febrero de 2008, donde recuerda que los créditos también son subrogables a pesar de la negativa de alguna entidad financiera al respecto⁶¹⁷.

⁶¹³ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 52 “...En el alquiler no se enriquece la entidad financiera, sino el arrendador, y el arrendatario queda obligado de por vida a pagar una cantidad de dinero a cambio de una única ventaja que es satisfacer sus necesidades de vivienda. Pero nunca podrá utilizar esa vivienda como moneda de cambio para obtener otras utilidades o ventajas. La propiedad, por tanto, aparece como una inversión que permite obtener mayores rentabilidades al propietario que el alquiler para el arrendatario; la diferente reside en que optando por la propiedad se enriquecen las entidades financieras y en el alquiler lo hace el arrendador.” ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 66, “... se trata de un negocio para el acreedor, su finalidad no es realizar una obra de caridad o social, pues se persigue sacar un beneficio y hay ánimo de lucro al igual que en cualquier otra operación bancaria”.

⁶¹⁴ ROCA GUILLAMÓN, J. op. cit., pág. 673.

⁶¹⁵ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 348.

⁶¹⁶ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 349.

⁶¹⁷ Resolución de la DGRN de 29 febrero 2008 RJ 2008\8269 “si bien es cierto que en determinados párrafos de la citada Ley se hace referencia únicamente a los préstamos hipotecarios, no lo es menos que otros numerosos artículos, como el 7, 8, 9 o el 13, al dar nueva redacción al párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo (RCL 1994, 999) , se refiere tanto a préstamos como a créditos hipotecarios, por lo que resulta razonable concluir la procedencia del procedimiento subrogatorio tanto respecto de unos como

Se puede plantear la novación modificativa, variando tipo de interés o ampliación del capital, no así la ampliación del plazo de vencimiento, por la idiosincrasia de esta figura, gozando de un régimen especial de exención en impuestos y aranceles notariales y registrales.

6.2. ENTIDADES ASEGURADORAS.

Por otro lado, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones asume el control del cumplimiento de los requisitos precisos para el acceso y la ampliación de la actividad aseguradora y reaseguradora privada, la supervisión ordinaria de su ejercicio, el control de los requisitos exigibles a los administradores y socios de las entidades que realizan dicha actividad y a las demás personas físicas y jurídicas sometidas a la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre. El Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en su art. 4, define el sistema de autorización previa y requisitos para el ejercicio de su actividad.

Igualmente, las entidades aseguradoras, recordemos que están habilitadas desde 1995, con la O.M. de 27 de octubre de 1995 para la concesión de préstamos hipotecarios a la vivienda, por lo que también pueden ser acreedores de este tipo de préstamos de hipoteca inversa, y dentro de las aseguradoras, todo tipo de aseguradoras, de cualquier ramo, no sólo en el ramo vida⁶¹⁸.

Para algunos autores incluir a las entidades aseguradoras supone un riesgo, pero hay que suponer que el legislador está pensando en que las fórmulas de disposición de este tipo de hipotecas, que van a ir muy unidas a la actividad aseguradora, a través de seguros de vida y de rentas. La hipoteca inversa está presidida por la conjugación de los riesgos, circunstancia que define el contrato de seguro, basado en el concepto de riesgo. Además las entidades aseguradoras ofrecían antes de la Ley 41/2007 contratos como la vivienda pensión, como un contrato donde la entidad aseguradora se obliga a realizar disposiciones periódicas a favor del asegurado, que entrega a cambio su

de los otros; conclusión a la que conduce igualmente la finalidad de la norma de extender los beneficios de su régimen.”

⁶¹⁸ Señala ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 87, como una Enmienda núm. 52 del Grupo Parlamentario Catalán intentó restringir el ámbito de las aseguradoras al ramo vida, pero no prosperó esta enmienda.

vivienda. En la hipoteca inversa se reduce la aleatoriedad de estos contratos, con un negocio jurídico donde las prestaciones están equilibradas⁶¹⁹, y la contingencia de fallecimiento anticipado o muy lejano en el tiempo no beneficia a ninguna de las partes, aunque sí aumente el riesgo. Al mismo tiempo, las compañías de seguros están unidas a otra figura en desarrollo como es el Seguro de Dependencia, y como veremos producto complementario a las hipotecas inversas.

No obstante, debemos reparar en que las entidades aseguradoras no están incluidas en el art. 2 de la Ley 2/1981, y en consecuencia, cuando el acreedor de la hipoteca es una entidad aseguradora no se aplica la normativa sobre subrogación y modificación de los préstamos y créditos hipotecarios de la Ley 2/1994⁶²⁰. En este aspecto resulta interesante que, además de permitir sólo la subrogación entre determinadas entidades y con ello dar la oportunidad al deudor de cambiar su préstamo a otra entidad que le ofrezca mejores condiciones financieras, la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007 amplía considerablemente las condiciones que pueden modificarse en escritura. Si antes de la reforma únicamente el tipo de interés, ordinario o de demora y el plazo eran susceptibles de revisión, la nueva redacción del art. 4.2 de la Ley 2/1994 incluye la modificación: “*ampliación o reducción de capital; la alteración del plazo; las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; la prestación o modificación de las garantías personales*”, condiciones todas ellas que pueden afectar a la hipoteca inversa⁶²¹.

Y, por otro lado, no le será de aplicación la figura jurídica del art. 153 bis de la LMH⁶²², que permite la constitución de hipotecas de máximo a las entidades financieras.

⁶¹⁹ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., págs. 73 y ss., “...desaparecen así los injustos resultados a los que se llega cuando el asegurado fallece poco tiempo después de celebrarse el contrato, de modo que la prestación que él ha realizado es muy superior a la contraprestación recibida...”

⁶²⁰ Tal y como afirman SERRANO DE NICOLÁS, A., op. cit., pág. 45; JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág.132.

⁶²¹ Art. 4.2 de la Ley 2/1994: “*Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: la ampliación o reducción de capital; la alteración del plazo; las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; la prestación o modificación de las garantías personales*”

⁶²² El art. 153 bis de la LMH, permite a las entidades financieras, y sólo a ellas, constituir hipotecas de máximo, “*a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2*

A pesar de que las entidades aseguradoras tampoco están incluidas entre las entidades obligadas por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, si es cierto que la norma les será de aplicación a las entidades aseguradoras en lo previsto en la sección 6.^a del capítulo II del título III, es decir, en cuanto a lo que ha denominado “régimen de transparencia” en las hipotecas inversas, con los mismos requisitos que para el resto de las entidades financieras⁶²³. Es decir, deberán entregar al cliente, con todos sus requisitos, la oferta vinculante; deberán prestar un servicio de asesoramiento independiente, y entregar las fichas establecidas en la norma, fichas de información precontractual (FIPRE), con los requisitos que veremos en el Capítulo Sexto.

La Ley 2/2009 de 31 de marzo regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, con acreedores distintos de entidades financieras, entidades de agrupación de deudas, etc.⁶²⁴. Estos agentes del mercado están dando lugar a nuevos factores y nuevas técnicas financieras. Hasta el momento de publicación de la Ley, este mercado parabancario no se sujetaba más que a la legislación civil o mercantil que fuera

de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las misma”.

⁶²³ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, art. 32. “Régimen de transparencia.

Esta orden se aplicará a las hipotecas inversas comercializadas en España conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica 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 y por la que se establece determinada norma tributaria, con las siguientes especificidades:

a) Será obligatoria la entrega de la oferta vinculante a la que se refiere el artículo 23.

b) Será obligatoria la prestación, a más tardar con motivo de la entrega de la oferta vinculante, de un servicio de asesoramiento independiente y previo en los términos previstos en el artículo 10.

c) Las fichas a las que se refieren los artículos 21 y 22 se ajustarán a lo previstos en el anexo III y IV y, adicionalmente, el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones elaborarán conjuntamente una «Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa» en términos adaptados y análogos a los previstos en el artículo 20.”

⁶²⁴ PÉREZ RIVARÉS, J. A., op. cit., pág. 68. Explica como estas nuevas prácticas financieras eran habituales en países de nuestro entorno pero ajenas a nuestro país, tales como la agrupación de deudas, la asesoría e intermediación financiera a particulares para la obtención de créditos, y la concesión de préstamos y créditos hipotecarios por empresas que no tienen la consideración legal de entidades de crédito. Y la defensa de los consumidores y usuarios que el art. 51 de la CE impone a los poderes públicos obligó a aprobar la Ley 2/2009 cuyo objeto principal es la extensión del principio de transparencia exigible a las entidades de crédito a otros nuevos operadores crediticios que no tienen tal consideración legal.

aplicable y a la normativa general de protección de los consumidores y usuarios, con la consecuente pérdida de protección del deudor. A su vez, la Ley 9/2009, amplía en ámbito de actuación de la OM de 1994 a estas entidades prestamistas imponiéndoles deberes de información precontractual al cliente y obligaciones en el momento de la formalización. No obstante, estas entidades no gozan del mismo nivel de transparencia y solvencia que las entidades del art. 2 la Ley 2/1988, y sí podrían constituir hipotecas inversas. Todas aquellas hipotecas inversas que no gozarán de todos los beneficios fiscales que les otorga la DAP de la Ley 41/2007, porque no cumplan alguna de sus condiciones.

Por estos motivos, en contra de otras opiniones doctrinales⁶²⁵, resulta totalmente desaconsejable, que en el caso de hipotecas inversas sobre un inmueble distinto de la vivienda habitual, es decir, cuando se trate de hipotecas inversas fuera de la DAP, se contraten las hipotecas con otras personas físicas o jurídicas distintas de las entidades financieras. A los riesgos de posible insolvencia, se le añadiría el hecho de no poder ser una hipoteca de máximo, no gozar de beneficios fiscales y notariales, no caber sobre ellas la subrogación o novación, ni gozar de los normas sobre transparencia y comercialización de la hipoteca inversa legislada⁶²⁶. En el caso de la contratación de una hipoteca inversa con un acreedor persona física, generalmente un familiar, quedaría un amplio margen a la autonomía de la voluntad a la hora de configurar este instrumento de financiación⁶²⁷. Pero, a los problemas mencionados se añadirían otros como: qué ocurriría cuando la vida del deudor se prolonga más de lo esperado, más allá de la vida de su prestamista, o cuando este no puede hacer frente a las disposiciones o rentas de la hipoteca, o cuando se desea enajenar la vivienda antes del fallecimiento, o los posibles conflictos de intereses con los herederos.

⁶²⁵ TORAL LARA, E., “Hipoteca...” op. cit., pág. 1866.

⁶²⁶ SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., pág. 46.

⁶²⁷ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 68.

V. CAPITULO QUINTO: ELEMENTOS OBJETIVOS

1. DESTINO DEL CRÉDITO

Como hemos apuntado la ley no ha establecido una finalidad o condición a la disposición del crédito, de modo que el destino de la operación será aquel que decida el solicitante en cada momento, independientemente de que el espíritu de la ley, establecido en su preámbulo apunte a que el destino sea *la financiación adicional de las necesidades vitales del acreditado*, dejando un margen muy amplio a la interpretación de este concepto.

Algunas Enmiendas, ya citadas, buscaban una disposición vitalicia con objeto de proteger a la persona mayor a lo largo de toda su vida. Pero el hecho es que el legislador deja absoluta libertad, y como señala ROCA GUILLAMÓN la única razón para limitar el destino sería unir la desviación de esos fondos del destino legal a la pérdida de los beneficios fiscales y arancelarios con el argumento de fraude a la ley⁶²⁸. Si la ley hubiera limitado el destino permitiría la impugnación por quienes tuvieran un interés legítimo, en este caso los herederos o un tercer acreedor, a pesar de la dificultad probatoria en el caso de existir una causa falsa como una donación encubierta, por ejemplo. Por lo tanto, aunque la disposición de este préstamo pueda suponer una reducción importante del caudal hereditario, y los herederos no estén de acuerdo con el destino o uso que se hizo de tal disposición, va a ser difícil que un juez admita un uso indebido del préstamo, salvo que se llegue a una declaración de prodigalidad como causa de incapacidad del art. 200 del CC, lo que apartará al deudor de la administración de sus bienes. Efectivamente, en similar situación nos encontraríamos si la hipoteca fuera contratada por un incapaz. En este caso, si la contratación fuera autorizada por el juez, el importe del crédito quedará judicialmente destinado a unos objetivos muy concretos, y por lo tanto podría ser objeto de control.

De este modo, en ningún momento será necesario informar a la entidad financiera del motivo o destino del préstamo. La única limitación que hemos encontrado en el Derecho comparado se recoge en la legislación francesa que relaciona la prohibición expresa bajo sanción de nulidad de utilizar estos préstamos para pagos derivados de una actividad profesional.

⁶²⁸ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 687.

2. EL OBJETO. LA VIVIENDA HABITUAL

Como en el caso de una hipoteca convencional estamos ante la hipoteca de una finca registral, la cual estará por lo general libre de cargas, para poder establecer sobre ella una hipoteca inversa con rango de primera hipoteca. Y donde no deberá existir ningún tipo de prohibición de disponer, de las expresadas en el art. 26 de la LH. Aunque es posible la constitución de una hipoteca si el vencimiento de la obligación asegurada es posterior al cese de la prohibición o si se pacta que no será posible su ejecución hasta que no llegue ese momento⁶²⁹, situación que podría ser posible en este tipo de hipoteca.

2.1. DEFINICIÓN DE VIVIENDA

La delimitación de qué es una vivienda, no es un concepto legalmente tipificado, ni en nuestro ordenamiento, ni en otros; de hecho en Estados Unidos, no resulta sencillo saber *a priori* si la residencia que se desea hipotecar va a resultar apta como objeto de la hipoteca, teniendo en cuenta la variedad de construcciones existentes en ese país. Por ejemplo, la legislación norteamericana admite la hipoteca de viviendas prefabricadas, o móviles, concepto difícil de admitir como vivienda hipotecable en España⁶³⁰.

Algunas leyes sobre la vivienda autonómicas han intentado delimitar su ámbito de actuación, y a través de ellas podemos llegar a apreciar cuáles son los elementos que configuran una vivienda, como son la habitabilidad y el destino⁶³¹.

La habitabilidad se entendería en dos sentidos, como idoneidad objetiva para servir de morada o residencia, y en relación con el número y circunstancias de los ocupantes. El destino del inmueble como hogar, debe entenderse incluyendo aquellos anejos, garajes o trasteros que aunque puedan ser fincas registrales diferentes, y haberse adquirido en diferentes momentos, se entiende

⁶²⁹ CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., op. cit., pág. 693.

⁶³⁰ www.hud.gov.org. 10/12/2010, la vivienda debe ser una vivienda unifamiliar o una propiedad de dos a cuatro unidades que sea de su propiedad y sea residencia habitual. Las viviendas independientes (detached), las unidades de condominio, pueden ser hipotecadas, incluso algunos tipos de vivienda prefabricada, pero no las viviendas cooperativas ni la mayor parte de las casas rodantes. Los condominios deben estar aprobados por la FHA. Es posible que los condominios califiquen para el programa Spot Loan (otro programa de financiación complementario).

⁶³¹ GARCIA GIL, F. J., op. cit., pág. 21. Ley 4/2003 de Vivienda de Galicia, Ley catalana 24/1991, Ley 3/2001 de Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de Extremadura, etc.

que configuran en su conjunto un lugar apto para residir, en contraposición a los establecimientos profesionales, o locales de negocios, aunque en ocasiones la vivienda puede tener una doble función de hogar y lugar de ejercicio de profesión liberal. Otra característica de la vivienda, aunque más discutible sería su incorporación íntima y fija al suelo, y no mera adherencia exterior. Pero en definitiva, la sociedad de tasación será quien califique el inmueble como vivienda. Por lo tanto, será el certificado de tasación que se emita, donde se corrobore que administrativamente reúne todos los requisitos necesarios, como inmueble susceptible de hipoteca y con destino a vivienda.

2.2. DEFINICIÓN DE VIVIENDA HABITUAL

El bien inmueble que sirve de base para la constitución de la hipoteca debe ser la vivienda habitual del solicitante, término para el que el legislador ha utilizado denominaciones muy diversas como “*vivienda familiar*”, “*hogar familiar*”, etc.

El siguiente concepto que debemos intentar acotar o definir es el de vivienda habitual. Uno de los motivos por los que resulta más práctica y segura la hipoteca sobre una vivienda habitual es, entre otros, que la movilidad residencial disminuye de manera muy acusada con la edad y especialmente, es prácticamente nula tras los primeros años de jubilación, alrededor de los 75 años⁶³². Así se ha establecido como un requisito básico de tipo contractual el uso habitual y reiterado de la vivienda. De algún modo se atiende una reivindicación propia de nuestros mayores que tradicionalmente donde desean residir es en la casa que han habitado en los últimos años.

No obstante, una de las situaciones que podría plantear problemas en esta figura, es el cambio de residencia del deudor hipotecario debido a los problemas diarios de su vejez o dependencia, si decide trasladar su residencia habitual sustituyéndola por la de sus familiares o una residencia especializada. Incluso, en el caso de separación o divorcio el deudor podría quedar excluido del uso de la vivienda familiar, conforme art. 96 del CC como veremos⁶³³.

El bien hipotecado según la Ley 41/2007, la DAP punto 1, debe ser “*un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante*”. La norma

⁶³² TAFFIN, C., op. cit., pág. 1

⁶³³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dyckinson, S.L. 2ª Ed. Madrid, 2005. pág. 101.

limita su propio campo de actuación a la vivienda habitual, algo criticable a la vista de algunos autores, opinión que compartimos⁶³⁴.

Para delimitar jurídicamente qué es una vivienda habitual, buscamos el concepto en Derecho de Familia, como vivienda familiar, arts. del 90 al 96, ó, art. 103 del CC “*cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta*”. Igualmente unido al Derecho de familia, el Reglamento Hipotecario, art. 91. “*Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia,...*”. Pero este dato, *vivienda habitual de la familia*, aparecerá únicamente en un posible convenio regulador en caso de separación o divorcio⁶³⁵. La DGRN es contraria a admitir, incluso, la inscripción en el Registro de la Propiedad de este dato, uso de la *vivienda familiar*, argumentando que no se trata de un derecho real, más aún sería contraria a la inscripción de la vivienda habitual⁶³⁶. No obstante, posteriormente, la RDGRN 2010/17511, de 28 de septiembre de 2010, si admite la constatación registral de que tales bienes integran la vivienda habitual de la familia, y admite esta posibilidad, dada la trascendencia inmediata que tiene en orden al régimen de disposición de tales bienes, puesto que el art. 1.320 del Código Civil requiere consentimiento de ambos, o autorización judicial en defecto de éste.

Además el art. 40 del CC identifica el domicilio con la residencia habitual, como punto de localización de una persona o lugar de ejercicio de sus derechos y obligaciones. En todo caso, el domicilio puede servir a la hora de identificar la

⁶³⁴ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 56.

⁶³⁵ Igualmente no se define en ninguna disposición el concepto de vivienda familiar, es la jurisprudencia la que nos acerca al concepto, como la SAP Ciudad Real 30 diciembre 1995 (RJ 1995/2306) señala que “*el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquélla y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges*”. Del mismo modo, la SAP Palma de Mallorca 19 enero 1998 (RGD, núm. 648, 1998) la define como “*aquella que constituye la residencia normal de la familia, donde de manera estable y permanente han venido habitando los esposos y los hijos hasta el momento de producirse la crisis del matrimonio, cualquiera que sea el título jurídico en virtud del cual la tengan a su disposición*”.

⁶³⁶ Resolución de la DGRN 349/2009, de 18 de noviembre de 2009, donde se deniega la inscripción de un pretendido derecho de uso de vivienda familiar, argumentando que el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar.

vivienda habitual con una operatividad práctica, pudiendo servir como prueba de que efectivamente la vivienda habitual coincide con el domicilio.

Por lo que concluimos que la vivienda habitual no es un concepto jurídico definido y concreto, sino un dato fáctico. Se trata de un hecho, al que reuniendo una serie de condiciones se le da una trascendencia jurídica⁶³⁷. La propia Dirección General de Tributos, cuando ha sido preguntada sobre el concepto de vivienda habitual a los efectos de la aplicación de la exención fiscal en la hipoteca inversa, tras recurrir al derecho tributario para establecer una posibilidad en su aplicación, finaliza diciendo que se trata de una cuestión de hecho cuyas pruebas deberán ser aportadas por el sujeto pasivo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶³⁸.

Debemos detenernos en dos aspectos básicos de este concepto, la habitualidad y las condiciones objetivas de habitabilidad.

Respecto a la habitualidad, sólo el Derecho Tributario recoge este concepto, en el art. 68 de la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas, y en el art. 54 de su reglamento, identificando vivienda habitual con residencia habitual, describiéndola como la edificación que constituya la residencia del contribuyente durante un plazo continuado de al menos tres años, con algunas excepciones⁶³⁹. Igualmente, la misma Ley 35/2006 en su art. 33, 4 b)⁶⁴⁰, cuando habla de la exención de las ganancias patrimoniales como consecuencia de la transmisión de la vivienda habitual por mayores de 65 años, precisa que a los exclusivos efectos de esta exención del impuesto, se considerará la vivienda habitual la que tiene en ese momento o hubiera tenido

⁶³⁷ Así lo pone de manifiesto TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*. Editorial Aranzadi, S.A. Navarra 2003. pág. 147.

⁶³⁸ Consulta de la DGT V 0400-10: "...Se trata de una cuestión de hecho y, por tanto, eminentemente probatoria, tal y como viene señalando el Tribunal Supremo en Sentencias de 19 de febrero de 1997, 29 de abril y 14 de noviembre de 1998 o en las de 7 y 9 de febrero de 2006. Ahora bien, la apreciación de las pruebas aportadas por el sujeto pasivo para determinar si concurren o no las circunstancias fácticas que acrediten la residencia habitual no corresponde a esta Dirección General de Tributos sino que, como por otra parte resulta lógico, es competencia del órgano gestor ante el que se solicite la aplicación de la norma que exige, como condición previa, que concurra esa residencia..."

⁶³⁹ ALMAGRO MARTIN, C., "Incentivos fiscales sobre la vivienda en los impuestos sobre la renta y patrimonio". Quincena Fiscal Aranzadi núm. 10/2008. Editorial Aranzadi, Pamplona 2008. pág. 4.

⁶⁴⁰ Art. 33. 4 b): "Estarán exentas del Impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto: ...Con ocasión de la transmisión de su vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia de conformidad con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia".

tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores a la transmisión⁶⁴¹. En conclusión, vemos como estos datos nos sirven exclusivamente como referencia, pero no como definición.

El concepto de habitabilidad, unido a la vivienda, dependerá como hemos visto de la calificación de la tasación, que considere el inmueble como apto para la residencia de sus habitantes.

Por el contrario, deberemos considerar como segundas residencias, aquellas que sólo ocasionalmente sirven a la finalidad de alojamiento de la familia, bien porque se trate de viviendas de temporada, bien porque sean ocupadas exclusivamente por uno o varios de sus miembros.

Intentando dar una solución práctica al asunto, en caso de que el deudor sea propietario de una única vivienda, parece claro, y lógico pensar que se trata de su vivienda habitual. Y si es propietario de varias vivienda, parece que quedarían fuera del ámbito de aplicación de esta ley las segundas residencias o residencias de recreo, con independencia del número de fincas registrales que constituyan la vivienda y sus anexos, garajes, trasteros, etc. Y en el caso de viviendas ubicadas en la misma ciudad, generalmente va a ser la vivienda de más valor, cuyo valor patrimonial le va a permitir una mayor disponibilidad pecuniaria de esta hipoteca. En todo caso, en el contrato de préstamo hipotecario, elevado a público, el prestatario va a declarar que efectivamente la vivienda que se hipoteca es su vivienda habitual. A partir de este momento, quién tenga algún interés en demostrar lo contrario, aportará los datos necesarios que lo demuestren, acudiendo al padrón municipal, domicilio fiscal, u otros medios a su alcance.

Además de la expresada realidad fáctica, jurídicamente, como apunta ÁLVAREZ ÁLVAREZ, deberá tratarse de un bien enajenable, no afectado por una prohibición de disponer que tenga un plazo superior al del vencimiento de la hipoteca⁶⁴².

2.3. VIVIENDA HABITUAL EN LA LEY 41/2007

Durante la tramitación en las Cortes esta cuestión resultó especialmente polémica: por un lado se intentaba no privar a la persona mayor de la posibilidad

⁶⁴¹ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 76.

⁶⁴² ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 80, de acuerdo con los art. 1858 del CC y 106.2 de la LH.

de contratar una hipoteca porque debido a su situación personal tuviera que recurrir a otro tipo de residencia. De este modo se pretendía recoger legislativamente una situación lógica, que se va a producir en la realidad, pero que al final no se plasmó legislativamente, porque el debate parlamentario giró en torno a procurar que la figura de la hipoteca inversa no se desvirtuara permitiendo hipotecar cualquier vivienda, acercándose más a una inversión inmobiliaria que a una medida de tintes sociales, como así pretende configurarse en la Ley 41/2007⁶⁴³.

En esta tesitura, algunos grupos parlamentarios consideraban que no debía constituirse necesariamente la hipoteca sobre la vivienda habitual del solicitante, (Enmiendas núms. 98 ó 122 del Congreso, así como las Enmiendas núms. 22 y 64 del Senado); otras Enmiendas pretendían ofrecer garantías adicionales para perfilar el concepto de vivienda habitual (como las Enmiendas núms. 53 del Congreso y 97 del Senado)⁶⁴⁴. En concreto, en la justificación de la Enmienda núm. 98 del G.P. Popular, se pretendía que también se pudiera constituir la carga sobre un inmueble que no fuese vivienda habitual del solicitante, y suprimir las palabras *vivienda habitual*.

La Enmienda núm. 53, presentada por el G.P. Catalán Convergència i Unió, deseaba adicionar un nuevo apartado 1 bis a la Disposición Adicional Primera, con la siguiente redacción: DAP. Apartado 1 bis. Nuevo:”...*A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, no se considerará que el bien inmueble deja de constituir la vivienda habitual del solicitante cuando el deudor hipotecario lo alquile, se traslade al domicilio de un familiar o ingrese en una residencia para su cuidado, especialmente cuando se encuentre en una situación de dependencia, de acuerdo con la normativa vigente*”. La justificación se basaba en que “*parece oportuno prever estas situaciones, sin que por ello se entienda que el bien inmueble que constituya la garantía del préstamo o crédito pierda la consideración de vivienda habitual del deudor*”. Realmente este texto hubiera zanjado muchas discusiones a los efectos de establecer cuando una vivienda deja de ser habitual.

⁶⁴³ En estos términos se pronuncian: QUESADA SÁNCHEZ, A. J., op. cit., pág. 18.; ZURITA MARTIN, I., “La nueva...”, op. cit., pág. 1281: “...*si de lo que se trata es de facilitar a las personas mayores la posibilidad de convertir en líquido su capital inmobiliaria para atender a las necesidades de su vida cotidiana o a su situación de dependencia no parece que debe restringirse la constitución de este tipo de hipoteca sobre otro inmueble del anciano que no constituya su vivienda habitual...*”; JIMÉNEZ CLAR, A. J. op. cit., pág. 107, insiste en la función social de autoprotección que persigue la ley y por tanto constriñe a que sea la vivienda habitual del deudor.

⁶⁴⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007. <http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro>

MARTINEZ ESCRIBANO argumenta al respecto que una hipoteca inversa resulta más costosa en términos de intereses y un mayor riesgo para la entidad financiera que una hipoteca ordinaria. La garantía en este caso es un valor fundamental, y parece que las entidades financieras serán más proclives a conceder estas operaciones en viviendas habituales, porque hay una mayor voluntad del deudor en evitar la ejecución hipotecaria. De hecho, resulta menos frecuente que las viviendas habituales se enajenen, y la vivienda habitual se suele conservar en mejor estado, lo cual es importante con relación al valor de la misma en el momento de ejecutarla, venderla, etc.⁶⁴⁵. Igualmente los porcentajes de concesión de préstamo sobre valor de tasación suelen ser inferiores en el caso de segunda vivienda, en hipotecas convencionales, porque la valoración del riesgo calificado ante Banco de España es como un riesgo de peor calidad.

Pero debemos tener en cuenta, que en buena lógica, una persona mayor de 65 años que sea propietaria de varias viviendas difícilmente recurrirá a la hipoteca inversa, cuando le resultará menos costoso financieramente el arrendamiento de una de las viviendas, o incluso, la venta de un segundo inmueble que tiene a su disposición.

Otros autores se plantean si la vivienda habitual no podría haber sido también la vivienda habitual del beneficiario, es decir, permitir una hipoteca inversa con todos los beneficios de la ley, cuando fuera la vivienda habitual del beneficiario, aunque fuera propiedad del solicitante. Tratan de este modo, de dar la mayor cobertura posible a todas las situaciones que se puedan dar dignas de protección como el caso de un hijo que resultara beneficiario y no conviviera con los padres propietarios de la vivienda⁶⁴⁶.

Igualmente resaltando el tinte social de la medida, MARTÍN PÉREZ, se plantea que el legislador debería haber utilizado otros términos, y la norma no debía limitar la figura a la vivienda habitual, sino a quien solamente sea titular de una vivienda, excluyendo a quien posea varias viviendas, con independencia de que sea habitual o no⁶⁴⁷.

La vivienda deberá estar libre de cargas. En realidad este requisito es impuesto por el mercado, puesto que resultaría muy difícil que alguna entidad

⁶⁴⁵ Comenta MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 86.

⁶⁴⁶ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 314: “...así, se dará la consecuencia absurda de no proteger la hipoteca inversa constituida sobre la vivienda habitual de un hijo con gran dependencia que viva independientemente de sus padres en esa vivienda, propiedad de estos últimos”, recogido por SIMÓN MORENO, H., op. cit., pág. 59.

⁶⁴⁷ MARTÍN PÉREZ, J. A., “La hipoteca inversa...”, op. cit., pág. 27.

financiera aceptara establecer una hipoteca inversa como segunda hipoteca. Al igual que parece lógico que la vivienda no esté alquilada en el momento de constituirse la hipoteca, puesto que el alquiler es un concepto aparentemente incompatible con el de vivienda habitual, y habrá que esperar a que finalice el mismo. De modo que el solicitante debe ser propietario de la vivienda y tener la libre disposición de la misma.

No obstante, la Dirección General de Tributos sorprende al contestar el caso de un solicitante nudo propietario de su vivienda habitual, siendo usufructuario su hijo que no convive con él, que la vivienda puede ser objeto de una hipoteca inversa sin ningún problema, al concurrir los dos requisitos de propiedad y residencia habitual en el solicitante⁶⁴⁸. La pregunta consiguiente es qué ocurre cuando fallece antes el nudo propietario hipotecante y la hipoteca ya es exigible, pero sigue viviendo el hijo usufructuario. Se producirá una situación similar a lo que ocurría cuando pervive el beneficiario más allá del solicitante y sin ningún tipo de renta por disposición del préstamo, ya agotada, donde concluíamos que lo más beneficioso para los herederos era llegar un pacto con el beneficiario. Sin embargo, resultará difícil que alguna entidad financiera firme una hipoteca inversa sobre una vivienda cargada con un derecho de usufructo.

En Estados Unidos el programa estatal de hipotecas inversas, HECM, considera requisito necesario para la constitución de estas hipotecas que se constituya como primera hipoteca, sobre una finca libre de cargas, no obstante permite que parte de los ingresos obtenidos por la formalización de la nueva hipoteca inversa se destinen a la cancelación de la hipoteca anterior, en un mismo acto⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Así argumenta la DGT V 1169-09: “...En definitiva, cabe concluir que la figura de la hipoteca inversa tiene por finalidad permitir que los mayores puedan movilizar su patrimonio inmobiliario para obtener una renta adicional, aportando su propia vivienda habitual como garantía de préstamos o créditos hipotecarios cuya devolución no podrá exigirse, en general, hasta la muerte del deudor hipotecario y en los términos fijados en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007. Por lo tanto al ser el solicitante del préstamo nudo propietario de la vivienda, tratarse de su vivienda habitual y tener más de 65 años podrá acogerse a la figura de la hipoteca inversa y tener derecho a los beneficios fiscales y sobre los honorarios registrales regulados en la disposición adicional primera de la Ley 47/2007”.

⁶⁴⁹ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 5. Las hipotecas revertidas deben ser “primeras” hipotecas, es decir, deben ser la primera deuda garantizada por la vivienda. Por lo tanto, si existen ya deudas garantizadas por la propiedad, se recomienda: • cancelar la deuda vigente antes de obtener una hipoteca revertida o • cancelar la deuda vigente con el dinero recibido de la hipoteca revertida. La mayor parte de los prestatarios de una hipoteca revertida cancelan todas las deudas pendientes con un anticipo inicial de la

2.4. CUANDO DEJA DE SER VIVIENDA HABITUAL. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

Resulta necesario delimitar cuáles son las consecuencias jurídicas del hecho de que una vivienda deje de ser vivienda habitual del solicitante. Ya hemos comentado que si el deudor decide vender el inmueble, el acreedor puede declarar el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario en el caso de no recibir una sustitución de la garantía suficiente, especialidad propia de la hipoteca inversa. Nos preguntamos si, en esta misma línea, cuando la vivienda deja de ser vivienda habitual el acreedor puede declarar el vencimiento anticipado, es decir, si la falta de residencia se constituye como causa de vencimiento anticipado. O, si deja de gozar de las ventajas de una hipoteca inversa de “*primer nivel*”, es decir, aquellas hipotecas que cumplen los requisitos del 1 al 4, y a las que son de aplicación todos los beneficios de la DAP, y se convierte en una hipoteca inversa de “*segundo nivel*”, de la DAP punto 10: “*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*”⁶⁵⁰. Pero parece que hubiera sido necesaria una referencia más explícita para que el hecho de dejar de ser vivienda habitual a lo largo del préstamo tuviera alguna consecuencia jurídica concreta. Si cabría un pacto entre las partes, para que pudiera dejar de ser vivienda habitual, o no prever en este caso el vencimiento anticipado, o una causa de rescisión. Pero si no hay un pacto escrito, no se puede aplicar el punto 5 de la DAP, donde declara el vencimiento anticipado, aplicable sólo el vencimiento anticipado a la transmisión voluntaria, pero no al cambio de uso⁶⁵¹.

Entendemos que la ley exige que la vivienda sea habitual en el momento de constitución de la hipoteca. Algunos autores introducen la posibilidad de incluir

propia hipoteca. En algunos casos, no necesariamente se tienen que cancelar otras deudas pendientes sobre la casa. Esto ocurre cuando un prestador anterior acepta que no se le pague hasta que se cancele la hipoteca revertida. Generalmente, los únicos prestadores que están dispuestos a considerar la ‘subordinación’ o postergación del pago de sus préstamos son las agencias gubernamentales, locales o estatales.

⁶⁵⁰ ZURITA MARTIN, I., “La nueva...op. cit., pág. 1282, denomina “*solución intermedia*” a este tipo de hipotecas inversas, preguntándose qué quiere decir que no se le aplican los apartados inmediatamente anteriores, referentes a los beneficios fiscales, o que no le será de aplicación ninguno de los nueve apartados anteriores de la Disposición Adicional Primera de la Ley.

⁶⁵¹ Como subraya ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 314.

en las escritura de constitución de la hipoteca inversa una *declaración de notoriedad*, efectuada por el notario firmante, donde se incluya la práctica de la prueba que estime pertinente, a fin de fijar y dar certeza a la exigencia de residencia habitual⁶⁵². Si no es así, llama la atención que, pese a la importancia de la declaración por parte del titular de que aquella vivienda es su residencia habitual, que la falsedad en esta afirmación no tenga ninguna trascendencia jurídica⁶⁵³. Otras opciones para certificar el domicilio podrían ser recurrir a los correspondientes certificados de la Administración fiscal o del Ayuntamiento correspondiente al domicilio de la finca a hipotecar⁶⁵⁴. Pero insistimos en que no queda claro con la redacción del texto legal si también es requisito necesario durante el resto de la vida del préstamo hipotecario, o si cuando el deudor dejase de residir en la vivienda el préstamo podría ser reclamado por el prestamista⁶⁵⁵. No obstante, al no haberse establecido ningún tipo de control, ni condición en la redacción de la ley, podemos entender que no va a tener mayor trascendencia el hecho de que por alguna circunstancia como puede ser la situación de dependencia o longevidad del constituyente, la vivienda deje de ser vivienda habitual, y él se traslade a una residencia. La Ley 41/2007 parece identificar uso con titularidad, da por sentado que el deudor vive en la casa porque es su propietario y, como ya hemos indicado, las situaciones en la práctica pueden ser muy diversas.

Damos por supuesto que cuando el legislador permite la venta de la vivienda habitual, siempre que “*se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente*”, el inmueble por el que se debe sustituir también debe ser una

⁶⁵² JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit. pág. 119.

⁶⁵³ PEREÑA VICENTE, M., op. cit. pág. 2, afirma que cuando nos referimos por ejemplo al alcance del art. 1320, en el plano familiar que extiende más allá de la duración del matrimonio a las situaciones de nulidad, separación o divorcio, cuando el uso de la vivienda se atribuye al cónyuge no titular, y también a las familias matrimoniales, el sistema presenta una debilidad, ya que una gran parte del mecanismo de protección descansa en la manifestación que hace el titular de la vivienda que pretende disponer de la misma, sobre si el inmueble constituye o no la vivienda habitual de la familia, sin que exista sanción ante una manifestación falsa o errónea.

⁶⁵⁴ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 336.

⁶⁵⁵ Se plantea esta cuestión y argumenta que no ZURITA MARTIN, I., “La nueva...op. cit., pág. 1295.: “...no casa mal con la exigencia legal de que la finca hipotecada constituya la vivienda habitual del prestatario. Así, la desaparición de esta cualidad en el inmueble hipotecado facultaría al acreedor para exigir el vencimiento anticipado del préstamo del deudor, pues no cumple ya con los requisitos legales que hacen a esta hipoteca merecedora del mejor trato que las demás..., pero también argumenta cómo “...resultaría absurdo que el traslado de domicilio del prestatario pudiera dar lugar al vencimiento del crédito, si se permite que el deudor pueda designar a algún beneficiario que no habita la vivienda hipotecada, debiendo en este caso el acreedor esperar al fallecimiento de éste para reclamar el préstamo.”

vivienda habitual⁶⁵⁶. Y que a partir de ese momento va a ser la nueva vivienda habitual del deudor. Así mismo, la entidad financiera debe considerar que el valor de ambas es igual o superior el de la nueva vivienda. Y también se debe cancelar la hipoteca, liberando la antigua vivienda y constituir una nueva garantía sobre la nueva vivienda. En el mercado inmobiliario, uno de los problemas serían los gastos que tal cambio conlleva, pero en este caso, suponemos que con los mismos beneficios notariales y registrales que la ley 41/2007, en su DAP, puntos 8 y 9, otorga a la hipoteca inversa, en su cancelación y constitución.

2.5. HIPOTECA INVERSA SOBRE INMUEBLE DISTINTO DE LA VIVIENDA HABITUAL, O DE SEGUNDO NIVEL.

Para que la hipoteca quede sometida a la Ley 41/2007, debe cumplir los requisitos del punto 1 al 4. El bien dado en garantía debe ser vivienda habitual del prestatario y deben cumplirse el resto de requisitos relacionados en la ley, en este caso hablamos de una hipoteca inversa de primer nivel, con todas las ventajas fiscales y peculiaridades definidas en la DAP. De forma específica la Dirección General de Tributos ha indicado en varias consultas vinculantes que las hipotecas de primer nivel serán las que cumplen los requisitos exigidos en los apartados del 1 al 4 de la norma⁶⁵⁷.

Pero igualmente se admite en la propia norma, la posibilidad de formalizar una hipoteca inversa de segundo nivel o atípica, como la han denominado algunos autores⁶⁵⁸. Si consideramos que se trata de una figura tipificada, aunque su contenido se haya definido en la ley por exclusión, refiriéndose la norma a aquella hipoteca que no cumple algunos requisitos. La ley permite la contratación de hipotecas inversas cuya garantía sea cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, en cuyo caso no le serán de aplicación los beneficios de la DAP de la Ley 41/2007⁶⁵⁹. Esta inclusión de una hipoteca inversa

⁶⁵⁶ SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., págs. 50 y 51, se plantea hasta la naturaleza de la garantía, si la ley cuando habla de “*garantía suficiente*”, se refiere a garantía inmobiliaria, a lo que se contesta que será otra vivienda.

⁶⁵⁷ DGT, resoluciones. nº V 1410-09 y V 1590-08: “...*los beneficios regulados en la referida disposición adicional primera de la Ley 41/2007 en su totalidad, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en sus apartados 1 a 4...*”.

⁶⁵⁸ URÍA FERNÁNDEZ, F., op. cit., pág. 32.

⁶⁵⁹ DAP punto 10: “*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.*”

sobre un inmueble diferente de la vivienda habitual fue consecuencia de las numerosas enmiendas presentadas tanto en el Congreso como en el Senado. A pesar de que no consiguieron eliminar la restricción de esta hipoteca a la vivienda habitual en el punto 1 de la Disposición, si consiguieron en el Senado la inclusión del punto 9 (bis), donde se reflejan este segundo tipo de hipotecas inversas, abriendo el abanico de posibilidades⁶⁶⁰. Resulta muy importante esta inclusión, no porque estemos pensando en que se vayan a realizar muchas hipotecas inversas sobre otros inmuebles, sino porque se van a producir situaciones de hecho, aparentemente muy habituales, que no van a encajar del todo en la hipoteca inversa de primer nivel. Podemos enumerar como ejemplo, el caso de una pareja que hipoteca la vivienda de propiedad compartida, pero donde uno de ellos no cumple con el requisito de edad; o el supuesto de un solicitante que sólo es propietario de la mitad de la vivienda, en estos casos, podemos apreciar a través de diferentes consultas de la DGT, que la hipoteca no se va a considerar como hipoteca inversa de primer nivel en el 100% de su importe, y la consecuencia va a ser la pérdida de los beneficios en ITP y AJD, o beneficios notariales, si no se contrata por el importe del que es propietario el solicitante para que siga siendo una hipoteca inversa, bajo el paraguas de la DAP de la Ley 41/2007.

Si el deudor hipoteca un bien inmueble diferente de una vivienda no hay duda de que se trata de este tipo de hipoteca, pero cuando se trata de una vivienda, simplemente tendremos la declaración del solicitante calificando esta vivienda o aquella como su vivienda habitual. Lógicamente el propietario de dos viviendas solicitará a la entidad financiera una hipoteca inversa sobre la de mayor valor, que designará como su vivienda habitual, con independencia de cuál sea la realidad.

⁶⁶⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007 y Núm. 127-10 de 21 de noviembre de 2007. <http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro/index>: Un 9 bis (nuevo), que se convertiría en punto 10.: *“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”*.

2.5.1. Diferencias estructurales en la hipoteca inversa sobre inmueble distinto de la vivienda habitual

Nos planteamos si el hecho de no cumplir con alguno de los requisitos expresados en la norma, al mismo tiempo que reduce los beneficios fiscales, amplía la autonomía de las partes en cuando a establecer los pactos que ellos deseen. Dicho de otro modo, el régimen jurídico será diferente, ya que, aparte de la aplicación de las disposiciones generales en materia hipotecaria, le serán de aplicación todas aquellas condiciones establecidas por las partes, es decir, esta hipoteca estará regida por la autonomía de la voluntad de las partes⁶⁶¹. La ley subraya en el punto 10 que podrán existir hipotecas inversas, pero que no le serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición.

Entre la doctrina, SERRANO DE NICOLÁS diferencia entre hipoteca inversa nominada y tipificada, aquella que grava la vivienda habitual, y una segunda modalidad de hipoteca inversa, nominada pero no tipificada que grava otros inmuebles y que dependerá de la autonomía de la voluntad, y a la que le será de aplicación la DAP en su punto 11, donde se menciona que la hipoteca se integrará por el resto de la legislación y la DA 4ª reguladora del aseguramiento de rentas futuras por la constitución de una hipoteca inversa⁶⁶².

Faltaría delimitar cuál es el contenido de estas hipotecas inversas de segundo nivel. Ya que con la matización: *no le serán de aplicación los apartados anteriores*, con esta expresión no queda claro cuál de los nueve anteriores, lo que supone una inseguridad jurídica evidente⁶⁶³. De hecho entre la doctrina no parece haber acuerdo en qué define la hipoteca inversa de segundo nivel⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ URÍA FERNÁNDEZ, F., op. cit., pág. 32.

⁶⁶² SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., pág. 38.

⁶⁶³ LUQUE JIMÉNEZ, Mª. C., op. cit., pág. 228.

⁶⁶⁴ LUQUE JIMÉNEZ, Mª. C., considera que a esta hipoteca de segundo nivel le serán de aplicación los apartados de la DAP del 1 al 6, mientras que otros autores como SERRANO DE NICOLÁS sólo están de acuerdo en que tiene en común con la hipoteca sobre vivienda habitual la definición como sistema de amortización; ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 309, añade que tan sólo no se aplicarán aquellos puntos en los que se contienen normas de especial protección y fomento de esta figura; los números relativos a las exenciones fiscales y las reducciones arancelarias de notarios y registradores: 7, 8 y 9.; ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 314: “*Una interpretació en sentit estricte permetria constituir hipoteques inverses que no compartirien res amb la hipoteca inversa prevista en la Llei 41/2007, és a dir, el deutor podria tenir menys de seixanta-cinc anys o la garantia podria ser exigible quan així ho pactessin les parts, i no en el moment del traspàs*”; y finalmente CORDERO LOBATO, E. “La hipoteca inversa”, en *Estudios sobre dependencia y discapacidad*. Dtra. María del Carmen García Garnica. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2011. Pág. 497 concluye que si debemos concluir que los beneficios fiscales y arancelarios no se aplican a la hipoteca de segundo nivel,

Parece obvio que el elemento que define la hipoteca inversa es el propio sistema de no amortización del préstamo hipotecario, y que consiste en que no es posible reclamar por la entidad de crédito, la deuda hasta el fallecimiento del solicitante, es decir siempre con efectos *post mortem*, según la definición que la propia ley realiza en la Exposición de Motivos⁶⁶⁵. ROCA GUILLAMÓN la define como hipoteca inversa no reglada que sigue siendo de endeudamiento o funcionamiento invertido⁶⁶⁶. Algunos autores plantean la posibilidad de que sea la voluntad de las partes quien determine el momento del vencimiento, que podrá ser en el momento de fallecimiento o un plazo acordado, y *ab initio*, nada lo impide, más cuando la ley ha excluido a estas hipotecas de todo beneficio fiscal.

Ya hemos mencionado que en la Orden que desarrolla el régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa, en la Ficha de Información Precontractual sorprende que establezca una casilla para diferenciar el tipo de hipoteca en función de su vencimiento, indicando la modalidad de vitalicia o estableciendo una duración. Reiteramos nuestra opinión en cuanto a la problemática que puede presentarse a un deudor que en un momento avanzado de su vida debe hacer frente al vencimiento de la hipoteca. En todo caso, asumimos que se pueda contratar una hipoteca con un vencimiento anterior al fallecimiento del deudor, pero no que se trate de una hipoteca que cumple con todos los requisitos de la norma, entre ellos que *la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario*.

En todo caso, cumpliendo el especial sistema de *no amortización* que caracteriza a cualquier hipoteca inversa, los demás requisitos, como la edad del solicitante, el hecho de que fuera mayor de 65 años o que estuviera en situación de dependencia, que la vivienda sea residencia habitual, propiedad del solicitante, quedará al arbitrio de la voluntad de las partes, sin tener que someterse a los requisitos de la Ley 41/2007. Es decir, la entidad financiera

no tiene sentido estimas que se aplica o qué no se aplica del resto de los apartados de la disposición, pues, en todo caso, es claro que las personas mayores y dependientes pueden concertar hipotecas distintas de la diseñada por el Legislador.

⁶⁶⁵ Ley 41/2007, Preámbulo VIII: “*La hipoteca inversa regulada en esta Ley se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito*”.

⁶⁶⁶ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 683.

podrá aceptar a un solicitante según sus criterios de riesgo, y el inmueble hipotecado podría ser cualquier tipo de finca, un local comercial, un terreno, etc.

En el plano subjetivo, todos los actores de este contrato han cambiado, no solo no será necesario que el deudor sea una persona mayor de 65 años, ni con discapacidad, sino que también del lado de los acreedores tampoco será necesaria que la relación hipotecaria sea establecida por una entidad financiera de las señaladas específicamente en la Ley 2/1981 de 25 de marzo. Por el contrario, cualquier persona física o jurídica podría conceder y obtener el préstamo, ser deudor o acreedor del mismo, no solamente las entidades financieras.

Como consecuencia de esta desregulación, JIMÉNEZ CLAR nos recuerda el carácter excepcional de muchas de las reglas contenidas en la DAP que alteran materias de orden económico relativas a la responsabilidad y comunicación de deudas, a la libre transmisión de los bienes hipotecados o a la extensión frente a terceros de la responsabilidad hipotecaria⁶⁶⁷. Por lo tanto, debemos considerar que el texto de la Ley *“los apartados anteriores de esta disposición”* no hacen referencia exclusivamente a las bonificaciones fiscales y notariales, sino a todas las excepciones puntuales contenidas en la norma, y que llevan a configurar la hipoteca inversa como una hipoteca especial. Al mismo tiempo, la hipoteca inversa de primer nivel, dirigida a la protección de determinados grupos sociales, justifica las excepciones contenidas en la norma, dada la vulnerabilidad de estos colectivos.

Pero, sobre todo, queda por concretar si estas hipotecas seguirán el sistema tradicional de responsabilidad del deudor, de acuerdo con el art. 1911 del CC en lugar que quedar reducido su responsabilidad al resto de los bienes que existan en la herencia, y si estos préstamos queda exceptuados de la limitación del art. 114.2 LH con lo que se permite que la extensión de la garantía alcance más del plazo de cinco años que tiene previsto⁶⁶⁸.

En definitiva, la especialidad estructural de la hipoteca inversa desaparece de modo que no gozará de las siguientes características⁶⁶⁹:

- 1.- La limitación de la facultad dispositiva, donde el acreedor podía declarar el vencimiento anticipado por la disposición de la finca.
- 2.- La limitación de la acción del acreedor sólo a los bienes hereditarios.

⁶⁶⁷ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 110.

⁶⁶⁸ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 686.

⁶⁶⁹ Siguiendo a RAMOS CHAPARRO, E. J., op. cit., pág. 575.

3.- Eliminación del límite quinquenal de la cobertura de intereses, por encima del art. 114 de la LH.

4.- Eliminación de los beneficios arancelarios y exenciones fiscales.

Esta sería la misma situación que existía en el mercado hipotecario antes de la publicación de la Ley 41/2007, donde cada entidad financiera promovía una hipoteca con unas características comerciales diferentes, destinadas a la tercera edad, pero dentro de los sistemas habituales de responsabilidad hipotecaria y personal. Parece lógico que si la hipoteca se constituye sobre un inmueble no vivienda habitual, local comercial, solar, etc., nos encontramos ante una hipoteca no protegida por la DAP de la Ley 41/2007, donde actuarán la legislación que en cada caso resulte aplicable, es decir, la legislación hipotecaria, (LH y RH), la normativa general sobre la publicidad, la general sobre protección de consumidores y usuarios, y la sectorial de carácter financiero⁶⁷⁰. Es decir, toda la normativa supletoria en el caso de hipoteca inversa, como recoge la DAP en el punto 11 que establece *“en lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se registrará por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable”*.

Sí debemos puntualizar que aunque parte de la doctrina lo haya planteado, no cabe establecer una hipoteca inversa sobre otro tipo de derechos reales como el derecho de usufructo, superficie, retracto, etc.⁶⁷¹. Esta posibilidad resulta eliminada por la propia disposición que habla expresamente de bienes inmuebles, aunque sin embargo, son inmuebles las concesiones administrativas del art. 334.10 CC⁶⁷². Con independencia de los inmuebles o algunos derechos que pudieran hipotecarse, en su vertiente práctica, resultará difícil que sea efectiva una hipoteca inversa sobre un inmueble que no sea vivienda o local comercial de un valor de tasación medio-alto.

Ante la dificultad de las entidades financieras para garantizar una hipoteca que sólo es exigible al fallecimiento del deudor, cada entidad había buscado con

⁶⁷⁰ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 72, esta autora añade que no gozará de exención fiscal en el IRPF el capital que se perciba por tal hipoteca, pero no considero que la exención sea por tratarse de una hipoteca inversa, sino porque cualquier disposición de un préstamo no supone rendimientos de ningún tipo, otra cosa son las disposiciones en forma de rentas vitalicias que de acuerdo con la DA 15 de la Ley 35/2009, pueden ser disposiciones sobre la vivienda.

⁶⁷¹ Se plantea esta cuestión, MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 94, LUQUE JIMÉNEZ, M. C., op. cit., pág. 228.

⁶⁷² LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 227.

anterioridad a la publicación de la ley su propia fórmula jurídica de salvaguardia que le permitiera firmar estas operaciones con cierta garantía, propiciando un extenso catálogo de productos financieros. En el caso de estas hipotecas sobre vivienda no habitual nos volvemos a encontrar con las mismas soluciones dadas: desde acudir a la obligación *propter rem*, donde quien en cada momento sea propietario de la vivienda será quien responda de la deuda; a una de responsabilidad limitada del art. 140 del CC; hasta la firma de la operación por los herederos del solicitante como avalistas de la hipoteca. Por otro lado, hemos comentado que el legislador no especifica en la norma, de forma explícita que el propietario de la vivienda, o en este caso del inmueble sea el solicitante, aunque se desprenda del conjunto de la disposición.

Uno de los autores más críticos con estas situaciones es MARTINEZ ESCRIBANO⁶⁷³, que reclama también que se amplíe la protección establecida en la norma cuando el inmueble no constituya la vivienda habitual.

En este grupo de hipotecas inversas debemos recordar, que también están todas aquellas donde la propiedad de la vivienda es compartida entre el cónyuge viudo y los herederos del difunto al 50%, y tan sólo se beneficiará la hipoteca cuando sea por el importe del 50% de tasación, ya tratada en el Capítulo Cuarto de este trabajo. En estos casos se plantea la siguiente problemática: Tal y como ha zanjado la DGT (V 1410-09): “...Dado que la vivienda es un bien en copropiedad sí le es posible al copropietario mayor de 65 años solicitar un préstamo hipotecario acogiéndose a la normativa que regula la hipoteca inversa, aunque el otro copropietario no alcance tal edad...la escritura en que se formalice la hipoteca inversa podrá tener en cuanto al ITPAJD y a los honorarios notariales y registrales, los beneficios regulados en la referida DAP de la Ley 41/2007 en su totalidad, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en sus apartados 1 a 4 y el importe del préstamo no exceda de la mitad del precio tasado del inmueble...”.

Siguiendo con el razonamiento de la DGT, a *sensu contrarii*, si contratamos una hipoteca cuyo importe excede de la mitad del precio tasado del inmueble, estaríamos ante una hipoteca de segundo nivel, sin beneficios fiscales,

⁶⁷³ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., págs. 89 y ss.: “...Una de las medidas para fomentar el uso de la hipoteca inversa se concreta, a juicio del legislador, en los beneficios fiscales y arancelarios, pero tal vez más beneficioso sea el hecho de crear un marco legal a la hipoteca inversa que proporcione seguridad jurídica en aspectos tan delicados como la responsabilidad de los herederos. Por razones de justicia distributiva se decide que la hipoteca inversa que no grave la vivienda habitual no se somete al régimen de la disposición adicional primera, con lo que se está sustrayendo también de estas otras medidas a las que no alcanza la justicia distributiva sin haber razones suficientes para privar de la protección legal cuando el inmueble no sea la vivienda habitual...”.

ni estructurales, aunque cumpliera con todos los requisitos exigidos de edad, habitualidad, etc.

Por lo tanto, dentro de esta estructura de hipotecas inversas de segundo nivel, nos podríamos plantear que la vivienda o el inmueble estuvieran alquilados o tuviera alguna carga en el momento de la hipoteca. Quedaría en manos de la voluntad de las partes el hecho de aceptar una carga que disminuyera su valor de mercado.

El problema es que en la realidad la casuística va a ser múltiple, y en el caso de estas hipotecas de segundo nivel, podríamos admitir sin problemas que el solicitante, no sea el propietario del inmueble hipotecado. Como ejemplo sería el solicitante sin propiedades, cuya vivienda habitual fuera la de un familiar, del cónyuge o de un tercero, y sobre esa vivienda se constituyese una hipoteca inversa, como hipotecante no deudor.

2.5.2. Eliminación de beneficios fiscales en la hipoteca inversa sobre inmueble distinto de la vivienda habitual.

La pérdida de los beneficios fiscales y reducciones en los honorarios notariales es la más clara diferencia con la hipoteca inversa de la primera parte de la DAP. Esta situación sería muy similar a lo que ocurre con las hipotecas convencionales o de amortización que tienen un régimen fiscal, de desgravación en el IRPF, más favorable cuando recaen sobre la primera vivienda del prestatario⁶⁷⁴.

En este tipo de hipotecas será fácil encontrarnos en el caso de hipotecar varias fincas, como podría ser el caso de un propietario de una vivienda habitual de exiguo importe y otros inmuebles de mayor valor, donde todos juntos alcanzasen un montante suficiente para llegar a un préstamo que proporcionara una aceptable renta mensual⁶⁷⁵. En este caso, deberá respetarse el principio hipotecario de especialidad del art. 119 de la LH y 216 del RH, que exige la distribución de la responsabilidad entre todas las fincas hipotecadas⁶⁷⁶. Así mismo, se plantearía la cuestión de si ese único préstamo tiene una aplicación parcial de la exención de impuestos, distinguiendo el porcentaje de hipoteca que

⁶⁷⁴ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 82.

⁶⁷⁵ Ejemplo expuesto por ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 314.

⁶⁷⁶ LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 227; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 84.

correspondería a vivienda habitual, y el de otros inmuebles. Sin embargo, si extendemos el razonamiento efectuado por la Dirección General de Tributos, únicamente será hipoteca inversa la que se realice por el *importe del préstamo que no exceda del valor de la vivienda habitual*. Lo que nos lleva a tener que constituir dos hipotecas inversas: una sobre la vivienda habitual con todos los parabenos de la Ley 41/2007 y otra hipoteca de segundo nivel con el resto de inmuebles.

2.6. CUANDO LA VIVIENDA HABITUAL ES VIVIENDA FAMILIAR

En la mayoría de los casos de hipoteca inversa la vivienda habitual va a ser a su vez vivienda familiar, por lo tanto nos vamos a fijar en la especial protección que tanto nuestro Derecho Constitucional, Código Civil y las Compilaciones Forales dan a la vivienda familiar, bajo diferentes denominaciones como residencia habitual, vivienda común de los esposos, incluso domicilio, o más genéricamente, vivienda familiar.

El régimen aplicable a la vivienda familiar, en los casos de ruptura de la familia, -teniendo en cuenta el concepto de familia en el sentido más amplio, es decir, tanto la relación matrimonial como la extramatrimonial, sin que sea necesaria la concurrencia de hijos-, es una protección basada en el art. 39.1 de la CE. Dicho de otro modo, en caso de disolución del matrimonio, tanto por muerte, declaración de fallecimiento o divorcio, art. 85 del CC, la vivienda habitual se deberá atribuir, bien a través de un convenio regulador, (art. 90.c del CC), bien a través de atribución judicial, (art. 96 del CC) a uno de los cónyuges, que puede, en este caso, no ser el deudor hipotecario de la hipoteca inversa. Sobre este asunto ya es larga la jurisprudencia a la hora de resolver sobre el uso de la vivienda familiar en uniones no-matrimoniales, siendo prácticamente unánime la concesión a quién se queda con los hijos comunes de la pareja, o sin que medien hijos, al conviviente más necesitado⁶⁷⁷, *teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección*, haciendo aplicación analógica del art. 103 del CC.⁶⁷⁸. En la disolución del matrimonio de acuerdo con el art. 85 CC, si el uso de la vivienda es otorgado al cónyuge no deudor hipotecario, en el supuesto de que la

⁶⁷⁷ Incluso no habiendo hijos comunes podrá acordarse que el uso de la vivienda corresponda al cónyuge no titular durante el tiempo que prudencialmente se fije, si el suyo fuera el interés más necesitado de protección, por ejemplo la SAP La Coruña 17 octubre 1994, 611-612/1995, donde se atribuye el uso al marido enfermo, mientras que la mujer vivía en casa de un hijo casado.

⁶⁷⁸ TAMAYO CARMONA, J. A., op. cit., pág. 21.

propiedad sea exclusiva del deudor, una vez más la vivienda deja de ser vivienda habitual del deudor.

Por otro lado, a la hora de prestar el consentimiento para la firma del préstamo hipotecario, de acuerdo con el art. 1375 del CC, se establece la regla por la que se requiere la intervención de ambos cónyuges en la gestión de los bienes comunes, en defecto de pacto de capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges. Por lo que en el caso de la hipoteca de una vivienda en régimen ganancial, para cualquier acto de disposición, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges o la autorización del juez si uno de ellos se negase a prestar su consentimiento o estuviese impedido para prestarlo, de acuerdo con el art. 1377 del CC, relativo a los actos de disposición. Incluso el art. 1320 del CC, pide el consentimiento de ambos esposos cuando la vivienda familiar, habitual es propiedad exclusiva de uno de ellos, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, con independencia de que se establezca como perceptor de prestaciones a uno de ellos o a los dos⁶⁷⁹. Igual circunstancia se recoge, en términos similares en las legislaciones forales⁶⁸⁰. Como consecuencia de ello, estos actos de disposición podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido, o de sus herederos.

Ya hemos comentado que no siempre habrá acuerdo en la contratación de una hipoteca inversa, y no será extraño encontrarnos con que uno de los cónyuges se encuentre impedido para prestar el consentimiento, con lo cual tendríamos que acudir al art. 1376 CC, a la autorización judicial supletoria que auxiliará el consentimiento del cónyuge si el juez encuentra fundada la petición y lo considera de interés para la familia⁶⁸¹. Cuando es la figura del juez quien presta el consentimiento en lugar del cónyuge que lo rehúsa o se encuentra impedido para prestarlo, el cónyuge auxiliado se halla exento de las consecuencias desfavorables y responsabilidades que pueda acarrear la constitución de este acto de disposición. Pero, curiosamente la responsabilidad en este contrato va a consistir básicamente, en dejar una vivienda hipotecada a sus herederos. La doctrina se ha planteado incluso si la limitación a la facultad de disponer de la

⁶⁷⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., “Elementos de Derecho Civil IV...”, op. cit., págs. 222 y ss.; BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 82,

⁶⁸⁰ Ley 55 de la Compilación de Navarra 1/1973, de 1 de marzo; art. 51 de la Compilación de Aragón 15/1967, de 8 de abril; art. 9,1 del Codi de Família Catalán.

⁶⁸¹ GARCIA GIL, F. J., *La compraventa de vivienda con préstamo hipotecario*. DAPP Publicaciones Jurídicas. Pamplona 2008. pág. 177.

vivienda familiar afecta también a los actos *mortis causa*⁶⁸², Aunque en este aspecto, debemos concluir que no es posible, dado el carácter personalísimo del testamento, además de que la muerte disuelve el matrimonio, dando paso a las normas de la sucesión. Parte de la doctrina considera una desprotección a la familia esta realidad. En el caso de los matrimonios en régimen de gananciales el cónyuge superviviente suele ser usufructuario a título universal. Pero por otro lado, en el caso de atribución judicial del uso de la vivienda, éste decaerá ante los derechos sucesorios. En cualquier caso, si el cónyuge no es beneficiario también de la hipoteca inversa, dependerá para mantenerse en el uso de la misma, de que los herederos se hagan cargo de la hipoteca, o se pague el préstamo con otros bienes de la herencia del deudor.

Nos vamos a detener ante la posibilidad teórica de que la calificación de “*vivienda familiar*” accediera al Registro de la Propiedad, sobre todo teniendo en cuenta el acceso que va a tener el concepto de “*vivienda habitual*”. El art. 91,1 RH establece que “*será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter*”, es decir, no es un dato que pase al Registro, pero sí debe constar en el documento público, la manifestación contraria. La DGRN siempre ha sido contraria a su inscripción, pues pese a la protección del art. 1320 CC, al ser la habitualidad un dato fáctico, estaríamos ante la afectación y desafectación constante del inmueble, aunque ha variado su postura en las últimas Resoluciones de la DGRN⁶⁸³.

2.7. OBLIGACIONES DEL DEUDOR RESPECTO A LA VIVIENDA.

Con respecto a la vivienda habitual surgen todas las obligaciones propias de cualquier deudor hipotecario, más las propias de un deudor de hipoteca inversa:

a.- Destinar la vivienda hipotecada a residencia habitual de los acreditados.

⁶⁸² TAMAYO CARMONA, J. A., op. cit., pág. 63.

⁶⁸³ Resolución de la DGRN de 28 septiembre 2010, RJ 2010\5143: “...*Cuestión distinta (tal como pone de manifiesto el Registrador pero rechaza por insuficiente el recurrente) es que se quisieran limitar los pronunciamientos registrales a la constancia de que tales bienes integran la vivienda habitual de la familia, pues eso sí sería perfectamente posible, dada la trascendencia inmediata que tiene en orden al régimen de disposición de tales bienes (cfr. artículo 1.320 del Código Civil).*”

b.- Contratar un seguro de daños del inmueble hipotecado, de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

c.- Estar al corriente de pago de los impuestos y tributos que afecten al inmueble hipotecado, así como los gastos de la comunidad de propietarios. Generalmente influyen las mismas hipotecas legales tácitas que pueden afectar a la vivienda y que se anteponen a la hipoteca inversa en su fase de ejecución.

d.- Conservar el inmueble con la debida diligencia.

e.- Otra obligación del deudor, es mantener el bien hipotecado dentro de su propiedad. El incumplimiento de esta obligación va a suponer una de las causas de vencimiento anticipado, como veremos más adelante.

2.7.1. Especial atención al seguro de daños

La legislación exige que la vivienda esté asegurada contra daños, por dos motivos principales. Por un lado el legislador desea que la hipoteca inversa cumpla todos los requisitos para que el crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de títulos, para lo que se requiere conforme a la Ley 2/1981 de regulación del Mercado Hipotecario que sea tasada y asegurada contra daños. Y por otro lado, busca la protección de ambas partes del contrato. El acreedor basa su garantía en la vivienda, en un préstamo donde los ingresos del deudor son intrascendentes a la hora de valorar el riesgo, y donde se justificaría con mayor motivo que la falta de suscripción de seguro o la falta de pago de las primas sean para el acreedor causa de vencimiento anticipado del préstamo, por el elevado riesgo que asumiría en estos casos⁶⁸⁴. Y también supone una valiosa defensa para el deudor, pues la garantía del préstamo es la vivienda habitual de personas que bien por razón de la edad y circunstancias económicas sería especialmente complicada la situación en que quedarían en el caso de perder la vivienda y que subsistiera la deuda hipotecaria⁶⁸⁵.

El art. 30 del RD 685/1982 que desarrolla la Ley 2/1981 exige que en el seguro de daños, la suma asegurada coincida con el valor de tasación del bien hipotecado, y que el tomador del seguro notifique a la compañía aseguradores la existencia del crédito hipotecario. Pone de manifiesto JIMÉNEZ CLAR, que el aseguramiento del inmueble en este caso se establece tanto en beneficio del

⁶⁸⁴ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 187.

⁶⁸⁵ Como comenta ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 317.

deudor como del acreedor hipotecario, de modo que la indemnización por siniestro debería ir destinada a sustituir el valor en uso que al deudor le proporciona el inmueble, y deberíamos entender excluida la posibilidad de vencimiento anticipado por la destrucción de la garantía y usar los procedimientos previstos, como la pignoración de la indemnización con sus intereses, o la adquisición de una nueva vivienda que supusiera la nueva garantía bancaria⁶⁸⁶. Ha de señalarse que el seguro debe proteger al deudor, en cuanto que si el único destino del importe indemnizatorio va a ser el pago de la deuda, entonces hemos dejado al deudor sin el derecho al uso de la vivienda que es el objetivo del crédito hipotecario, permitir que continúe disfrutando de su vivienda. Para que se aplique la indemnización a la reconstrucción del bien siniestrado deberá estar contemplado expresamente en el clausulado contractual, si no, ante un eventual desacuerdo entre las partes habría que recurrir a los tribunales. Generalmente mediante una cláusula de estilo en la escritura de constitución, la entidad financiera incluye que en caso de indemnización, está podrá ser percibida directamente por la entidad financiera y aplicada a la amortización del crédito, incluso liquidando directamente con la compañía de seguros las indemnizaciones en caso de siniestro pese a que la obligación no haya vencido, lo que imposibilitará la reconstrucción de la vivienda.

Ante estas situaciones la Dirección General de Seguros advierte que “...lo que le reconoce la Ley es el derecho a que la garantía real que pesa sobre el inmueble se extienda a la indemnización, pero dicha indemnización únicamente debe ser entregada al titular del bien asegurado, es decir, a su propietario. No obstante lo anterior, en la práctica hay contratos de seguro de daños en los que se estipula que el acreedor hipotecario es beneficiario del seguro o que el propietario del bien cede sus derechos sobre la indemnización a la entidad de crédito, o cualquier otra cláusula que implique la concesión de derechos al acreedor hipotecario superiores a los que les atribuye la Ley de Contrato de Seguro. Este tipo de actuaciones puede ser contrario al carácter de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro”⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op, cit., pág. 122.

⁶⁸⁷ Señala PACHECO JIMÉNEZ, M. N., op. cit., pág. 6 que en la práctica suele estipularse que el acreedor hipotecario sea beneficiario del seguro o que el propietario del bien ceda sus derechos sobre la indemnización a la entidad de crédito. Así mismo, el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones <http://www.dgsfp.meh.es/reclamaciones> 16/02/2011, considera estas cláusulas inadecuadas y contrarias a las buenas prácticas y usos en el ámbito de los seguros privados en tanto en cuanto impliquen la concesión de derechos al acreedor hipotecario superiores a los que les atribuye la Ley de Contrato de Seguro. Continúa diciendo que “solamente tiene derecho a percibir la indemnización el propietario del bien asegurado, como titular del interés, debido a que si la

Así, sería difícilmente admisible el pacto de vencimiento anticipado en caso de siniestro, y que el prestamista cobre el importe pendiente con el producto de la indemnización, más si lo comparamos con el caso de la transmisión voluntaria del inmueble, en este caso tampoco se va a producir el vencimiento anticipado si el deudor proporciona una garantía suficiente, en el caso que nos ocupa sería la reconstrucción del bien en caso de siniestro⁶⁸⁸.

Frente a la obligación del deudor de mantener la finca en buen estado, la acción de devastación o de deterioro del art. 117 LH, protege al acreedor hipotecario, cuando la finca hipotecada se deteriorase, cuando disminuya su valor, cuando por dolo, culpa o voluntad del dueño se deteriore la finca, o haya un temor fundado de que la garantía resulta insuficiente⁶⁸⁹. En principio, la doctrina no rechaza que el deterioro del bien sea objeto de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, fuera de los casos del art. 1129.3º CC (*“por actos propios hubiera disminuido las garantías después de establecidas”*).

En el caso de la hipoteca inversa, quizás el deterioro de la vivienda no se produzca de forma intencionada, pero en muchas ocasiones, no se van a acometer reformas y obras debido a la dejadez de sus habitantes, personas de avanzada edad, que rechazan las incomodidades y los gastos que suponen las obras de reforma, o a la pérdida de interés por el inmueble, cuando ven que la deuda hipotecaria se acerca o sobrepasa el valor de la vivienda y puede dejar de pertenecer al patrimonio familiar.

entidad aseguradora pagase la indemnización a cualquier otra persona se produciría un enriquecimiento injusto puesto que dicha persona no ha sufrido menoscabo o quebranto económico... no obstante, se puede admitir que en un seguro de daños aparezca la figura del beneficiario, siempre y cuando coincida con el asegurado... Estos derechos del acreedor hipotecario se regulan en los artículos 40 a 42 de la Ley de Contrato de Seguro.... Los acreedores hipotecarios tienen un derecho sobre la indemnización en caso de destrucción del bien hipotecado, puesto que de no ser así el acreedor no podría hacer efectivo su derecho de garantía en caso de siniestro. Por eso, la ley obliga al tomador o al asegurado a comunicar a la aseguradora la existencia o la constitución de la hipoteca sobre dicho bien”.

⁶⁸⁸ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 317.

⁶⁸⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil III...*, op. cit., pág. 270.

2.8. TASACIÓN. VALOR DE LA VIVIENDA. IMPORTE DEL PRÉSTAMO.

2.8.1. Tasación.

La DAP punto 1.d pide que esta vivienda “...haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”. De este modo, la entidad acreedora debe aportar al momento del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca inversa la correspondiente tasación, que deberá ser incorporada, en original o por testimonio, a la escritura matriz. Por lo general se tasarán fincas sometidas al régimen de propiedad horizontal, de acuerdo con art. 8.3.5º LH. Por lo tanto, el valor de tasación forma parte del contenido contractual de la escritura de hipoteca, y por lo tanto, debe ser aceptado expresamente por el deudor⁶⁹⁰. De modo que la Ley atribuye el deber al notario y al registrador de exigir que se acredite su debida realización, sin que sea suficiente la mera manifestación realizada en la escritura por los otorgantes⁶⁹¹.

La OM 805/2003, de 27 de mayo (modificada por la EHA 3011/2007 y EHA 564/2008), tiene por objeto la regulación del régimen jurídico, al que ha de ajustarse el cálculo del valor de tasación de bienes inmuebles y determinados derechos, así como la elaboración de informes y certificados en los que se formalice, y es de aplicación siempre que el valor de tasación se utilice, entre otras finalidades, para la garantía hipotecaria de créditos o préstamos que formen o vayan a formar parte de la cartera de cobertura de títulos hipotecarios emitidos por las entidades, promotores y constructores⁶⁹². Pero, no es solamente la finalidad de establecer de forma inicial la elegibilidad de esta garantía para su posterior titulización, para ser incorporados a los mercados secundarios⁶⁹³. Debemos tener en cuenta que la tasación en este tipo de hipoteca es especialmente importante desde distintos puntos de vista. Uno de los aspectos que puede fomentar o paralizar la comercialización de la hipoteca inversa, es el

⁶⁹⁰ JIMÉNEZ CLAR, A. J. op. cit. pág. 121.

⁶⁹¹ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 316.

⁶⁹² De acuerdo con el art. 7, ley 2/1981: “Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizad mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación”. Igualmente el art. 8 Ley 2/1981: “Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”.

⁶⁹³ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 108; BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 83

valor en general de los inmuebles. En un momento de valores en alza, donde se prevea que dentro de unos años el valor será superior al actual, tanto la entidad financiera que sea la acreedora del préstamo, como el deudor, van a jugar con las posibles ganancias de futuro⁶⁹⁴. A sensu contrario, la concesión de estas operaciones resultará más compleja en tiempos de inestabilidad o descenso de los precios de la vivienda.

En la OM 805/2003, de 27 de mayo se distingue entre valor de mercado y valor hipotecario. El valor de mercado o venal de un inmueble es el precio al que podría venderse un inmueble, mediante contrato privado entre vendedor y comprador en el supuesto de que el bien se hubiera ofrecido públicamente en el mercado⁶⁹⁵. Siempre bajo unas condiciones del mercado que permitieran disponer del mismo de manera ordenada y que se dispusiera de un plazo de tiempo normal, de acuerdo con la naturaleza del inmueble para negociar su venta. El valor hipotecario o valor a efectos de crédito hipotecario es el valor del inmueble determinado por una tasación prudente de la posibilidad futura de comerciar con el inmueble, teniendo en cuenta los aspectos duraderos a largo plazo de la misma, las condiciones del mercado normales y locales, su uso en el momento de tasación y sus usos alternativos. Por supuesto, es el valor hipotecario y no el de mercado, el que ha de utilizarse como base del sistema de cálculo de valoración de la vivienda⁶⁹⁶.

En un momento de alza de los precios de la vivienda la valoración del riesgo, por parte de la entidad financiera será menor, y será más receptiva a la operación. Al mismo tiempo el solicitante será también más optimista, podríamos pensar que parte de la deuda podrá ser asumida al final de la operación por el incremento de valor de la misma, dejando a su descendencia una vivienda con una carga hipotecaria inferior a la prevista. No obstante, la Ley 8/2007 del suelo, de 29 de mayo, derogada por la posterior Ley 2/2008 de 20 de junio, ya propone un nuevo régimen de valoraciones: el suelo se valorará por su situación real y no por sus expectativas, desincentivando las prácticas de

⁶⁹⁴ LOPEZ JIMÉNEZ J. M.; MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “Principales novedades de la ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero”. *Diario La Ley*. Núm. 6864. 18 de enero 2008. págs. 9 y 10.

⁶⁹⁵ GARCIA GIL, F. J., op. cit., pág. 621.

⁶⁹⁶ Tras la crisis inmobiliaria iniciada en el año 2008, no deberíamos pensar en la revalorización como un componente más de la operación. Pasarán muchos años antes del que el mercado inmobiliario se recupere plenamente, y no podemos cometer los mismos errores al sobrevalorar los inmuebles y jugar con las revalorizaciones a futuro.

clasificación y retención puramente especulativas⁶⁹⁷. Se solía considerar una revalorización en el tiempo que en el caso de los países desarrollados alcanzaba entre un 2% y un 4% anual, incluso, se llegó a pensar que la apreciación de los activos inmobiliarios siempre sería positiva.

El programa HECM americano como hemos mencionado anteriormente, une un *seguro obligatorio de valor* de la vivienda, especialmente importante en momentos de crisis. De este modo, se asegura la posibilidad de que en un futuro el precio de la vivienda sea inferior incluso al precio tomado como valor inicial en la constitución de la hipoteca.

En este juego de especulaciones sobre el valor del inmueble, destaca una figura británica, la *hipoteca de revalorización compartida o protegida* “*shared and protected appreciation mortgages*”, donde la retribución que se paga por el préstamo es un porcentaje de la revalorización de la vivienda en el momento de la venta del inmueble⁶⁹⁸.

La propia Ley 41/2007, dentro de su reforma del mercado hipotecario español, dedica el Capítulo III a las sociedades de tasación. Supone una llamada del legislador a la independencia, veracidad y prudencia valorativa. Se prevé un mayor control sobre la independencia de estas sociedades en la ejecución de la actividad de tasación, para así evitar conflictos de intereses relacionados con la concesión o comercialización de préstamos hipotecarios, pues en muchas ocasiones las sociedades de tasación pertenecen al mismo grupo financiero que la entidad de crédito o mantienen una constante relación comercial que puede interferir en el desarrollo de su trabajo. La norma establece el desarrollo de un Reglamento de Conducta Interno para la sociedad de tasación, añadiendo un régimen sancionador para el caso de injerencias en el control de la sociedad de tasación⁶⁹⁹. Más aún, en su art. 5 modifica el art. 3 bis 1 de la Ley 2/1981 de 25

⁶⁹⁷ Preámbulo Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo: “... *Se llegaba así a la paradoja de pretender que el valor real no consistía en tasar la realidad, sino también las meras expectativas generadas por la acción de los poderes públicos*”.

⁶⁹⁸ COUNCIL OF MORTGAGES LENDERS, “Documento informativo sobre la movilización de capital (Equity release)”. Agosto 2006. <http://www.cml.org.uk> pág. 10. Estas hipotecas actualmente no se comercializan pero si han sido un arriesgado instrumento financiero, donde si el valor de la vivienda eran 100.000 £ y se solicita un préstamo de 30.000 £, y se pacta que le corresponde al acreedor un 50% del incremento de valor de la vivienda, si la vivienda se vende por 150.000 £, se deberá devolver 55.000 £, 30.000 £ en concepto de capital y 25.000 £ como la mitad del incremento de valor de la vivienda.

⁶⁹⁹ Sobre este tema HERRANZ GONZÁLEZ, R., “Hipoteca Inversa...”, op. cit., pág. 10. BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 84.; ANGUIA RÍOS, R. M., op. cit., pág.7.; MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, op. cit., pág. 1216.

de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario, obligando a todas las entidades de crédito, incluso las que dispongan de sus servicios propios de tasación, a aceptar cualquier tasación de un inmueble aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado y sin perjuicio de que la entidad pueda realizar las comprobaciones oportunas⁷⁰⁰.

La cuestión adquiere máxima relevancia, sobre todo porque el valor de tasación determinará el tipo que se fije en la subasta en el caso de ejecución hipotecaria, de acuerdo con el art. 682.2 de la LEC, y por otro lado, si se admitiera que estos préstamos puedan servir para su titulización en el mercado secundario hipotecario, en cuanto que el importe de los préstamos no pueden exceder de una cuantía en proporción al valor de tasación del inmueble⁷⁰¹. Cabe preguntarse si este tipo de préstamos son lo suficientemente seguros y estables, como para permitir su titulización en el mercado secundario, vistos los riesgos de esta institución.

2.8.2. Relación entre valor de la vivienda e importe del préstamo.

El valor de tasación va a determinar el importe del crédito o préstamo. Nos detenemos en este punto, por su contraposición con la hipoteca ordinaria donde el deudor hipotecario solicitará un préstamo por el importe que desee o necesite en función de los recursos de que disponga, y *a posteriori*, lo garantizará con hipoteca. En la hipoteca inversa el valor de tasación de la vivienda delimitará el importe máximo del préstamo, y a partir de ese dato será el deudor quien decidirá si desea recibir un importe igual o inferior de préstamo.

⁷⁰⁰ La Ley 41/2007 obliga a las sociedades de tasación a dotarse sistemas de autorregulación que cuiden su imparcialidad, las obliga a establecer mecanismos como un reglamento interno de conducta donde se establezcan los sistemas de incompatibilidades de sus directivos y administradores, Comisiones técnica, informes anuales, porcentajes máximos de participaciones en capital, etc., reforzando el régimen sancionador aplicable al que quedan sometidas las entidades de tasación, correspondiendo la potestad sancionadora al Banco de España.

En España, la banca y todas las entidades que operan en el mercado hipotecario utilizan el sistema de valoración derivado de la orden ECO 805-2003. En el mundo anglosajón se utilizan las llamadas valoraciones Rics, que toma el nombre de la Royal Institution of Chartered Surveyors. Esta entidad agrupa a profesionales de las distintas áreas del ámbito inmobiliario: expertos en inversión, gestión, desarrollo y planificación de construcción, arrendamientos, explotación de propiedades inmobiliarias, y además en valoración

⁷⁰¹ Para acceder al mercado secundario, los préstamos habrán de estar en todo caso garantizados con hipoteca inmobiliaria, constituida con rango de primera hipoteca sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca. Así mismo, el crédito o préstamo garantizado no podrá exceder del 60% del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda, podrá alcanzar el 80%.

La tasación sobre la vivienda además de ser un componente en la fase de seguridad de la hipoteca, va a jugar un importante papel en la efectividad de ejecución⁷⁰². Además de las circunstancias del mercado, debemos tener en cuenta que muchas entidades de crédito no van a aceptar viviendas por debajo de un valor de tasación considerable, o en localidades donde estos inmuebles van a ser de difícil venta a terceros, en definitiva, se evitará la contratación en zonas donde la realización del bien no resulte factible. Las hipotecas inversas son un negocio disponible casi exclusivamente para viviendas situadas en capitales de provincia o pequeñas ciudades, siempre que tengan un valor de mercado medio-alto. De hecho la tasación de la vivienda va a dar lugar a que muchos potenciales clientes de hipoteca inversa que creían tener una vivienda de cierto valor, van a comprobar que resulta insuficiente para garantizar una operación de crédito adecuada al fin último que es la holgura económica que buscan con la hipoteca inversa⁷⁰³. El valor de la vivienda ha de ser suficiente como para que a la entidad financiera le sea rentable la celebración de la hipoteca, y al mismo tiempo, al deudor le compensen los gastos de la hipoteca con el importe de las prestaciones que va a obtener, y además las expectativas de realización del bien en subasta, en la fase de ejecución de la hipoteca, deben ser altas para la entidad, debido a que estas hipotecas tienen más posibilidades de terminar en fase ejecutiva, donde se pueden llegar a convertir en un “*medio de pago*”⁷⁰⁴. Igualmente, si la operación termina en un proceso de subasta, será necesaria la mayor publicidad de la misma a efectos de permitir encontrar un mercado de compradores para los bienes, tanto el beneficio del deudor como del acreedor⁷⁰⁵.

⁷⁰² ANGUITA RÍOS, R. M., “Regulación...”, op. cit., pág. 7

⁷⁰³ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 685; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 109: “*Se ha considerado que la vivienda hipotecada tiene al menos un valor de 30.000 euros. Aunque no suelen existir limitaciones específicas en las características de la vivienda, no parece razonable su aplicación a viviendas de precio reducido dada su escasa garantía. Aunque se podría considerar demasiado pequeña la cifra establecida, se ha intentado considerar la posibilidad de aplicar el producto como instrumento de reducción de la pobreza, y por tanto extensible a sectores de población con menor riqueza inmobiliaria*”.

⁷⁰⁴ JIMÉNEZ CLAR, A. J. op. cit., pág. 108.

⁷⁰⁵ STS 1050 de 21 de diciembre de 2000, sobre la publicidad de la subasta: “*Es unánime la doctrina procesalista al resaltar la importancia de este requisito de la publicidad de la subasta, cuyo efecto es, como ha dicho algún autor, una «provocatio ad offerendum»; la publicación o anuncio de la subasta va dirigida, mediante su difusión, a que llegue al mayor número posible de interesados en la subasta y, por efecto de este más extendido conocimiento de las condiciones de la subasta, pueda ser mayor la concurrencia de postores que por interés en la adquisición, den lugar a la obtención de un precio más elevado. La adecuada difusión de la subasta se consigne teniendo en cuenta no sólo el medio a través del cual se publican los*

El importe del crédito o préstamo va a venir determinado por el informe de una sociedad de tasación siendo un porcentaje del mismo. Generalmente el mercado está admitiendo el 80% del valor determinado por la sociedad de tasación, pero este porcentaje es la media de un largo abanico en el que cada entidad financiera en función de sus criterios de riesgo concederá entre un 100% y un 60% del valor de tasación. Los porcentajes de tasación varían en función del momento, del país y de la entidad financiera, al igual que influye también el destino de la operación hipotecaria⁷⁰⁶.

Debemos insistir que el crédito máximo a conceder estará formado por el capital que se concede, pero también por los intereses que se devenguen por todo el periodo de duración del contrato, y si así se pacta, por las demás cantidades incluidas contractualmente necesarias para su concesión, tales como impuestos, gastos de constitución, comisiones, primas de seguros, etc., que generalmente se van a hacer efectivas en la primera disposición del préstamo. Todos estos gastos y disposiciones añadidas, pueden en ocasiones mermar las expectativas de renta del deudor hipotecario. Siempre el cálculo debe realizarse en el interés mutuo de las partes de asegurar la viabilidad de la operación, y por lo tanto asegurar que el importe total de la deuda en el momento del vencimiento se pueda liquidar con el importe del valor de la vivienda⁷⁰⁷. O dicho de otro modo, que el crédito concedido se acerque lo más posible al valor que tenga el inmueble en el momento de vencimiento⁷⁰⁸. De este modo se refuerza la importancia de la hipoteca en su fase de seguridad y efectividad en la ejecución. Incluso pensando en la figura de los herederos, a los que cualquier desviación entre el importe de la deuda y el valor de la vivienda perjudican principalmente.

anuncios sino también señalando un plazo entre la publicación del anuncio y la celebración de la subasta, plazo que, en los textos legales, se gradúa teniendo en cuenta la naturaleza mueble o inmueble de los bienes y, en el primer caso, su importancia económica.”

⁷⁰⁶ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Housing Finance and Financial Stability – Back to Basics?” en *Informe de estabilidad financiera*. Abril, 2011. En este estudio del FMI se plantea la posibilidad de limitar el porcentaje que las entidades financieras prestan sobre el valor de tasación del inmueble, el denominado *loan to value*, LTV. Por un lado se intenta evitar el crédito barato que en parte a generado la crisis, y se compara como algunas países se han mantenido en porcentajes interiores al 80% como Dinamarca, Alemania, Canadá o Austria, frente a países donde se el LTV se disparaba por encima del 100% e incluso el 120%, como EEUU, Reino Unido o Irlanda. España entre estos últimos países rompió, con el criterio de mantener unos ahorros suficientes antes de inicial la adquisición de la vivienda, y se generó un mercado donde el préstamo financiaba la totalidad de LTV, sin tener en cuenta otros datos como los ratios de endeudamiento familiares, etc.

⁷⁰⁷ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 141.

⁷⁰⁸ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 83.

Una posibilidad que no se debe descartar es la retasación del inmueble y el consecuente aumento del límite del crédito. Al tratarse de una operación de larga duración, en un momento alcista del mercado, el acreditado podría estar interesado en volver a tasar la vivienda y obtener una mejora de su renta⁷⁰⁹. En su momento, será necesario llegar a un acuerdo con la entidad financiera, pero es una posibilidad que incluso la DGRN ha valorado positivamente⁷¹⁰. Aunque debemos valorar el peligro que supone modificar la hipoteca cada vez que cambien las circunstancias del mercado inmobiliario. Es decir, si permitimos que el deudor aproveche un momento de incremento en la valoración de su vivienda con un aumento de su préstamo, en lógica correspondencia deberíamos permitir también la reducción del importe del préstamo en momentos de baja de precios, situación muy difícil de llevar a cabo y donde se darían situaciones muy conflictivas y penosas. Supone una posibilidad, pero también un peligro importante. Recordemos que la ley permite ante situaciones excepcionales del mercado que deterioren el valor del inmueble en más de un 20% la solicitud de nuevas garantías al deudor, en el mercado secundario⁷¹¹.

⁷⁰⁹ Esta posibilidad la expresan varios autores como ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. *La hipoteca inversa. Una alternativa...* op. cit., pág. 168.; igualmente, la página del Colegio de Registros y Notariado, llama la atención sobre este punto: “*Obsérvese que se trata de una operación de larga duración, en que dada las características alcistas del mercado, el acreditado puede estar interesado, en una coyuntura, insistimos, alcista, en tras unos años, retasar el inmueble a efectos de obtener un mayor límite de crédito y una consecuente mejora de su renta.*”

⁷¹⁰ Por ejemplo, la Resolución de la DGRN 14 de marzo de 2008, defiende que “*...la previsión de un procedimiento para adaptar a lo largo de la vida el mismo, el tipo fijado para subasta a efectos de ejecución hipotecaria. Esta conveniencia, juega no sólo en beneficio del acreedor, que de esa manera puede tener más posibilidades de ser reintegrado por esa vía de ejecución, de la totalidad de su crédito, sino también en beneficio del dueño de la finca hipotecada, pues cuanto más alto sea el valor de adjudicación, mayores posibilidades habrá de que exista sobrante, una vez satisfecha la deuda...*”

⁷¹¹ Siguiendo la resolución anterior, “*...la posibilidad de reacción unilateral de la entidad acreedora ante eventuales oscilaciones en el valor de subasta de la finca hipotecada, está prevista en nuestra legislación reguladora del mercado hipotecario, donde se contempla el que si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20%, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación efectuada a su instancia, podrá exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza (cfr. artículo 29.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley del Mercado Hipotecario aprobado por Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo).*”

Sin embargo otras Resoluciones aplican estas circunstancias cuando hablamos de mercado secundario Resolución de la DGRN 9114 de 8 de noviembre de 1993: establece la previsión del vencimiento anticipado del préstamo «cuando por cualquier circunstancia sufriera deterioro o merma el bien hipotecado que disminuya su valor en más de un 20 por 100 y la parte prestataria no ampliase la hipoteca a otros bienes suficientes ...que, en principio, obligaría a cumplir lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 30 noviembre 1994 (RCL

El sistema hipotecario español conyuga las garantías personal y real complementarias en cualquier préstamo hipotecario. No obstante, se alzan voces en la doctrina cuestionando la carga que supone para el deudor asumir todo el riesgo de cambios en los precios de la vivienda, cuando la garantía real se ha agotado, y sobre todo, en situaciones como la actual en que las ejecuciones de las vivienda están suponiendo una pérdida en torno al 50% del valor del bien. Ante estas situaciones algunos autores piensan en hipotecas basadas únicamente en la garantía real⁷¹². Y en el caso de la hipoteca inversa señalan la opción de que el legislador hubiera señalado expresamente en el articulado de la Ley 41/2007 que la deuda nunca puede exceder del valor del inmueble hipotecado⁷¹³.

El procedimiento para determinar el importe posible de hipoteca es similar en la mayoría de los países. Vamos a señalar algunas curiosidades.

Por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, el programa HECM ha ampliado el importe máximo que el solicitante puede pedir en función del valor de la vivienda⁷¹⁴. Pero si el valor de la vivienda sobrepasa el límite establecido para el condado de residencia, la cantidad concedida dependerá de dicho límite y no del valor real de la vivienda, cuando se trata de contratos acogidos a este programa protegido⁷¹⁵. Por el contrario, cuando la hipoteca inversa se contrata en el mercado libre dependerá del acuerdo de las partes.

Difiere el sistema de Francia donde se conjugan tres datos para llegar al importe del préstamo: valor de tasación de la vivienda, la edad del solicitante y la tasa o coste de financiación⁷¹⁶. Pero debemos tener en cuenta que en Francia el préstamo adquiere una fórmula de cálculo más similar al concepto de seguro.

1994\3383), sobre tasaciones de inmuebles ofrecidos en garantías afectas al mercado hipotecario secundario.

⁷¹² GARCIA MOLTALVO, J., “Devolver el piso y saldar la deuda”, El País, 2/01/2011. este catedrático valora la posibilidad de la dación en pago de la vivienda en la economía de particulares, y propugna la posibilidad para nuevas hipotecas de una única garantía real.

⁷¹³ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 169.

⁷¹⁴ MOELLER, P., “The New Rules...” op. cit., pág. 2, El importe solicitada ha pasando de \$200.000 a \$417.000 en el año 2008, y ampliándose hasta \$625.500 de acuerdo con la legislación promulgada en febrero del año 2009

⁷¹⁵ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 9.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 29.

⁷¹⁶ GRIFFON, C., op. cit., pág. 34; www.creditfoncier.fr/.../Pret_Viager_Hypothecaire.

- El valor sometido al juicio pericial por el bien inmueble;

- La edad de la persona y su sexo (es necesaria anotar que las mujeres son penalizadas respecto al importe prestado ya que situadas como teniendo una curva de alargamiento de la vida útil superior a lo s hombres);

Mientras que en España, cada entidad fija el importe de tasación que va a formalizar con el cliente, y realizará los cálculos para ver cómo distribuir en el tiempo ese importe de dinero, por el contrario en Francia, es la legislación la que ha establecido *a priori*, el porcentaje sobre valor de tasación de que puede disponer cada solicitante en función de su edad, como se indica la nota de pie de página. Pero en este sentido, el dato más relevante del ordenamiento francés es la limitación de la deuda al valor de la vivienda. Lo mismo ocurre si el prestatario viviera más tiempo del estimado, y a la fecha de su defunción la deuda, teniendo en cuenta los intereses acumulados a lo largo de los años, sobrepasaba el precio de la vivienda el de mercado⁷¹⁷. La deuda del prestatario o de sus derechohabientes jamás puede exceder el valor del edificio en el momento del vencimiento del préstamo. A la inversa, si el valor del bien fuera más elevado, el excedente de valor revertirá en los herederos⁷¹⁸.

El “tope máximo ajustado” al valor de la vivienda, no funcionaría en caso de reembolso anticipado total o parcial a iniciativa del prestatario. En este caso debe rembolsar la totalidad de las sumas debidas en capital e intereses art. L314-10 del Code.

En EEUU, este importe máximo se denomina “*límite de riesgo*” o, “*non-recourse*” *limit*. Pero aquí no se trata de una disposición legal, sino de un problema procesal: al tratar de recuperar el importe del préstamo, el prestamista no tendrá más recursos legales para cobrar una cantidad mayor que el valor de la vivienda.

Por último, hay que destacar que a pesar de que la legislación no exige que la vivienda esté libre de cargas y por tanto la hipoteca inversa tenga el primer rango en el Registro, pero el mercado y la práctica sí obliga a ello. En primer lugar porque una primera hipoteca reduce el valor de la vivienda, en segundo lugar porque debe ser posible la conversión de toda la vivienda en

75 ans	15% à 45% de la valeur du bien;	80 ans	20% à 55% de la valeur du bien
85 ans	30% à 60% de la valeur du bien;	90 ans	40% à 70% de la valeur du bien
95 ans	50% à 75% de la valeur du bien		

- El coste de la financiación (el producto les es propuesto hoy a los individuos a una tasa del 8,5%).

⁷¹⁶ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 142.

⁷¹⁷ LAMOISSIÈRE-POUVREAU, Corinne, MASSET-DENÈVR, Emmanuel, op. cit., pág. 4.

⁷¹⁸ Art. L 314-9 “*La dette de l'emprunteur ou de ses ayants droit ne peut jamais excéder la valeur de l'immeuble appréciée lors de l'échéance du terme.*

Lorsque le créancier hypothécaire met en jeu sa garantie à l'échéance du terme, si la dette est alors inférieure à la valeur de l'immeuble, la différence entre cette valeur et le montant de la créance est versée, selon le cas, à l'emprunteur ou à ses héritiers”.

dinero y por tanto debe minimizarse la posibilidad de que un acreedor preferente trunque la recuperación del préstamo ejecutando su garantía⁷¹⁹.

3. FÓRMULAS DE DISPOSICIÓN DEL IMPORTE DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Dada la laxitud con que ha sido redactado este aspecto por el legislador, se pueden arbitrar infinidad de fórmulas de disposición, y todas ellas aceptables y útiles dentro del texto de la ley. De hecho el punto 1.b de la DAP, no aporta nada nuevo. La frase: “*disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas...*“, no define una forma especial de disposición del préstamo. Por el contrario, esta afirmación deja a la voluntad de las partes la posibilidad de llegar a todos los acuerdos que consideren oportunos, en aras a una mejor acomodación de las disposiciones a las necesidades del deudor, de acuerdo con el art. 1255 del CC. Esta libertad de disposición es comparable a la de otros países como Estados Unidos, donde se establecen hasta cinco fórmulas de disposición que básicamente recogen todas las posibilidades del mercado⁷²⁰.

No obstante, frente a esta libertad inicial, nos encontramos con que la finalidad de la institución, se centra en ser un medio para atender necesidades a lo largo de los años de vida que le falten al deudor hasta su fallecimiento. Existe el riesgo de que esta hipoteca suponga una fórmula para malgastar el patrimonio en los primeros años del préstamo. Por lo tanto, en el momento de plantear y diseñar un programa de disposiciones de la hipoteca se deberían tener en cuenta datos como la edad del solicitante, sus ingresos presentes y los ingresos futuros previstos, su esperanza de vida, y conforme a esos datos realizar un plan acorde con sus necesidades. En todo caso se trata de evitar que se llegue a la situación de cumplir una edad muy avanzada, habiendo llegado a una situación de gran dependencia y cuando más cuidados requiere el deudor, haber exprimido ya el

⁷¹⁹ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 117.

⁷²⁰ TAFFIN, C., op. cit., pág. 4, LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 251. Llos solicitantes pueden escoger cinco formas de cobro : 1. *Tenure* : renta mensual vitalicia hasta el momento de fallecimiento siempre que continúe ocupando la vivienda como residencia principal 2. *Term*, que es una renta mensual por un período de tiempo determinado, 3. *Line of credit* o línea de crédito, que permite hacer diposiciones hasta una determinada cantidad, 4. *Modified tenure*, que combina la opción tenura con la línea de crédito y 5. *Modified term*, que combina la opción *term*, con la opción de la línea de crédito.

valor de su vivienda y no tener otra fuente de recursos⁷²¹. Por ello, contamos con que la fórmula de disposición sea uno de los aspectos donde el servicio de asesoramiento ayude a planificar las mejores soluciones individuales.

La forma de disposición deberá estar recogida en la escritura de constitución y en la inscripción registral. En la escritura deberá expresarse la forma, el plazo y la cuantía de las prestaciones periódicas⁷²², y así mismo, las personas habilitadas para la disposición que serán el solicitante o deudor, y el beneficiario o beneficiarios⁷²³.

Es necesario subrayar que no se trata de rentas, *stricto sensu*, sino que se dispone de un capital como en cualquier otro supuesto de préstamo o crédito hipotecario, y en consecuencia, por ser capital lo que se recibe se tiene que devolver, lo que no sucede con las rentas que derivan de un capital previamente dispuesto al efecto, y al mismo tiempo esta distinción tiene gran relevancia a efectos fiscales. Incluso, en el caso de que quien la perciba sea un beneficiario, sin ninguna obligación de devolución, se trata de una disposición de capital⁷²⁴, con independencia de las consecuencias jurídicas y fiscales que se puedan derivar por la cesión de estos importes entre el solicitante y beneficiario.

Algunos autores diferencian distintos tipos de hipoteca inversa, como modalidad temporal o vitalicia en función de la fórmula de disposición⁷²⁵. Igualmente atendiendo a este criterio, también podríamos añadir la hipoteca inversa de disposición única. Por regla general, va a ser la contratación de los seguros de rentas lo que determinará los momentos de la disposición.

3.1. DISPOSICIÓN ÚNICA

La disposición del crédito o préstamo, podrá ser única, en un solo acto de disposición. Generalmente, esta opción se utiliza cuando la disposición del crédito va destinada al pago de la prima del seguro, generalmente de rentas vitalicias, o un Plan de Previsión Asegurado, al mismo tiempo que para hacerse cargo de los primeros gastos y la formalización de la hipoteca. Esta opción fue contemplada por el Anteproyecto como una posible figura hipotecaria autónoma,

⁷²¹ COSTA FONT, J.; GIL TRASFÍ, J.; MASCARILLA MIRÓ, O. “Capacidad de la...”, op. cit., pág. 56.

⁷²² MURO VILLALÓN, J. V., op. cit., pág. 12.

⁷²³ MORILLO FERNÁNDEZ, F. J., op. cit., pág. 6.

⁷²⁴ SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., pág. 38.

⁷²⁵ Entre ellos BALAGUE, C., op. cit., pág. 36.

la hipoteca-pensión que consistía en la suscripción de un préstamo hipotecario garantizado con la vivienda para contratar un seguro de rentas vitalicias. En este caso se suele materializar la hipoteca en la institución del préstamo hipotecario de disposición única.

3.2. DISPOSICIONES PERIÓDICAS

Las disposiciones periódicas temporales se establecen generalmente, cuando se arbitra el pago por el acreditado de una renta temporal, generalmente mensual, por un periodo predeterminando de tiempo, generalmente entre 10 y 15 años. Al igual que en las rentas vitalicias, en el cálculo de la renta se tendrán en cuenta además de criterios actuariales, el tipo de interés que se aplica a la renta. Las rentas temporales también podrán ser contratadas con un importe de revalorización, generalmente anual. Este incremento se establecerá de acuerdo a un índice habitual, por ejemplo el Índice de Precios al Consumo, o añadiendo anualmente un porcentaje de aumento preestablecido, con objeto de que permita adecuar la renta percibida anualmente con el incremento de precios de los bienes de consumo, para que no exista una disminución de la renta percibida en términos reales.

La percepción de las rentas podrá suspenderse o modificarse por voluntad del deudor o del beneficiario. Algunas entidades cobran una comisión en estos casos, como comisión por modificación de condiciones⁷²⁶. Transcurrido un plazo de suspensión, se reanuda la percepción, recalculándose nuevamente el importe de la renta periódica en función del tiempo que medie hasta el vencimiento establecido para la renta, de la cantidad dispuesta hasta dicho momento, de si se han efectuado o no previamente disposiciones extraordinarias autorizadas, y del tipo de interés establecido en el contrato.

El artículo L314-12 del Code Civil francés recoge expresamente la posibilidad de modificaciones en el caso de rentas periódicas⁷²⁷.

⁷²⁶ Igualmente el Programa HECM permite la modificación en la fórmula de disposición con un coste de 20\$, cada vez que se solicita un cambio.

⁷²⁷ L314-12: “L'emprunteur peut, en cas de versements périodiques du capital, demander une suspension ou une modification de l'échéancier des versements. Ces aménagements se font au taux conventionnel défini au contrat principal et donnent lieu à l'établissement d'un nouvel état des versements périodiques et des intérêts accumulés sur ces sommes pour la durée prévisionnelle du prêt restant à courir. La part du capital et celle des intérêts doivent apparaître de manière distincte. Les modifications visant à accélérer les versements peuvent intervenir conformément aux stipulations contractuelles”.

En este tipo de prestaciones temporales si antes de finalizar el periodo preestablecido de rentas, el deudor fallece, el crédito se dará por vencido, y por tanto la deuda se convertirá en una deuda exigible. Esta deuda estará compuesta por el importe del préstamo dispuesto hasta esa fecha, más los intereses devengados hasta el momento.

La hipótesis antes estudiada no resulta problemática, pero si el deudor pervive a la fecha de la última disposición, nos encontramos con que la exigibilidad de la deuda tendrá como fecha la de fallecimiento del deudor. Esto nos lleva a que, en consecuencia, los intereses seguirán incrementando la deuda, y en este caso, es el deudor quien asume el riesgo de la operación. Nuevamente surge el *aleas* de este negocio jurídico⁷²⁸. Aquí la esperanza de vida del deudor puede hacer que le falten muchos años de vida, en los que no va a percibir ninguna renta de un producto que contrató para ayudar a sufragar los gastos de su vejez⁷²⁹.

Al final la solución por la que optaban las entidades de crédito antes de la Ley 41/2007 era una prórroga del préstamo, una prórroga del contrato pero sin disposiciones de capital, una solución complicada para la persona mayor que queda sin la renta que recibía, puesto que ha sido agotada. Ante esta posibilidad y para evitar situaciones no deseadas, se suele contratar un seguro de rentas vitalicias, también llamado de supervivencia que garantiza que el titular de esta hipotecaria cobre de por vida una renta, independientemente de que haya superado el plazo establecido en la disposición temporal de la hipoteca.

Transcurrido el plazo estipulado de pago de renta por la entidad financiera, el valor de la vivienda se ha visto agotado, y los intereses quedan pendientes hasta el momento del vencimiento. En este momento puede ocurrir que la hipoteca quede sin más pendiente del fallecimiento del deudor, o que se haya previsto la entrada en juego del seguro, contratado en el momento de constitución de la hipoteca inversa, y que se va a ocupar de que si el hipotecante llega a una edad avanzada por encima de lo que era previsible no le falte una renta vitalicia hasta su fallecimiento. El inconveniente principal es el alto precio

⁷²⁸ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 98, señala como en este caso la aleatoriedad del contrato solo afecta a los intereses.

⁷²⁹ Señala MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 149, como en estas circunstancias el prestatario se encontraría en una situación bastante delicada porque vería notablemente disminuidos sus ingresos en una edad muy avanzada- por encima de la expectativas de vida- con una hipoteca que alcanza prácticamente a la totalidad de su valor.

de la prima que una persona ya mayor debe pagar al contratarlo⁷³⁰. Puede ocurrir igualmente que el prestatario pague una prima por un seguro que nunca llegará a disfrutar porque fallezca antes, pero aún así no existe un desequilibrio de prestaciones tan grande como podía ser el caso de un seguro de rentas vitalicias que comenzase a funcionar en el momento de constitución de la hipoteca, la figura de la vivienda-pensión. Algunos autores como MARTINEZ ESCRIBANO van más allá, recalcando que hubiera sido deseable que la ley impusiera su obligatoriedad como medida para el desarrollo de la hipoteca inversa⁷³¹. Igualmente existe la posibilidad que contempla la DA Cuarta de la Ley 41/2007 de contratar un Plan de Previsión Asegurado, como veremos.

En una época de bonanza económica, en que el precio de la vivienda fuera en ascenso, sería posible incluso, una nueva disposición sobre el aumento de valor de la finca, pero resulta imposible esta solución en una situación de recesión económica.

Si se establece en el contrato, es posible una disposición extraordinaria en cualquier momento del préstamo con objeto de atender una necesidad puntual del prestatario. Se debe tener en cuenta que una disposición extraordinaria debe suponer el recálculo de las disposiciones periódicas que se hayan establecido, generalmente se producirá la disminución proporcional del importe del resto de rentas.

3.3. DISPOSICIONES VITALICIAS

En las disposiciones periódicas vitalicias el acreedor pondrá a disposición del deudor, una renta periódica anual, mensual, trimestral o semestral, incluso con otros criterios de periodicidad, si así se considera, hasta la fecha de fallecimiento del deudor o beneficiario. En esta fórmula de disposición, el riesgo es alto para ambas partes. Señala BERROCAL LANZAROT, que la aleatoriedad puede ser absoluta, ya que si la cuantía de la deuda depende de la vida del

⁷³⁰ LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 236: “*el pago por este seguro depende de la edad y el sexo, de hecho las mujeres pagan más que los hombres, debido a su mayor esperanza de vida, al mismo tiempo que su renta mensual, suele ser algo menor que la de un hombre de igual edad. El gasto de formalización del seguro de renta vitalicia puede alcanzar el 6 % de valor de tasación de la vivienda.*”

⁷³¹ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 153.

acreditado, si el tiempo de vida se alarga por encima del cálculo actuarial podrá ser insuficiente el valor del inmueble para hacer frente a la deuda⁷³².

La entidad financiera, que tiene valorados sus riesgos a muy corto plazo no suele entrar en este tipo de operaciones, que no dejan de ser campos reservados a las compañías de seguro, preparadas para la valoración actuarial de algo tal aleatorio como el fallecimiento de una persona. Sí resulta una situación habitual como referíamos antes, que se destine la disposición del crédito al pago de una prima de seguros de rentas vitalicias, que en caso de fallecimiento de los asegurados en la fase de disposición del crédito suele ser recuperable en una parte⁷³³. Incluso, una situación mixta, en la que tras unos años de rentas temporales, se abre un segundo período de rentas vitalicias.

Pero el riesgo también es muy alto para el prestatario, que asume una renta generalmente de importe inferior a la que supondría una renta temporal, y que en el caso de fallecer anticipadamente, supone perder el importe de la prima no consumida. Por el contrario, supone para el deudor hipotecario la garantía de mantener una renta durante el resto de su vida, y garantizar así una existencia digna.

Cuando se establecen disposiciones periódicas, generalmente se instrumenta la hipoteca como una hipoteca de máximo, se tratará de un crédito hipotecario, en el que existirá una disponibilidad de cantidades a favor del deudor, y por consiguiente, una indeterminación relativa de la obligación en cuanto a su cuantía⁷³⁴. El contrato se instrumenta generalmente en una línea de crédito⁷³⁵. Hablamos de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito del art. 153 LH, que no significa una disposición constante y aleatoria como si se tratase de una cuenta corriente, sino que previamente se ha fijado, como hemos indicado un plan de disposiciones, e igualmente en la escritura se suele fijar todos aquellos conceptos que pueden ser cargados en esta cuenta como son: las rentas periódicas temporales a percibir por el deudor, las disposiciones

⁷³² BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 98, Aproximadamente el cálculo del riesgo que han realizado las entidades financieras será “*si la edad está comprendida entre los 70 y los 79 años, podrá solicitar el crédito para un máximo de hasta 20 años, si tiene entre 80 y 89 podrá solicitarlo para un máximo de 15 años. Si tiene más de 89, el plazo será de 10 años*”.

⁷³³ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 99, “*así si se ha concretado un seguro de rentas vitalicias y el titular muere, por ejemplo a los cinco años que haber firmado la hipoteca, cuyo plazo era de 15, los herederos recibirán una parte proporcional de la prima que en su día esa persona mayor pagó. Esta parte la calcula la entidad de crédito, de acuerdo a la renta recibida por el titular y al plazo fijado.*”

⁷³⁴ LUQUE JIMÉNEZ, M^a del C., op. cit., pág. 230.

⁷³⁵ ZURITA MARTIN, Isabel. “La nueva...”, op. cit., pág. 1281.

extraordinarias distintas de la renta periódica y autorizadas expresamente por la entidad financiera, los gastos de tasación y comprobación registral del inmueble, los aranceles notariales y registrales, los impuestos y los gastos de tramitación oportunos, las primas del seguro, en el caso de renta vitalicia, los intereses periódicos del saldo dispuesto, o las comisiones que procedan conforme a lo establecido en esta escritura.

Esta fórmula permite incluso, la apertura de subcuentas de crédito a efectos operativos y de gestión de las distintas disposiciones del crédito.

En el caso del programa HECM estadounidense, cuando la disposición se realiza a través de una línea de crédito, se establece un sistema de incremento del límite de disposición, no utilizado en nuestro país. La cuenta de crédito se incrementa con el tiempo, es decir, la cantidad de dinero disponible aumenta mientras no se disponga del total del saldo. En un año se incrementa en la misma proporción que el tipo de interés del préstamo⁷³⁶. Esta curiosa solución resulta especialmente interesante pues, si la línea de crédito aumenta, significa que no se debe retirar una cantidad grande del préstamo para ser depositada en una cuenta de ahorros o de inversiones. De ese modo, tendría que pagar más intereses sobre la cantidad global retirada del HECM. Este sistema busca entre otras cosas evitar la especulación financiera. Resulta el sistema más utilizado por este programa, más que las rentas mensuales que generalmente se utilizan en combinación con una línea de crédito, y más que las rentas vitalicias o *annuities*, productos donde entre en juego una compañía de seguros y resultan poco demandadas. No obstante, en nuestro país no se ha utilizado la línea de crédito con libre disponibilidad para el deudor, por los problemas que conlleva para el cálculo de la responsabilidad hipotecaria en nuestro sistema registral.

4. LOS INTERESES EN LA HIPOTECA INVERSA

Con respecto al momento en que se pagan los intereses en esta hipoteca existen diferentes fórmulas. La hipoteca inversa tipificada en España acumula los intereses hasta el vencimiento del préstamo. Aunque esta parece la fórmula más lógica a fin de evitar que el deudor tenga que efectuar reembolsos para atender

⁷³⁶ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 9.: SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 30, Si la línea de crédito es de 100.000\$ y se ha dispuestos de 20.000\$, quedará un saldo de 80.000\$, si no hay más disposiciones al año siguiente el límite será de $(80.000 + (80.000 * 6\%))$, suponiendo ese tipo de interés.

pagos del préstamo antes de su muerte, sin embargo en el Reino Unido sí se ofrecen distintos tipos de hipotecas en función de los intereses. No obstante, las entidades británicas o irlandesas que comercializan hipotecas inversas en España, sólo comercializan la hipoteca inversa sin pago de intereses, (*rolled-up interest loans*), donde al fallecimiento del deudor o la venta de vivienda, se devuelven el capital y todos los intereses capitalizados anualmente, muy similar a la hipoteca española⁷³⁷. Aunque en Reino Unido también se comercializa la hipoteca de pago de interés, (*interest-only*), donde el deudor paga mes a mes los intereses y se devolverá el capital a la muerte del deudor o la venta del inmueble.

4.1. CLASES DE TIPOS DE INTERÉS.

Al avanzar en los elementos del préstamo hipotecario, debemos tener en cuenta la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que ha derogado la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, aplicable a los préstamos hipotecarios cuya garantía sea una vivienda hasta este momento. Esta orden en su art. 4 y Sección 3ª recoge entre otras muchas, la obligación de la entidades de incluir en los contratos la cláusula de “*intereses ordinarios*” indicando a qué tipo de interés debe liquidarse el préstamo, si a un tipo de interés fijo o variable, etc⁷³⁸. En los préstamos a tipo de interés fijo el coste de financiación no varía en términos nominales durante toda la vida del préstamo, mientras que en los de tipo de interés variable se revisa regularmente, en un plazo que no suele superar un año, según la evolución de una referencia externa. Por lo general, la clase de tipo de interés la fijará el prestatario de la operación dentro de su política particular de comercialización del producto y no siempre existirá posibilidad de elección por parte del deudor.

4.1.1. Interés a tipo fijo.

El tipo de interés se mantiene constante a lo largo de la vida del préstamo. De este modo permite al prestatario conocer con certeza y anticipación los intereses que deberá pagar por todo el periodo, con independencia de los años

⁷³⁷ COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS, op. cit., pág. 9. en Reino Unido se contempla también la posibilidad de *lifetime mortgage* que se cancela con la venta del inmueble, recordemos que la garantía va unida al inmueble.

⁷³⁸ GARCIA GIL, F. J., op. cit., pág. 309 y ss.

que dure el préstamo. Esta situación dará seguridad al deudor puesto que, si los tipos de interés experimentan un incremento, éste no le afectará, aunque en su contra tenga el inconveniente de que si descienden los tipos de interés, no podrá beneficiarse de la bajada de precio de los intereses. Lo normal es que este tipo de interés suela pactarse por un periodo de tiempo más corto que los tipos de interés variables, generalmente con un máximo de 12 años, como ya explicamos, por un problema de riesgo para la entidad de crédito que por lo general no suele contratar otras operaciones a tipo fijo a tan largo plazo, y ante una subida de tipos de interés obtiene una rentabilidad inferior a la de mercado. Además, en el caso de la hipoteca ordinaria pueden reinvertir las cantidades que va reembolsando, pero en la inversa se incrementa la pérdida, pues al ser una hipoteca de amortización negativa el acreedor no obtiene ningún reintegro hasta el fallecimiento del deudor, con lo que se suprime cualquier posibilidad de reinversión⁷³⁹.

Lo cierto es que se ha señalado que la mayoría de las entidades en España suelen utilizar este tipo de interés en sus ofertas de hipoteca inversa⁷⁴⁰. Otro de los motivos que apoya los tipos de interés fijo es porque el cálculo actuarial es más sencillo y fiable, y la hipoteca inversa se basa en el mismo.

4.1.2. Interés a tipo variable.

Este tipo de interés fluctúa en función del índice de referencia pactado. Así definido, no permite conocer *a priori* el importe del futuro coste de financiación, que en el caso de la hipoteca inversa es el coste efectivo de cada periodo, pero tiene la ventaja de recoger todas las bajadas del índice de referencia, igual que todas las subidas del mismo. Al mismo tiempo, disfruta de la ventaja de tener un tipo de interés siempre en precio de mercado. Al igual que el tipo de interés fijo, no es un tipo de interés exento de riesgo ya que puede subir por encima de las expectativas previstas por el deudor⁷⁴¹. Así, al tratarse de una deuda creciente, el incremento de intereses puede llevar a que la deuda final sea superior al valor del inmueble hipotecado, supuesto no previsto en el cálculo inicial de la deuda.

⁷³⁹ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 138.

⁷⁴⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 64.

⁷⁴¹ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 139, algunos Estados en EEUU, han prohibido este tipo de intereses.

El tipo de interés se puede expresar de diversas formas⁷⁴²: bien como una suma del tipo de interés de referencia más un diferencial; como un porcentaje del tipo de referencia; como la suma de un tipo de interés constante y un margen variable, que será la variación absoluta experimentada, desde cierta fecha establecida en el contrato, por un índice o tipo de interés de referencia; o de cualquier otro modo que resulte claro, concreto y comprensible para el prestatario. Los índices podrán ser alguno de los oficiales, publicados mensualmente o establecidos por entidades de acuerdo con unas normas de imparcialidad y objetividad en sus cálculos⁷⁴³. De hecho, la DGRN de acuerdo con la OM 5 de mayo de 1994, ha reiterado que el tipo de referencia debe ser objetivo, no dependiendo de la propia entidad financiera, y que los datos que sirvan de base al índice han de ser agregados de acuerdo a un procedimiento matemático objetivo, también la EHA/2899/2011 de 28 de octubre, advierte que cuando no se utilice un índice de referencia de los publicados oficialmente, deberá informarse expresamente al deudor, sino. No siempre la DGRN ha admitido la inscripción de estos tipos de interés, en primer lugar por ser una cláusula de carácter financiero, pero también por su indeterminación⁷⁴⁴. El

⁷⁴² OM de 5 de mayo de 1994, DA2ª “...El Banco de España definirá mediante circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable y hará públicos sus valores regularmente” y art. 48,2 de Ley 26/1988 de 29 de julio, donde se establecen además los documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios.

⁷⁴³ El Art. 27 de la EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, recoge el catálogo de índices oficiales, que se publicarán mensualmente en el BOE: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro. c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años. d) Referencia interbancaria a un año (Euribor). e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años. f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro. Otros ejemplos de índices actuales serían: Tipo Medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro, Tipo de Activo de referencia de las Cajas de Ahorro (indicador CECA). En EEUU el Interest rates on reverse mortgage loans are based on industry benchmarks such as the LIBOR rate.

⁷⁴⁴ RDGRG de 5202 de 31 de octubre de 1984, “...sin entrar en otros planteamientos que pueden producirse en este tipo de cláusulas del interés variable por ser ajenos a este recurso, es indudable que si bien en cuanto a la garantía del principal puede tratarse de una hipoteca ordinaria o de tráfico, en cambio, respecto de la cláusula de fluctuación de interés se está ante una hipoteca de seguridad, que hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad, circunstancia que no se ha hecho constar en la presente escritura, que se ha limitado simplemente a prever su repercusión sin ninguna referencia a límite máximo que puede

diferencial es la cantidad expresada en puntos o fracciones de punto que se añade al tipo de referencia cuando llega el momento de la revisión del préstamo. Este es constante y puede ser positivo, negativo o nulo⁷⁴⁵. Cuando se firme un préstamo hipotecario a tipo de interés variable la entidad financiera en la Ficha de Información Personalizada deberá incluir, para mostrar el comportamiento de estos índices, al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor.

4.1.2.1. Interés a tipo variable limitado

También podemos hablar de un tipo de interés limitado: Se pueden establecer un límite máximo y mínimo a la variación de tipo de interés aplicable al préstamo, independientemente de que para tipos variables el prestatario pueda contratar un seguro de variación de tipo de interés, o cobertura del riesgo de incremento de tipo de interés (CAP), que igualmente se recogerán en la Ficha de Información Personalizada, con una descripción de su naturaleza, coberturas, y funcionamiento⁷⁴⁶.

Así, vemos como dentro del tipo de interés variable se puede contratar un préstamo de tipo de interés variable con tipo de interés techo y tipo de interés suelo. En esta modalidad de préstamo hipotecario, las partes acuerdan un tope o límite máximo de interés, y durante un periodo, si el tipo de interés excede del techo, únicamente se le aplicará el tope pactado. BERROCAL LANZAROT valora muy positivamente este tipo de techo, también como un modo de conocer el tipo máximo que pueden alcanzar los intereses remuneratorios, además porque si se desea que con el límite máximo de la cantidad total disponible se cubran

alcanzarse, por lo que, ante esta indeterminación, no cabe que en su actual redacción pueda acceder a los libros del Registro”.

⁷⁴⁵ GARCIA GIL, F. J., op. cit., pág. 346.

⁷⁴⁶ CAP es un instrumento de cobertura de riesgo de incremento de tipo de interés, por el que se asegura una cantidad en el caso de que el tipo de interés llegue a uno previamente marcado. Otros instrumentos de cobertura serían el Swap: Es una operación de cobertura del riesgo de tipo de interés que permite cambiar flujos monetarios de interés variable a flujos monetarios de interés fijo, es por tanto, un instrumento por el que sustituimos un tipo variable para el cliente por un tipo fijo durante toda o parte de la vida del endeudamiento. O el COLLAR Coste “Cero” (rango de tipos) es un instrumento financiero de cobertura del riesgo de tipo de interés, que limita la fluctuación de un tipo variable, entre un nivel máximo (cap o techo) y mínimo (floor o suelo) durante un periodo de tiempo establecido, de tal forma que el contratante nunca pagará más que el nivel del Cap (techo) ni menos que el nivel del Floor.

también los intereses, debería tenerse certeza del tipo máximo⁷⁴⁷. Si bien es cierto, que este tipo techo debe tener un correspondiente tipo de interés límite suelo, o cláusula suelo. Sin embargo, el establecimiento de estas cláusulas ha dado lugar a numerosas sentencias al respecto, estando en discusión si estas cláusulas resultan abusivas o no. Debemos centrar el tema señalando que los tribunales no cuestionan que se puedan incorporar al contrato, sino que exista una proporción o reciprocidad en la protección que suministran sobre la volatilidad de los precios tanto al deudor como al acreedor. Por tanto deben ser proporcionales o equitativas, evitando que se beneficie claramente a una de las partes, generalmente el banco con un tipo suelo muy bajo, frente a un tipo techo inalcanzable e impensable según las estadísticas de los tipos variables⁷⁴⁸. Cuando la polémica sobre si resultan abusivas al consumidor no está resuelta de forma definitiva, la nueva Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, incorpora esta cláusula por primera vez en nuestro ordenamiento, en su art. 25 describiendo como debe informarse al deudor de la misma: “...en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.”

⁷⁴⁷ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 87.”*No olvidemos que esta operación debe ser rentable para la entidad, pero también proporcional la suficiente cobertura financiera a quien contrata*”.

⁷⁴⁸ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León núm. 6/2011 de 11 marzo AC 2011\179, en la que Caja España es demandada por AUSBANC, las declara abusivas puesto que como señala: “*El punto de partida de la pretensión contenida en la demanda no es por tanto la validez de la limitación, sino la concurrencia de la necesaria semejanza de esta al alza y a la baja, en los términos empleados por el artículo 7.3.2.c) de la Orden de 5 de mayo de 1994 (RCL 1994, 1322) sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, de forma que la herramienta sirva de protección a ambas partes y en condiciones semejantes contra el riesgo de volatilidad del índice referencial...*”. Recordemos que los tipos límites eran el 3% suelo y el 12% techo, argumentando el juzgado la desproporción entre ambas.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla núm. 246/2010 de 30 septiembre AC 2010\1550, AUSBANC contra varias entidades, donde igualmente se llama la atención sobre desproporción entre los tipos de interés suelo y techo: En el presente caso se ponen en evidencia suelos y techos diversos, pero algo parecidos en su alcance, entre el 3,25 y 3,50, hasta el 12 o 15% en el caso de BBVA, entre el 2,75 y el 10% en caso de LA CAIXA, y entre el 3,25 y el 15% en caso de CAJAMAR, por lo que se declara la nulidad impetrada de las cláusulas suelo en las hipotecas de las entidades demandadas concertadas con consumidores, y en el presente caso en particular, dado el desfase apreciado de las mismas en relación a las cláusulas techo contenidas en las propias escrituras.

Por el contrario, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante. Núm. 407/2010 de 16 de septiembre, no considera la cláusula suelo nula por abusiva o no considera que ocasione desequilibrio entre las prestaciones de las partes.

En el caso de las hipotecas inversas, la Orden mencionada, de modo muy afortunado ha incluido en la Ficha de Información Personalizada que en el caso de tipo de interés variable y variable limitado, se deberán añadir una serie de ejemplos, algo complejos, con el propósito de dar al deudor una referencia de cuál ha sido la evolución de estos tipos de interés en los últimos años y cuál hubiera sido la repercusión de esas variaciones en su préstamo, debiendo cumplimentar determinadas variables⁷⁴⁹.

Otra opción serán los préstamos a tipo de interés mixto. Aunque esta distinción tampoco agota las modalidades del mercado, podemos incluir los préstamos a tipo de interés mixto, en los que el tipo se fija durante un periodo superior al año y posteriormente se revisa de acuerdo con una referencia externa a corto o medio plazo⁷⁵⁰. En esta clase de préstamos durante un primer periodo, generalmente de un año o seis meses, se aplica un tipo de interés fijo, y el resto del plazo un tipo de interés variable, combinando las ventajas e inconvenientes de los dos tipos de interés, el fijo y el variable.

El devengo de los intereses solamente se aplicará sobre la cantidad dispuesta, y en general podrán ser adeudados en el mismo préstamo, con objeto de que ninguna cantidad tenga que ser devuelta en vida del titular⁷⁵¹. Por consiguiente, generalmente se instrumentará la operación en una cuenta corriente de crédito.

Atendiendo a la generación de intereses y a las rentas obtenidas por el receptor se pueden dar diversas circunstancias que aunque ya descritas vamos a profundizar en ellas siguiendo a LECINA GRACIA⁷⁵². Puede ocurrir que del cobro de una pensión se produzca la siguiente situación con respecto al incremento de la deuda total:

- Cobro limitado de pensión y deuda no limitada: Suponiendo que el tipo de interés del préstamo fuera fijo, en el caso de que la operación consistiera en una disposición única de capital al inicio de la hipoteca y/o una pensión temporal

⁷⁴⁹ Estos ejemplos son: a) variación experimentada por el tipo de interés de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho período; b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años, o el plazo máximo disponible si es menor, y las fechas en que tales valores se alcanzaron; c) el importe total a reembolsar que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo.

⁷⁵⁰ ALONSO, F.; BLANCO, R.; DEL RIO, A., op. cit., pág. 73.

⁷⁵¹ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 87.

⁷⁵² LECINA GRACIA, J. M., "Hipoteca inversa y revalorización...", op. cit., pág.104.

pagadera hasta una fecha máxima. Efectivamente, aunque finalice el pago de la pensión, la deuda sigue acumulándose a lo largo de toda la vida el deudor o beneficiario.

- Cobro vitalicio de pensión y deuda no limitada: Igualmente, en el caso de un tipo de interés fijo, y del cobro de una pensión vitalicia, aunque se vincule la operación a un contrato de seguro de pensión vitalicia diferida a una fecha que asuma el pago, la deuda continúa aumentando y acumulándose hasta la fecha de fallecimiento.

- Cobro vitalicio de pensión y deuda total o parcialmente limitada: Actuarialmente existiría una fórmula para paliar en parte esta acumulación de deuda que consistiría en vincular a la hipoteca una operación de seguro de pensión vitalicia diferida que se abonase en la cuenta de crédito y fuera amortizando la deuda. Pero esta opción nos resulta poco viable.

En definitiva, el importe y la duración de pago de la pensión, así como la deuda que puede acumularse en el préstamo, también dependen de los contratos de seguro de supervivencia que se vinculen a la operación. Esta vinculación permite reducir la evolución futura de la deuda acumulable, a cambio de asumir que la deuda acumulada se incremente anticipadamente con el importe de la correspondiente prima.

4.1.3. Interés de demora

En determinados supuestos es posible que sea a la entidad financiera a quien se le deba exigir el pago de un tipo de interés, por ejemplo, en el caso de retraso en el pago de la renta periódica que debe abonar al deudor. Es decir, se podría exigir el pago de un interés a la entidad cuando ante algún tipo de discrepancia, o retraso indebido, la entidad demorase la puesta a disposición de cantidades solicitadas o consensuadas desde la contratación. Estos intereses de demora o moratorios a los que se refiere el art. 1108 del CC, constituyen una indemnización por el incumplimiento contractual originado por el impago o por el retraso en cumplimiento de la obligación de pago. En estos supuestos en la escritura de constitución deberá figurar un tipo de interés generalmente un tipo fijo, y más cercano a un tipo de interés de demora o de penalización que a un tipo de interés ordinario de la operación, puesto que éste es su fin, forzar a la entidad a que no retrase los pagos.

Igualmente, en el caso de que el tipo de interés deba ser pagado por el deudor, el tipo de interés de demora, al igual que el importe del resto de tipos de

interés remuneratorios es libre en España, sometido a la autonomía de la voluntad de las partes, pero con la diferencia, respecto a los tipos de interés ordinarios, que el deudor por lo general, no negocia este tipo de interés, puesto que suele tratarse de un contrato de adhesión que presenta la entidad financiera, y el tipo de mora es establecido por la misma. El Banco de España, como supervisor de las actividades de las entidades de crédito, lo único que exige es la publicación de estos tipos en la propia web del Banco de España, pero no lleva a cabo un control de importes máximos permitidos, sino de tipos de interés publicados en su web, y puesta a disposición del público, situación que puede resultar criticable⁷⁵³.

Debemos tener en cuenta que este tipo de operaciones, no están sujetas a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo que sustituyó a la Ley de Crédito al Consumo de 1995, donde al igual que su antecesora limita el tipo de interés de demora sólo en algunas operaciones al consumidor en su art. 20.4⁷⁵⁴.

Ha de recordarse que el Libro Blanco del Crédito Hipotecario intenta establecer un marco de protección al consumidor, en el ámbito europeo⁷⁵⁵, y la limitación de este tipo de interés de demora podría ser un punto a tener en cuenta.

En la hipoteca inversa el tipo de interés de demora va ser un factor muy importante, debido a la *no amortización* del préstamo hasta su vencimiento. Generalmente se establece un plazo entre seis meses y un año, tiempo oportuno para realizar los trámites pertinentes de declaración de herederos, partición de la herencia, liquidación de Impuesto de Sucesiones y Donaciones, y previamente habrá sido recogido en la escritura. Si llegado el vencimiento del préstamo, y trascurrido el plazo pactado tras el fallecimiento del deudor para realizar los trámites necesarios, la deuda comenzará a devengar intereses de demora hasta su cancelación -entre el 18% y el 25%-, de acuerdo con los precios actuales de mercado, aplicados sobre un montante de capital más intereses al vencimiento. Es decir, en esta operación se percibe especialmente, que si los tipos de interés moratorios son elevados, cualquier retraso o demora en la devolución de la hipoteca supondrá un importante incremento de intereses de demora.

⁷⁵³ Algunos autores han criticado ampliamente la función de supervisión del Banco de España, sobre todo en momentos de crisis, acusándole de no evitar muchos riesgos financieros y abusos, véase, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., op. cit., pág. 28.

⁷⁵⁴ Art. 20.4: "En ningún caso se podrán aplicar a los créditos que se concedan, en forma de descubiertos en cuentas corrientes a los que se refiere este artículo, un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero".

⁷⁵⁵ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. "Libro Blanco...", op. cit., pág. 60.

Un problema a debatir sería, si en algún momento puede entrar en conflicto esta situación con la Ley de Azcárate, o Ley de Represión de la Usura de 1908, que sigue vigente tanto para las relaciones civiles como mercantiles, los contratos bancarios. Sin embargo, sobre esta cuestión la DGRN no ha querido nunca pronunciarse sobre si los intereses cobrados en los préstamos que acceden al Registro pueden resultar usurarios⁷⁵⁶. Recordemos que el art. 319.3 LEC dispone que “...en materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción...”. El Tribunal Supremo generalmente acepta los tipos de interés pactados dentro de la autonomía de la voluntad⁷⁵⁷. Pero

⁷⁵⁶ A título de ejemplo, la Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2007, donde considera que no corresponde al Registrador, en el reducido marco en que se desenvuelve el procedimiento registral, determinar si un determinado tipo de interés como el que se pacta en la estipulación ahora cuestionada es usurario o no, circunstancia que correspondería exclusivamente a los Tribunales de Justicia.

⁷⁵⁷ Como resume la SAP Zaragoza de 14 de abril de 2010: “La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2002 señala que “La calificación de los intereses a efectos de la usura en sentido legal no puede hacerse por el tanto por ciento de devengo sobre el principal, sino que depende de las circunstancias en que se desenvuelva el mercado monetario y de las circunstancias objetivas del caso y subjetivas de las partes”. Por otra parte recuerda la Sentencia de la misma Sala de 29 de noviembre de 1984, para que pueda reputarse como usurario un préstamo -u operación sustancialmente equivalente- es preciso, o bien que en el mismo se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; o bien que el interés, además de ser superior al normal del dinero, se haya estipulado en condiciones tales que resulte leonino -es decir, abusivo o desmesurado con grado sumo, con ventajas solo para el prestamista- habiendo motivos para estimar que el prestatario lo aceptó a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; o bien que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada”. En la Sentencia de 2 de octubre de 2001 el Tribunal Supremo declara que no son usurarios los intereses del 30% anual en relación con un contrato de préstamo de 10 de diciembre de 1991; y en la sentencia de 1 de febrero de 2002 admite un interés de demora pactado en el 24% anual para un arrendamiento financiero sobre un camión, en fecha 11 de abril de 1991, suponiendo un TAE del 26'82%. La habitualidad de tipos de interés de esa cuantía, incluso en años posteriores, se recoge en las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª) de 27 de diciembre de 2002 y 11 de junio de 2006, en las que se dice: “Como quiera que el interés remuneratorio pactado en la póliza de autos fue del 16% anual, habrá que concluir que los intereses moratorios al 29% no exceden de 2,5 veces el interés remuneratorio, por lo que no resultan abusivos, teniendo en cuenta, además, que era un tipo de interés habitual en la época en que se suscribió la póliza, como se desprende de la numerosa jurisprudencia relativa a contratos en los que se pactó dicho interés; habitualidad que contempla expresamente la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 16, de 22 de noviembre de 2000, indicando que en 1995 estaba muy extendida la práctica de fijar un tipo del 29 por ciento como interés de demora”. Asimismo la sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) de 10 de marzo de 2005 al decir: “los intereses previstos en la póliza en cuestión se fijan al nominal del 15 por ciento y de demora del 29 por ciento anual, que no pueden considerarse como manifiestamente desproporcionados o abusivos dada la legalidad vigente en ese momento y el proceso liberalizador de los tipos de interés expresado en la Orden Ministerial de Economía y Comercio de 17 de enero de 1981 (liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios) y la práctica y los usos mercantiles a

la jurisprudencia más reciente, en este aspecto, nos podemos encontrar todo tipo de posturas, aunque se empieza a mostrar más sensibilizada con la posición del deudor⁷⁵⁸. Incluso, determinadas situaciones, podrían considerarse condiciones leoninas, como dice la Ley Azcarate en el art. 1, aquellas que se pactan de forma que las ventajas que establecen lo están en favor del acreedor, y que haya motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario por su situación angustiosa, o su inexperiencia, o por lo limitado de sus facultades mentales.

Resulta posible que en algunos casos de hipoteca inversa, estos contratos pudieran declararse nulos, habrá que analizarlo a tenor de la Ley de la Usura, y de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas jurídicas, contenido en el art. 3 del CC.

Siempre intentando salvaguardar los intereses del deudor, la información precontractual ya se planteó en El Libro Blanco sobre Crédito Hipotecario. La conciencia jurídica de la importancia de la homogeneidad de los mercados europeos, se impone más cuando hablamos de una figura como la hipoteca inversa, donde las entidades extranjeras, sobre todo británicas con una larga

la sazón". En el mismo sentido se pronuncian otras muchas sentencias, entre ellas, las dictadas por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3ª) de 21 de junio de 2002, y la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 21 de marzo de 2002. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, establece en su Sentencia de 11 de junio de 2007 que "En la referida póliza se pacta un interés remuneratorio del 18,50%, y un interés moratorio del 21,50%, que no se hallan ni mucho menos alejado de los tipos de interés normal del dinero en la época en que se concertó el préstamo, sin que la parte haya intentado prueba alguna en la dirección de acreditar, que dichos tipos eran exagerados o escandalosos en relación con los aplicados por otras entidades crediticias, como tampoco ha demostrado que se den alguno de los otros requisitos de la ley para declaración del préstamo usurario, tales como aprovecharse de una situación angustiosa del prestatario, que no se acredita".

⁷⁵⁸ Las sentencias recientes donde intereses muy elevados se no consideran usurarios: SAP Coruña 5 de julio de 2011: no es usurario un interés de demora del 28 % anual, por su consideración sancionatoria o penal. SAP Coruña 2 de junio de 2011: no se puede considerar el préstamo como usurario por el solo hecho de que se haya estipulado un interés nominal del 17,87 y el 23,03 TAE ni que se hubiera incluido un 4% de comisión de apertura y un 2% de comisión de estudio (aunque luego la AP considera abusiva la cláusula de interés). SAP Barcelona 7 de abril de 2011: no son usurarios unos intereses retributivos del 9% (TAE 10,33) porque para el año 2006, fecha en la que se firmó el contrato, no pueden considerarse usurarios. Y los de demora del 19%, tampoco lo son porque nunca lo son los moratorios. SAP Barcelona 22 de febrero de 2001: sí es usurario un interés ordinario del 34'30 % anual.

En sentido contrario, la SAP Álava, (672) de 13 de abril de 2011, donde la Audiencia declara abusivo que las entidades financieras fijen un tipo de interés de demora del 18%, en los préstamos con garantía hipotecaria. Y siguiendo la normativa de protección al consumidor, modera su cuantía a 2,5 veces el interés legal del dinero al firmarse el préstamo. Continúa diciendo que el hecho de acuerdo entre las partes no es impedimento alguno para analizar que la fijación de un interés de demora del 18% merece la calificación de abusiva. De este modo le aplica la legislación para persona física recogida en la Ley de Crédito al Consumo, declara la cláusula nula moderando el interés de demora a 2,5 veces el tipo de interés legal: 10,62%.

tradición en esta figura, están firmando operaciones en nuestro territorio nacional. Pero llama igualmente la atención como la nueva Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que sí ha incluido parte de las propuestas del Libro Blanco, no ha incluido este tipo de interés de demora, por ejemplo entre la información que debe facilitarse en la Ficha de Información Personalizada.

4.2. PACTO DE ANATOCISMO

En todas aquellas ocasiones en que los intereses producen intereses y estos últimos se estiman como un capital nuevo destinado a engrosar el capital inicial, siendo tratados jurídicamente como tales, nos encontramos ante la figura del anatocismo⁷⁵⁹. En esta figura, unida al préstamo con interés, el problema consistirá en ver dónde el pago de interés es lícito y dónde se convierte en usura, pero esta calificación va unida a las características económicas e ideológicas de cada época⁷⁶⁰. Efectivamente, este asunto enfrenta opiniones desde la antigüedad clásica. Caracalla decretó la nulidad de la cláusula por la que los intereses vencidos se capitalizaban y generaban a su vez nuevos intereses, a medida que fueran devengándose⁷⁶¹. Justiniano ordenó que en ningún modo fuera lícito acumular al capital los intereses del tiempo pasado o del futuro, y estipular luego intereses de los mismos⁷⁶².

A lo largo de la historia jurídica el pacto de anatocismo ha estado en general prohibido en su vertiente positiva y admitido en la práctica comercial, hasta que llegamos a compilaciones modernas donde dependiendo del país, será diferente el tratamiento de este pacto. Por ejemplo, el ordenamiento alemán establece la prohibición de interés compuesto con sanción de nulidad, mientras que la legislación italiana ha reducido el plazo para reclamar intereses vencidos de un año a seis meses.

Nuestro Código Civil, sin modificación desde el año 1889, precisa que el préstamo podría ser gratuito o con pacto de pagar intereses. No se presume la prestación accesoria de intereses, sino que se considera el préstamo como

⁷⁵⁹ GOMEZ ROJO, M. E., *Historia jurídica del anatocismo*. Librerías Proteo y Prometeo. Málaga, 2003. pág. 2.

⁷⁶⁰ En la antigüedad romana la deuda podía dar lugar a que el deudor respondiera con su persona, hasta la *Lex Poetelia Papiria* que en el 326 a.C. suprimió el *nexum*.

⁷⁶¹ C.4.32.10. GOMEZ ROJO, M. E., op. cit., págs. 15 y ss.

⁷⁶² C.4.32.28.

naturalmente gratuito, y exige pacto expreso o tácito de cobro de intereses, art. 1740 del CC, o el art. 314 del CCo. Así mismo, el art. 1108 del CC establece que *“la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal”*.

Y frente a la amplia tradición jurídica contraria a los intereses, el Código Civil se muestra permisivo con el anatocismo y, legalmente, presume su existencia en caso de reclamación judicial⁷⁶³. Así el art. 1109 del CC se dispone que *“los intereses vencidos devengarán el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio en este punto”*, y por su parte el Código de Comercio en el art. 317 establece que *“los intereses vencidos y no pagados no devengan intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”*. Luego el anatocismo se puede establecer por vía convencional o legal. Y a falta de pacto de un tipo de interés de demora, se entiende que el tipo de interés legal del dinero será el aplicable. Debemos tener muy claro que solamente se puede aplicar el anatocismo en el caso de deudas líquidas⁷⁶⁴. Por lo tanto, si la obligación guarda silencio sobre este tema, debemos distinguir entre obligaciones mercantiles y civiles, pues en el primer caso no habrá capitalización de intereses, de acuerdo con el art. 317 CCo., mientras que en las obligaciones civiles sí que lo habrá desde que son reclamadas judicialmente (art. 1109 CC).

Vamos a centrarnos en el anatocismo convencional como regla bancaria, y dejaremos aparte el anatocismo legal que difícilmente puede producirse en el caso de la hipoteca inversa. El anatocismo convencional es la regla general en la práctica bancaria, como se recoge y admite en numerosas sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 6 febrero 1906, 21 octubre 1911, 25 mayo 1945, 8 noviembre 1994), además como práctica bancaria, se encuentra recogido en todos los contratos bancarios⁷⁶⁵. No existirían para este pacto más limitaciones que las que establezca el ordenamiento jurídico, es decir, más que la legislación sobre la usura o la de los consumidores y usuarios.

Ya hemos mencionado que la hipoteca inversa nace como un préstamo, donde una de las partes contratantes es una entidad financiera o aseguradora que

⁷⁶³ GOMEZ ROJO, M. E., op. cit., pág. 78.

⁷⁶⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil de Obligaciones...*, op. cit., pág. 107.

⁷⁶⁵ A título de ejemplo, la mayoría de los contratos bancarios recogen una cláusula en términos similares a esta: *“...los intereses que no sean pagados a su vencimiento, de conformidad con el art. 317 del Código de Comercio, serán capitalizados y como tal, devengarán nuevos réditos...”*.

se dedica exclusivamente a ejercer el comercio, con lo cual parte de la doctrina y algunas sentencias del Tribunal Supremo⁷⁶⁶, lo califican como un contrato mercantil.

Analizando expresamente la sentencia del TS de 8 noviembre 1994, el Tribunal Supremo deja claro que nuestro ordenamiento jurídico admite el pacto de anatocismo por los siguientes motivos⁷⁶⁷:

a) El principio de autonomía de la voluntad permite este pacto al no ser contrario a la moral, ni al orden público, ni prohibido por la ley. (art. 1255 CC).

b) El citado art. 1109 del CC, admite expresamente, el anatocismo legal.

c) El art. 317 del CCo admite expresamente el anatocismo convencional, es decir, cuando las partes del contrato han pactado que los intereses devengados y no pagados se sumen al capital.

d) La figura del anatocismo puede ser pactada en el documento contractual, sin necesidad de una posterior convención.

e) Es una figura reconocida por la jurisprudencia del propio Tribunal.

f) Resuelta una práctica reconocida en los usos bancarios, como uso mercantil consolidado⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ Siguiendo a VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*. Vol. II. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. págs. 1451 y 1452, de acuerdo con el art. 311 del CCo. si uno de los contratantes es comerciante y las cosas prestadas se dedican al comercio estaremos ante un préstamo mercantil, de modo que si el destino es la inversión o el consumo, estaremos ante un contrato civil. Pero se establecen dos excepciones, siempre que se trate de préstamos con garantía de valores admitidos a negociación en el mercado secundario, art. 320.1 CCo. Estamos ante un contrato mercantil, y la doctrina y el Tribunal Supremo están de acuerdo, aunque haya alguna sentencia en contra de esta teoría en que los contratos bancarios, son contratos mercantiles.

⁷⁶⁷ La propia sentencia STS de 8 de noviembre de 1994, define anatocismo como la estipulación expresa, en préstamo mercantil, para que los intereses vencidos y no satisfechos se acumulen al capital para seguir produciendo los intereses pactados.

⁷⁶⁸ STS de 8 de noviembre de 1994: *“La respuesta que ha de corresponder al enunciado problema es de sentido afirmativo, y ello por las siguientes razones: 1.ª El principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil permite que las partes puedan celebrar el referido convenio, siempre que el mismo, además de no ser contrario a la moral, ni al orden público, no esté prohibido por la Ley, como no lo está, según veremos seguidamente. 2.ª El artículo 1109 del Código Civil, además de admitir en el inciso inicial de su párrafo primero el anatocismo legal, admite también el convencional, en el inciso siguiente de ese mismo párrafo primero, al decir «aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto», con lo que, «a sensu contrario», viene a admitir que las partes puedan pactar expresamente que los intereses pactados (vencidos y no satisfechos) puedan producir intereses. El citado precepto es aplicable, con carácter supletorio, a los contratos mercantiles (artículo 2 del Código de Comercio), siempre que en este Código no exista algún precepto específico que establezca lo contrario, cuyo precepto no sólo no existe, sino que el existente al respecto viene*

En definitiva, es un uso mercantil consolidado el que en los préstamos bancarios estipulen las partes que los intereses vencidos y no satisfechos se capitalicen para, en unión del capital, seguir produciendo intereses al mismo tipo pactado⁷⁶⁹.

Tras esta sentencia otras mantienen esta posición del tribunal, entre ellas la STS de 4 de junio de 2009, donde vuelve a reiterar los mismos argumentos aquí mencionados y la remisión expresa a esta sentencia, donde admite el tribunal el anatocismo convencional, pactado expresamente en el contrato de préstamo hipotecario. La hipoteca inversa supone un contrato único en el ámbito financiero, ya hemos comentado que las entidades financieras están acostumbradas a convenir préstamos con dos o más años de carencia, pero donde se abonan los intereses aunque no se devuelva parte del capital, incluso en casos excepcionales sin abono de intereses, pero, no es la situación al uso que durante 15 años no se devuelva ni capital, ni intereses. No existen operaciones en el mercado financiero sin abono de intereses, o devolución de capital, por lo que no resulta difícil de defender aquí la figura del anatocismo, en un contrato donde el prestamista no va recibir nada durante los próximos años, hasta el vencimiento de la operación, parece lógico, que al menos esos intereses aplazados en el cobro, sean capitalizados.

a confirmar aquél, como seguidamente decimos. 3.ª El artículo 317 del Código de Comercio que, en el inciso primero de su párrafo único, niega la posibilidad del anatocismo legal o de producción «ope legis», cuando dice que «los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses», admite expresamente, en cambio, el convencional, al decir en el inciso segundo de su referido párrafo único que «los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos». 4.ª El referido anatocismo convencional puede ser pactado por las partes en el mismo contrato originario de préstamo mercantil con interés, sin necesidad de ninguna convención posterior para ello, como los recurrentes apuntan en el desarrollo del motivo, toda vez que la liquidez de los intereses vencidos y no satisfechos se produce automáticamente por la simple aplicación del tipo de interés pactado al capital prestado y al tiempo transcurrido hasta el vencimiento de dichos intereses. 5.ª Esta Sala tiene expresamente reconocida la validez del anatocismo convencional [Sentencias de 6 febrero 1906, 21 octubre 1911 y 25 mayo 1945 (RJ 1945\588)], cuya doctrina jurisprudencial, aunque referida al artículo 1109 del Código Civil, es también aplicable al 317 del Código de Comercio, por cuanto este precepto no sólo no contradice a aquél, sino que lo confirma en lo que al anatocismo convencional se refiere, como anteriormente hemos dicho. 6.ª Es uso mercantil consolidado el que en los préstamos bancarios estipulen las partes que los intereses vencidos y no satisfechos se capitalicen para, en unión del capital, seguir produciendo intereses al mismo tipo pactado.»

⁷⁶⁹ A título de ejemplo y de forma muy elemental, imaginemos un préstamo por importe de 100.000 euros a un plazo de 10 años a un tipo de interés de 5%. En el caso de aplicar un interés simple el importe total a devolver tras los diez años sería: $C_n = C_0 \times (1 + n \times i) = 150.000$ euros. Mientras que en el caso de capitalizar los intereses a lo largo de los diez años, el montante total sería, $C_n = C_0 \times (1 + i)^n = 162.889.46$ euros.

De hecho, en algunas Resoluciones de la DGRN, esta instancia se desentiende de este problema al considerar que el pacto de anatocismo se considera una cláusula obligacional que no debe acceder al Registro de la Propiedad⁷⁷⁰. Pero también debemos tener en cuenta que resulta del principio hipotecario de especialidad que los intereses de una hipoteca deben estar plenamente identificados *a priori*. La DGRN considera que el pacto de anatocismo será válido en el plano obligacional, pero en el ámbito hipotecario, sólo pueden reclamarse en cuanto intereses dentro de los límites legales pactados, pero nunca englobados con el principal, pues deben observarse las limitaciones legales de la responsabilidad hipotecaria establecida en perjuicio del tercero, art. 114 CC y 220 RH. No obstante, estos conceptos en opinión de numerosos autores deberían ser revisados⁷⁷¹. Efectivamente, estos conceptos van a ser el caballo de batalla, tanto en la hipoteca inversa, como en todo tipo de hipotecas de máximo. Siguiendo a los profesores CARRASCO PÉREZ y CORDERO LOBATO, estos han buscado como solución al problema de capitalización de los intereses, canalizar la hipoteca inversa a través de una cuenta corriente de crédito del art. 153 LH⁷⁷². En ese caso, tanto el capital como los intereses pueden ser asegurados mediante la determinación de una cantidad máxima de responsabilidad, sin necesidad de fragmentar el máximo, ya que todas las obligaciones, restitución del capital, intereses de todo tipo, comisiones, costas y gastos, pueden ir a un único máximo, en una única hipoteca.

En definitiva podría admitirse que en las hipotecas de máximo (art.153 LH), los intereses se conviertan en capital, aunque no necesariamente por efecto de un pacto de anatocismo, pues en este caso requeriría que los intereses hubieran vencido, sino como efecto de otro pacto diferente, de capitalización de intereses, por el cual los intereses devengados se suman al capital devengando nuevos intereses y, todo ello, por encima del plazo de cinco años establecido en

⁷⁷⁰ Por ejemplo, la Resolución de la DGRN 14 de marzo de 2008, especifica que: “...Sin embargo carece de trascendencia real la inscripción de la cláusula que ahora se discute, razón por la cual no debe acceder al Registro, sin que se prejuzgue ahora, si en el plano obligacional, es lícito el pacto de anatocismo.”

⁷⁷¹ URÍA FERNÁNDEZ, F., op. cit., pág. 33, en consonancia con la doctrina de CARRASCO PERERA. A. y CORDERO LOBATO. E, “La hipoteca inversa...”, op. cit., pág. 17, pese a la “...lógica finalidad protectora del deudor hipotecario, no puede mantenerse en un supuesto tan singular como el de la hipoteca inversa, en el que capital e intereses se transmiten globalmente a los herederos en el caso de que decidan cancelar el préstamo, resultando enteramente lógico el devengo de interés sobre esa cifra global a partir del momento en que se produzca el fallecimiento del causante y prestatario. Se trata, sin duda, de una cuestión sobre la que sería deseable un rápido pronunciamiento de la Dirección General de Registros y Notariado.”

⁷⁷² CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., op. cit., pág. 3.

el art. 114 LH. En la práctica son muchos los casos donde se capitalizan los intereses como por ejemplo en el caso de hipotecas donde los primeros meses se establece un periodo de carencia total, sin pago de capital, ni de intereses, cuando comienza el pago los intereses devengados se capitalizan generando nuevos intereses, o en el caso de algunas hipotecas donde inicialmente se paga una cuota inferior durante un periodo, igualmente los intereses que se han aplazado se capitalizan⁷⁷³. Lo que ocurre es que esta situación resulta especialmente llamativa en esta figura por la falta de amortización a lo largo de tantos años.

Siguiendo esta idea, la DGRN en sus últimas resoluciones de 1 de octubre de 2010, 2 de noviembre de 2011 y 11 de enero de 2011 ha dado una solución, que sorprende por su sencillez. La DGRN sostiene que la hipoteca inversa no es un préstamo, sino un crédito, canalizando la hipoteca inversa a través de un crédito hipotecario, con apertura de cuenta corriente o no, lo que significa que los intereses deben sumarse al capital, hasta el límite del crédito, sin que ello suponga un pacto prohibido de anatocismo⁷⁷⁴. En la estructura de la cuenta corriente de crédito, prosigue la DGRN: “...como ha señalado la doctrina más autorizada, en rigor tras cada vencimiento no hay intereses exigibles con

⁷⁷³ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 129.

⁷⁷⁴ Resoluciones de la DGRN de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero de 2011: “...Sobre esta cuestión es ilustrativo lo que, respecto de la hipoteca inversa, se indica en el Preámbulo de la Ley 41/2007, ya que facilita enormemente tanto la comprensión del problema analizado como la finalidad perseguida por el legislador: «...Hacer líquido el valor de la vivienda... Por ello es lógico que, dado que los intereses devengados no son pagaderos hasta el fallecimiento del acreditado, puedan acumularse al capital, pues el interés ya devengado hasta entonces no puede ser reclamado –ni garantizarse por tanto– por separado....Como ya señalaran las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de junio y 13 de julio de 1999 y la posterior de 4 de julio de 2001, «la atipicidad del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente permite un amplio juego a la autonomía de la voluntad de las partes, de suerte que, en lo que a los intereses se refiere, tanto puede convenirse que los mismos se contabilicen como una partida más de adeudo en la cuenta, perdiendo así su exigibilidad aislada, como que se configuren como créditos independientes, aunque accesorios del principal, que al no asentarse en aquélla serán exigibles con independencia del saldo de liquidación que la misma arroje. No obstante, incluso en el primero de los supuestos, su adeudo ha de entenderse que tan sólo es vinculante para el concedente del crédito en la medida en que el saldo de disponibilidad de la cuenta lo permita, pues tan sólo hasta el límite fijado está obligado a conceder crédito y a asentar como partidas de cargo las convenidas, y tan sólo hasta ese límite es el contrato de apertura de crédito el título que permita la exigibilidad del saldo de liquidación». Y esta es precisamente la fórmula prestacional acogida en el contrato examinado (y no sólo en cuanto a los intereses, sino también en cuanto a comisiones y gastos), al pactarse que la cuenta corriente aperturada «reflejará como partidas de adeudo las cantidades de que el acreditado disponga inicialmente conforme a lo indicado en la estipulación precedente, más los intereses, comisiones, impuestos y gastos... que se devenguen o adeuden», intereses que se calculan sobre el saldo deudor existente en cada momento, al tipo pactado, con devengo diario y liquidaciones mensuales”.

independencia sino que, de acuerdo con lo pactado, sólo son objeto de anotación como una partida de cargo más de la cuenta corriente. Por ello, la hipoteca no garantiza de forma separada e independiente cada vencimiento de intereses, sino sólo el saldo final de la cuenta. De forma que hasta que no se determina el saldo final al cierre de la cuenta no hay ninguna deuda impagada, ni por capital ni por intereses. Y ello es así porque sólo con el saldo final surge la deuda exigible y sólo en relación con ésta puede preverse que la garantía, a partir de la fijación de dicho saldo, se extienda a los intereses sucesivos, intereses que, por ser de deuda vencida y no satisfecha, serán intereses moratorios. Por ello, en rigor en estas hipotecas no puede hablarse de una capitalización de los intereses ordinarios vencidos, ni resulta aplicable en puridad la regla del artículo 317 del Código de comercio conforme a la cual los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, por cuanto que respecto de estos intereses no procede exigir su pago, sino sólo su cargo en la cuenta, sin que pueda hablarse con propiedad de intereses impagados respecto de los todavía no exigibles”.

Al mismo tiempo, y como veremos más adelante, soluciona así el conflicto que pudiera existir con el principio registral de especialidad que en el ámbito del derecho real de hipoteca exige la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal y por intereses.

No parece tampoco que el legislador estuviera pensando en prohibir o no el pacto de anatocismo a la hora de diseñar la hipoteca inversa. El hecho de establecer un momento posterior de vencimiento, obedece a la necesidad de proteger al deudor para evitar que pueda perder en vida su vivienda, no a pronunciarse sobre la fórmula de cálculo de intereses. Si bien es posible que llegar a la nulidad del pacto de anatocismo puede hacer la hipoteca inversa inviable económicamente para las entidades financieras⁷⁷⁵.

4.3. COMISIONES Y LA TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE)

El TAE era uno de los elementos que pretenden dar al consumidor algo de luz sobre el coste efectivo de su préstamo, es decir, debería suponer un instrumento de armonización para asegurar la capacidad de comparación y de calidad de la información, donde había que revisar y unificar su método de

⁷⁷⁵ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 133: “La nulidad del pacto de anatocismo tendría como efecto positivo un abaratamiento de la hipoteca inversa, sin embargo tal vez pudiera redundar en términos globales en su perjuicio. Si se reduce la rentabilidad del producto financiero posiblemente se desincentive a las entidades de crédito para ofertar de un modo efectivo esta modalidad hipotecaria, y si lo hacen, será con unos tipos de interés tan elevados que pueden disuadir a los potenciales prestatarios de contratar un préstamo garantizado con hipoteca inversa...- el asesoramiento cobra aquí una vital importancia-... “

cálculo y definición de los elementos que lo componen⁷⁷⁶. Pendiente de promulgación de una nueva Directiva Europea de Crédito Hipotecario, la Propuesta actual hace una remisión en este tema, para que con el criterio de unificar sistemas se utilicen las disposiciones de la TAE que se contienen en la Directiva de Crédito al Consumo que se pueden extender al crédito hipotecario, siempre en la búsqueda de una integración de los mercados europeos⁷⁷⁷. La podríamos definir como el tipo de interés resultante de añadir al tipo de interés nominal, el resto de los gastos financieros⁷⁷⁸.

No obstante, debemos diferenciar entre TAE, y Coste Total de la Hipoteca Inversa. Este segundo concepto incluye todos los gastos, como pueden ser los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el cliente deba pagar en relación con el contrato de hipoteca inversa y que sean conocidos por la entidad, con excepción de los gastos de notaría. El coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de préstamo, en particular las primas de seguro, se incluyen asimismo en este concepto si la obtención del préstamo en las condiciones ofrecidas está condicionada a la prestación de tales servicios.

De igual modo, en EEUU con la misma finalidad de intentar comparar el costo total real de las hipotecas inversas y otro tipo de préstamos se utiliza este

⁷⁷⁶ Tasa Anual Equivalente. Cuyo cálculo se debe articular con arreglo a las disposiciones y mediante la fórmula contenidas en la Circular del Banco de España nº 8/1990, de 7 de septiembre (B.O.E. de 20 de septiembre), modificada por las también Circulares del Banco de España núm. 22/1992 (B.O.E. del 26 de siembre), 13/1993 (B.O.E. del 31 de diciembre), 5/1994 (B.O.E. del 3 de agosto), 3/1996 (B.O.E. del 13 de marzo) y 4/1998 (B.O.E. del 13 de febrero). Y recientemente recogida en la Ley 16/2011 de 24 de junio de contratos de crédito al consumo. Por último la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (B.O.E. del 29 de octubre)

⁷⁷⁷ Así se estipulaba en el ECOFIN SVFIN 05, Libro Blanco sobre Crédito Hipotecario. Y así se contiene en la Propuesta de Directiva de crédito hipotecario. COM (2011) 142 final. Bruselas, 31 de marzo de 2011. *“Exige que, en el caso de los productos hipotecarios, se utilice la definición de tasa anual equivalente (TAE) que establece la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, que establece normas a nivel de la Unión Europea en materia de contratos de crédito al consumo. En el anexo I se detalla el método de cálculo de la TAE y se establecen disposiciones con vistas a la modificación de dicho método para tener en cuenta la evolución del mercado.”*

⁷⁷⁸ Incluye el tipo de interés nominal, los gastos y comisiones bancarias calculando un nuevo tipo de interés en función así mismo, del plazo de la operación. A diferencia del tipo de interés, recoge los gastos y las comisiones, es decir, la compensación completa que recibe el propietario del dinero por cederlo temporalmente. En el art. 31 de la EHA/2899/2011, de 28 de octubre se intenta determinar cuáles serán los elementos, comisiones, gastos que la integran a fin de determinar el coste efectivo del préstamo. Como dato novedoso incluye así mismo, las comisiones de las cuentas o medios de pago que fueran unidos al préstamo y necesarios para su disposición.

concepto. Por esa razón, la Ley federal sobre la veracidad en los préstamos *Truth-in-Lending*, exige que los prestadores den a conocer el “Costo total anual de préstamo” (*Total Annual Loan Cost*, TALC)⁷⁷⁹.

Por lo general en el caso de las cuentas corrientes de crédito, las entidades financieras cobran además una comisión por disponibilidad de la operación sobre el saldo no dispuesto, y esta comisión puede resultar gravosa a lo largo de los años, ya que se suele cobrar en cada liquidación, bien sea mensual o trimestral. Entre otras comisiones posibles que afectan a este préstamo estará la comisión de apertura o la comisión de estudio al inicio de la operación, o la comisión por el servicio de asesoramiento⁷⁸⁰. Otra comisión generalmente pactada, es la de modificación de condiciones, que algunas entidades cobran cada vez que aceptan una disposición extraordinaria, o por la paralización de las disposiciones, o ampliaciones o reducciones de las rentas, etc.

⁷⁷⁹ The total amount loan cost or "TALC" rate is the average cost of the loan, including all fees, projected into future years. This number gives you another benchmark to evaluate the loan and compare loans. Y generalmente, el LIBOR, suele ser el referente utilizable para variable.

⁷⁸⁰ La información sobre estos conceptos estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente. De acuerdo con la orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

VI. CAPITULO SEXTO: CONSTITUCIÓN, INSCRIPCIÓN Y RÉGIMEN FISCAL.

1. REGIMEN DE TRANSPARENCIA Y COMERCIALIZACION

1.1. DESARROLLO NORMATIVO

Debemos partir de que la Ley 41/2007 modifica de modo especial la transparencia y la información a los consumidores de créditos y préstamos hipotecarios⁷⁸¹. Y nos paramos en este punto, porque el principio de transparencia debe intervenir con especial intensidad en el ámbito de la contratación bancaria, donde debe considerarse como la herramienta más indicada para hacer realidad la protección del cliente bancario⁷⁸², y porque la transparencia es un pilar básico en los contratos de adhesión, de los que los préstamos con garantía hipotecaria son la modalidad que nos ocupa⁷⁸³.

De la misma manera, en su art. 1.2 de la Ley, se amplía la autorización al Ministro de Economía y Hacienda para que, siempre teniendo en cuenta la regulación y las prácticas de la UE, e intentando la convergencia en estas materias, determine la información mínima que las entidades de crédito deben facilitar a sus clientes con anterioridad a la firma de cualquier contrato. Así esta información precontractual deberá permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos que puede contratar y evaluar si tales productos se

⁷⁸¹ La propia Ley 41/2007, introduce nuevas medidas de transparencia en los créditos, como la modificación del art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, donde "... a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos".

⁷⁸² PÉREZ RIVARÉS, J. A., op. cit., pág. 62 y ss.

⁷⁸³ En todo caso las entidades estarán obligadas a informar de los riesgos económicos de las operaciones en los términos genéricos establecidos igualmente en la legislación de consumo. Art. 60 y ss. TRLGDCU. En general, "...deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

ajustan a sus necesidades y a su situación financiera concreta⁷⁸⁴. Si bien esta legislación está prevista para los préstamos firmados por las entidades financieras recogidas en la LMH, a estas entidades también les afecta la ley 22/2007 de 12 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores⁷⁸⁵. Estas operaciones en el futuro serán cada vez más frecuentes.

Igualmente, la Ley 41/2007 ampliaba el ámbito de actuación de la ley 26/1988 que a su vez había sido desarrollada por la OM de 5 de mayo de 1994⁷⁸⁶, de modo que toda la “*La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos*”, frente a la OM mencionada que restringía la información a los préstamos hipotecarios contratados por persona físicas, cuya carga hipotecaria se constituía sobre la vivienda, por importe inferior a 150.000€. En materia de transparencia, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de crédito al consumo aporta nuevos requisitos en esta materia para estos créditos. Pero queda pendiente un desarrollo similar para el crédito hipotecario, si bien es cierto que algunas Comunidades Autónomas han comenzado esta labor. Parece que la demanda social y jurídica se centra no sólo en conseguir unos contratos claros y comprensibles para los contratantes, sino también en un régimen de sanciones a las entidades, destinadas a velar por el cumplimiento de todos los requisitos y evitar abusos frente a la parte más débil⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ PÉREZ RIVARÉS, J. A., op. cit., pág. 63.

⁷⁸⁵ En el Preámbulo de la Ley 22/2007, se dibuja el contenido de la misma como la regulación específica sobre comercialización a distancia de los servicios financieros, dentro del objetivo general de ofrecer una adecuada protección a los clientes consumidores de servicios financieros, contiene elementos peculiares.

⁷⁸⁶ Actualmente derogadas por la EHA/2899/2011 antes recogida por circulares del Banco de España como la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificada a su vez por la circular 5/1994 del Banco de España de 22 de julio. Esta OM es de aplicación igualmente a los préstamos transfronterizos, es decir aquellos en los que intervenga un español o residente en España o una entidad financiera habilitada para actuar en España o sobre vivienda en España, de acuerdo con la Resolución de la DGRN de 21 de febrero de 2002, y actualmente recogido en EHA/2899/2011 art.1. “... *servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales, en territorio español por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras...*”.

⁷⁸⁷ La nueva Ley 16/2011, de 24 de junio, de crédito al consumo viene a sustituir a la norma de 1995, y que entró en vigor el 25 de septiembre, trasponer la nueva Directiva sobre la materia, (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo). La Comunidad de Madrid, ya tiene preparado un Proyecto de Ley de Transparencia hipotecaria, donde destaca el hecho de que se recogen importantes sanciones a conductas engañosas por partes de las entidades.

Curiosamente con la publicación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, el legislador se auto-recuerda en su Disposición Adicional 43^a, que tiene pendiente el desarrollo del régimen de transparencia y asesoramiento de la hipoteca inversa, y se autoimpone el plazo de un año para elaborarlo⁷⁸⁸.

Por último, la publicación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios trata de concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia, superando la dispersión normativa en la materia (como su preámbulo expresa intenta el diseño de un “nuevo sistema de transparencia, en línea con la normativa ya aprobada de crédito al consumo y con la normativa proyectada en el ámbito europeo, se diseña sobre una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual.”⁷⁸⁹).

⁷⁸⁸ Ley 27/2011, DA 43^a. “Desarrollo reglamentario de la Hipoteca inversa”.

El Gobierno, en el plazo de 1 año, aprobará las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica 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 y por la que se establece determinada norma tributaria, en relación a la regulación de hipoteca inversa, previendo:

- 1. El establecimiento de las condiciones, forma y requisitos para la realización de las funciones de asesoramiento independiente a los solicitantes de hipotecas inversas.*
- 2. El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa.”*

⁷⁸⁹ El Banco España en su web, señala que la nueva Orden se aplicará a los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales, en territorio español por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras. Su objetivo es doble: por un lado, desarrollar los avances en materia de transparencia bancaria introducidos por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, relativos a la protección del cliente bancario. Por otro, concentrar en un único texto la dispersión normativa existente en relación con la transparencia y protección de la clientela, con el fin de mejorar su claridad y accesibilidad al ciudadano. La normativa sobre transparencia surge en España como desarrollo del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, desarrollándose por las importantes Ordenes de 12 de diciembre de 1989 y de 5 de mayo de 1994 que ahora se derogan por haber quedado obsoletas. En los últimos años, la legislación financiera de transparencia ha seguido avanzando en determinadas áreas sectoriales como: La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación, que extiende el régimen de transparencia a otros intermediarios financieros diferentes de las entidades de crédito; la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, o la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, de este mismo año, trata de avanzar en materia de transparencia bancaria en un doble sentido: Introduciendo regulación acerca de la responsabilidad en el préstamo y facultando a la Ministra de Economía y Hacienda, para que en seis meses aprobara la presente norma.

En el caso de la hipoteca inversa que nos ocupa esta Orden ha hecho realidad la habilitación de la DAP punto 3, de la Ley 41/2007 para que el Ministerio de Economía y Hacienda estableciera su régimen de transparencia y comercialización, y de igual modo, de acuerdo con el punto 4 de la DAP, determine los mecanismos que deban regir el asesoramiento independiente necesario.

1.2. RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA EN LA HIPOTECA INVERSA.

La orden dedica la Sección 6ª a la hipoteca inversa, en concreto el art. 32: “Régimen de transparencia. Esta orden se aplicará a las hipotecas inversas comercializadas en España conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica 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 y por la que se establece determinada norma tributaria, con las siguientes especificidades:

a) Será obligatoria la entrega de la oferta vinculante a la que se refiere el artículo 23.

b) Será obligatoria la prestación, a más tardar con motivo de la entrega de la oferta vinculante, de un servicio de asesoramiento independiente y previo en los términos previstos en el artículo 10.

c) Las fichas a las que se refieren los artículos 21 y 22 se ajustarán a lo previstos en el anexo III y IV y, adicionalmente, el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones elaborarán conjuntamente una «Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa» en términos adaptados y análogos a los previstos en el artículo 20.”

Vamos a seguir un orden cronológico de entrega de documentos, siguiendo el régimen de transparencia precontractual y contractual.

En primer lugar, la norma encarga al Banco de España que elabore una Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario, en general y una Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa en particular, desarrollada junto con la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. La finalidad perseguida es que quienes demanden servicios bancarios de préstamos hipotecarios dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación. En realidad este guía sustituye al antiguo folleto informativo que era elaborado por cada una de las entidades pero siguiendo los

parámetros normalizados en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁷⁹⁰.

Y en segundo lugar, igualmente se entregará al futuro deudor, la Ficha de Información Precontractual (FIPRE). Aunque la Orden haya recogido un modelo específico de Ficha de Información Precontractual para la hipoteca inversa, no hace obligatoria su entrega, sino que simplemente se deberá proporcionar a los clientes que la soliciten, como en el caso de cualquier otro servicio, donde se entregará información clara y suficiente sobre los préstamos que se ofertan.

Por el contrario, en la fase de contratación, entra en juego la Ficha de Información Personalizada (FIPER), que sí se entregará de forma obligatoria y gratuita a todos los futuros clientes, una vez que el cliente haya facilitado la información que requiera la entidad sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias. Así a través de la FIPER se proporcionará la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato.

Llama la atención en el caso de la Ficha de información Personalizada, específica de la hipoteca inversa, la importancia que da a una serie de recomendaciones o advertencias impresas, que son de valorar muy positivamente. Aclaran al cliente todos los riesgos que asume al contratar este tipo de hipotecas⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ Esta guía estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, a disposición de los clientes de forma gratuita, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España. La información que cualquier entidad bancaria debía facilitar previa a la formalización del crédito anteriormente era un folleto informativo normalizado, y gratuito, que en la práctica, generalmente estaba a disposición de los clientes en las páginas de Internet de las entidades bancarias. La OM de 5 de mayo de 1994, regulaba el contenido y el orden en que este contenido debe aparecer en el folleto, de cara a facilitar a los posibles prestatarios la comparación de las condiciones entre distintas entidades. El caso de no entrega del folleto informativo al deudor, o igualmente la posterior no entrega de la oferta vinculante, podría dar lugar no a la nulidad de la operación pero sí a la anulabilidad del negocio convenido.

⁷⁹¹ *“Le rogamos tome nota de los riesgos que conlleva un préstamo hipotecario. Puede usted perder su vivienda o el uso de la misma en caso de que [circunstancias contractuales que la ocasionarían]. Responde usted ante [nombre de la entidad] del pago de la hipoteca inversa no solo con su vivienda sino con todos sus bienes presentes y futuros.*

Una vez que le se le ha facilitado información sobre el producto propio de la entidad, resulta igualmente obligatorio que al cliente potencial de hipoteca inversa se le preste un servicio de asesoramiento independiente previo a la contratación, como determina la norma *a más tardar con motivo de la entrega de la oferta vinculante*, donde se le asesorará sobre los productos del mercado.

Del art. 32 analizado, se desprende que la oferta vinculante es obligatoria en el caso de la hipoteca inversa. Resulta interesante este punto puesto que en el caso del resto de préstamos hipotecarios contratados por persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, la oferta vinculante ha dejado de ser obligatoria frente a legislación anterior y ahora el cliente simplemente podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante. Es decir, una vez que la entidad y cliente han mostrado su voluntad de contratar un préstamo hipotecario, cuando se disponga de tasación del inmueble y se hayan efectuado las comprobaciones oportunas sobre situación registral y capacidad financiera del cliente, éste podrá solicitar la oferta vinculante. La norma habilita a la entidad para que cuando la información de la Ficha de Información Personalizada y la Oferta vinculante sea la misma, solamente se entrega un documento, (en realidad el documento Oferta Vinculante es igual que la Ficha de Información Personalizada con la salvedad de que cambia de nombre y se le añade un plazo de validez). Efectivamente, esta oferta por escrito, individualizada, donde se deben contener todas las condiciones financieras del futuro préstamo, reglada en cuanto a contenido y orden, para que resulten más fácilmente comparables entre sí, y por supuesto resulta vinculante

Tiene usted derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante, con la antelación de 3 días hábiles previos a su formalización ante el mismo.

Debe tener en cuenta el hecho de que los abonos que percibirá no son vitalicios sino que tienen un límite temporal que es [fecha de último abono].

Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo no permanece fijo durante todo su período de vigencia.

Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado].

El presente préstamo no se expresa en euros. Tenga en cuenta que el importe en euros que necesitará para reembolsar el préstamo variará en función del tipo de cambio de [moneda del préstamo/euro].

Al margen de lo recogido en la presente ficha, tendrá que pagar otros tributos y gastos (si ha lugar), p.ej., gastos notariales”

respecto a la entidad financiera, que queda obligada a firmar la operación en las condiciones que incorpore.

Esta oferta vinculante tiene una validez ampliada de catorce días, frente a los diez días de validez vigente en la legislación anterior, y cumple una finalidad equivalente a la existencia de un periodo de reflexión⁷⁹². De modo que el futuro deudor disponga de tiempo suficiente para comparar otras opciones u ofertas, con un documento individualizado entre sus manos y tomar así la última decisión. Llama la atención que se ha suprimido la exigencia de que figure el interés de demora, a pesar de que es un dato importante en cualquier préstamo.

Para la firma de la escritura también cuenta con un periodo de tres días para revisar la minuta de escritura en el despacho del notario, antes del día del otorgamiento, una minuta que contendrá las mismas condiciones financieras que la oferta vinculante. No obstante, el contratante podrá renunciar a este derecho siempre y cuando la escritura se otorgue en la notaría, no cuando la firma se emplace en la entidad financiera, como sucede en muchas ocasiones.

Entre las labores del notario estará confirmar que efectivamente el cliente ha recibido la Ficha de Información Personalizada, y la concordancia entre las condiciones financieras ofrecidas al cliente en ésta o en su defecto en la Oferta Vinculante, y las cláusulas financieras de la escritura pública, donde deberán constar separadas del resto de cláusulas y no serán desvirtuadas por el resto de condiciones. Si existe alguna discrepancia entre la información reflejada en la oferta vinculante y las condiciones efectivamente plasmadas en la escritura, el deudor puede, bien negarse a firmar la escritura puesta a su disposición o exigir el cumplimiento de la oferta aceptada como parte del contrato⁷⁹³. Especial énfasis pone la norma en el caso de operaciones a tipo de interés variable, donde los notarios deberán advertir expresamente al hipotecante cuando el índice de referencia utilizado no sea uno de los índices oficiales incluidos en el art. 27, con el fin de preservar al cliente de una posible influencia de la entidad en el mismo, cuando el tipo de interés aplicable durante el primer periodo sea inferior al que correspondería de aplicar el tipo de interés pactado para periodos posteriores y, sobre todo, en el caso de cláusulas techo y suelo, en especial si sólo se ha

⁷⁹² PÉREZ RIVARÉS, J. A., op. cit., pág. 65.

⁷⁹³ Señalan estos autores CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., op. cit., pág. 707, como oferta vinculantes integraría el contrato por imperativo del art. 1258 del CC “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley*”.

establecido un límite a la bajada del tipo de interés, situación que sólo beneficiaría a la entidad financiera.

La normativa en materia de transparencia impone además una serie de condiciones que deberán cumplir las comunicaciones recibidas por el prestatario a lo largo de la vida del préstamo, como el contenido de los documentos de las liquidaciones, con la expresión del importe de las amortizaciones, cuotas, capital, o la notificación de las variaciones de tipo de interés en el caso de préstamos a tipo de interés variable, plazos requeridos, etc.

Vamos a detenernos en la inclusión en la norma de los *servicios bancarios vinculados*, concepto que no se había regulado hasta el momento. En el art. 12 la norma trata de velar porque la información facilitada sea clara en cuanto a cuáles son los servicios bancarios que están vinculados en su contratación; si se pueden contratar de forma separada; y qué consecuencias y coste supone para el cliente la no contratación o cancelación anticipada de estos servicios vinculados. De algún modo se institucionaliza una práctica bancaria que en algunos momentos puede resultar abusiva, al cargar con productos no deseados al cliente que en este caso únicamente desea una hipoteca inversa y para que el tipo de interés de la misma sea asequible debe contratar además tarjetas, seguros, etc.

Igualmente, con respecto a las comunicaciones a clientes, se detalla específicamente que las entidades de crédito deberán facilitar la información que permita a los herederos de un cliente, una vez acreditada tal condición, conocer su situación patrimonial en la entidad de crédito al tiempo del fallecimiento del causante. Aunque resulte una práctica habitual, nunca está demás que lo recoja la norma.

2. FUNCIONES DE ASESORAMIENTO

En nuestro ordenamiento, así como en el resto de los países de la Unión Europea, se ha introducido un nuevo concepto respecto a los consumidores primero de servicios financieros en general y, ahora, de productos hipotecarios, puesto que se distingue entre dos servicios diferentes prestados por las entidades financieras: información y asesoramiento. La preocupación del legislador porque la información que llega al consumidor sea cada vez mayor, más clara y de fácil comprensión se refleja durante el año 2007 con la entrada en vigor de la

Directiva 2004/39/CE MIFID relativa a mercados de valores⁷⁹⁴, la propia Ley 41/2007, e incluso el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea⁷⁹⁵, donde se abundaba en el tema del asesoramiento independiente⁷⁹⁶. Aunque debemos concluir que la Directiva 2008/48/CE de Crédito al Consumo, excluye estos préstamos sobre bienes inmuebles, no obstante consideramos como hemos expuesto en varias ocasiones, que debido a que la finalidad de la hipoteca inversa no es la adquisición de un inmueble, como en las hipotecas de amortización, sino el consumo, y sobre todo debido a las especiales características de sus deudores, hubiera sido deseable su inclusión, atendiendo a la figura de consumidor, en lugar de atender al tipo de crédito⁷⁹⁷. El legislador es consciente de los abusos y fraudes a que está sometido el consumidor, y al igual que años atrás a través de distintas leyes, ahora intenta protegerlo en mercados más complejos, como el de capitales, o el mercado hipotecario.

⁷⁹⁴ La Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, sobre Mercados de Instrumentos Financieros (en adelante, MIFID, según sus siglas en inglés MARKETS IN FINANCIAL INSTRUMENTS DIRECTIVE) y sus Directivas y Reglamentos de desarrollo entró en vigor el 1.11.2007. Desde la perspectiva de las entidades que prestan servicios de inversión, la nueva regulación incide tanto en la RELACIÓN DE LAS ENTIDADES CON SUS CLIENTES como en la existencia de ESTRUCTURAS DE GOBIERNO Y ORGANIZATIVAS adecuadas y orientadas a crear una cultura general de control de riesgos y, muy en particular, de control de los riesgos de perjuicio al mercado y a los inversores debidos a los conflictos de interés en el seno de las entidades y de los grupos en los que se integran. http://www.cnmv.es/inversores/esp/index_no.html.

⁷⁹⁵ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. “White Paper on the Integration of UE Mortgage Credit Market“. Bruselas, 18.12.2007. donde se postula la necesidad, de cara a una mayor integración de los mercados, de mejorar la información precontractual, el tipo de interés anual efectivo (TAE) , la concesión responsable de los préstamos y la posibilidad de establecer un régimen europeo de amortización anticipada. Llega incluso, a sugerir trasladar el deber de dar explicaciones contenidas en la propuesta de Directiva sobre crédito al consumo, para hacerlas extensivas al crédito hipotecario. págs. 6 y ss.

⁷⁹⁶ No es de extrañar como puntualiza URÍA FERNÁNDEZ, F., “Conclusiones provisionales a propósito de la Ley 41/2007”. *RDBB*, núm. 112, Octubre-Diciembre 2008. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2008., pág. 32, que la terminología utilizada en la DAP le recuerde a los términos de MIFID.

⁷⁹⁷ Preámbulo de la citada Directiva reza “*Conviene excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva los contratos relativos a la concesión de un crédito que esté garantizado por una hipoteca sobre un inmueble, dado que este tipo de crédito tiene un carácter muy específico*”.

2.1. DIFERENCIA ENTRE INFORMACIÓN Y ASESORAMIENTO

El legislador europeo, quiere hacer llegar el mismo nivel de protección al consumidor de crédito hipotecario, persona física adquirente de vivienda, que al consumidor de préstamos al consumo, de modo que había englobado a ambos en su protección general de crédito al consumo: *“A tal efecto, la presente recomendación invita a las entidades de crédito a proporcionar a los clientes dos conjuntos de información armonizada, uno con información general y otro con información personalizada; esta última debe presentarse en una "Hoja europea normalizada de información”*⁷⁹⁸.

El Libro Blanco⁷⁹⁹ busca, entre otros objetivos, aumentar la confianza de los consumidores en un mercado donde los consumidores estén bien informados y sean capaces de buscar y elegir el producto hipotecario más adaptado a sus necesidades, por este motivo en el mercado se debe disponer de información clara, correcta, completa y comparable sobre los distintos productos hipotecarios. Al mismo tiempo, resulta esencial que los prestamistas hipotecarios otorguen préstamos de manera responsable, analizando la capacidad del prestatario para hacer frente al pago de la deuda en los plazos establecidos.

La política MIFID, como trasposición de la Directiva 39/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los instrumentos financieros⁸⁰⁰, y en defensa e información al cliente minorista introduce en nuestro ordenamiento nuevos deberes de información y asesoramiento ante la complejidad de las cláusulas financieras. MIFID es la primera norma que introduce el concepto de asesoramiento al consumidor de un producto financiero al mismo tiempo que califica determinados productos como *“complejos”*, y *“no complejos”* atendiendo a la dificultad que puede encontrar el consumidor para su comprensión, a la necesidad de información requerida, y a la formación financiera necesaria para entender el producto. Se empieza a clasificar los productos atendiendo a la habitualidad del consumidor en la contratación de estos productos, y a su fácil o difícil comprensión. A partir de su calificación

⁷⁹⁸ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. RECOMENDACION DE LA COMISION, "relativa a la información precontractual...", op. cit., pág. 2.

⁷⁹⁹ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. “Libro Blanco...” op. cit., pág. 5. La Comisión es consciente de que habrá que promover criterios rigurosos de asesoramiento hipotecario, admitiendo, que no todos los consumidores precisan un mismo nivel de asesoramiento. Destaca la importancia de una buena información, una actitud responsable en la concesión y contratación de los préstamos, y un asesoramiento riguroso a los consumidores de cara a que éstos puedan adquirir el producto que más se adapte a sus necesidades.

⁸⁰⁰ Markets in Financial Instruments Directive

como tales, a mayor complejidad mayor información y asesoramiento serán requeridos. Igualmente, la norma entiende que todos los clientes no son iguales, y así los clasifica en función de su grado de conocimientos financieros, distinguiendo el nivel de protección ofrecido a los clientes según sean profesionales o minoristas. Pero el asesoramiento, es un concepto pendiente de definir, o, por lo menos, perfilar dentro de cada ordenamiento nacional. De hecho, ya se suceden las sentencias donde se comienza a argumentar en base a esta relativa nueva regulación, oponiéndose como no es admisible la venta de productos de alta ingeniería financieras a los consumidores⁸⁰¹

Por lo tanto, otro objetivo fundamental va a ser un buen asesoramiento al prestatario, que incluya asesoramiento jurídico. Debemos recordar que esta hipoteca es un producto absolutamente novedoso y ajeno a nuestra mentalidad y tradición jurídica. El hecho de que gran parte de las personas que puedan en el futuro contratar una hipoteca inversa hayan sido deudores durante muchos años de una hipoteca ordinaria para la adquisición de su vivienda, no significa que tengan una idea aproximada de en qué consiste una hipoteca inversa y de las implicaciones que puede tener para sus herederos, muy al contrario puede ser la causa de numerosas confusiones al dar por sentado algunos aspectos de la hipoteca ordinaria que no se cumplen en la hipoteca inversa.

Resulta preciso distinguir entre “*información*”, que es una mera descripción del producto, y “*asesoramiento*” como recalca la norma. Entendemos por asesoramiento el hecho de transmitir, además de la información del producto al asesorado, un juicio de valor donde se informe de si las características del producto son apropiadas o se adecúan a las circunstancias personales del asesorado. En todos estos temas la cautela debe ser extrema como ha demostrado la experiencia en otros países. En primer lugar el asesor debería transmitir las características del producto, y ser consciente o de algún modo contrastar que la información ha sido comprendida por su interlocutor. Y, *a posteriori*, debe poder evaluar la situación económica y las circunstancias personales del asesorado, al que en Norteamérica se denomina acertadamente *applicant*, o candidato. Es

⁸⁰¹ SAP Álava, 217, de 14 de abril de 2011 donde se reconoce que aunque no sea de aplicación la normativa MIFID puesto que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007, refleja la tendencia en este tipo de mercados, reiterando la diligencia y transparencia del prestador de servicios, y regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional. Señala que: “...firmó los contratos expresando su consentimiento de forma errónea, y bajo engaño, al no facilitarle el banco, toda la información necesaria del producto que contrataba, ya sea por desconocimiento, o insuficiente formación de la persona de la entidad, ya sea por mala fe, ocultándole datos básico y relevantes sobre la adquisición del producto...”

decir, se debe valorar si el producto se ajusta a las necesidades del solicitante o por el contrario no es así, en el caso de la hipoteca inversa bien porque el solicitante es demasiado joven, lo que le va a suponer una carga muy importante de intereses a lo largo de su vida, o porque la vivienda tiene un escaso valor, o porque en su situación familiar, puede suponer dejar sin herencia a un descendiente que convive y que depende del patrimonio familiar, o porque tiene pensado vivir en la actual vivienda sólo algunos años y entonces no resulta rentable formalizar un préstamo hipotecario diseñado a largo plazo, con un volumen de los costes tan elevado para una operación a corto plazo, o bien porque dispone de otros recursos económicos más a su alcance, o más líquidos que la hipoteca inversa.

En resumen, la mera comercialización supone un conjunto de actividades publicitarias tendentes a la captación de clientes: la emisión de publicidad, información, y recomendaciones generales. Mientras que para que exista verdadero asesoramiento se debe ofrecer una recomendación que requiere un elemento de opinión o juicio por parte de quién asesora, poniendo especial énfasis en las ventajas de un producto, de modo que se presenta como conveniente para el asesorado de acuerdo con sus circunstancias personales, que pueden ser circunstancias objetivas como la vivienda a hipotecar, ingresos, estado civil, o subjetivas, como la actitud ante el riesgo, los deseos de protección frente a determinados aspectos como la familia, la forma de vida. Para esta recomendación se utilizan canales de divulgación no estándar, sino una comunicación personalizada. Y por supuesto este asesoramiento va dirigido a la persona que tiene capacidad y la intención de adquirir un producto hipotecario, *ad hoc*, la hipoteca inversa.

2.2. CONTENIDO DEL ASESORAMIENTO EN LA HIPOTECA INVERSA

La Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre ha regulado el tratamiento de este aspecto de la hipoteca inversa pendiente de concretar desde la Ley 41/2007.

Por un lado, distingue el concepto de “explicaciones adecuadas”, (art. 9), como la aclaración del contenido de la información y comunicaciones, “...para comprender los términos esenciales de todo servicios bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera... así como la indicación sobre las consecuencias que la celebración del contrato de servicios bancarios pueda tener para el cliente.”

Y por otro lado, diferencia el concepto de “servicio de asesoramiento” en materia bancaria, como “*toda recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado.*”

Igualmente el artículo recalca que la entidad financiera deberá actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencias y objetivos⁸⁰². En otras palabras, que será la propia entidad financiera que ofrece la hipoteca inversa quién va a asesorar en esta materia, de forma objetiva y actuando en interés del cliente, ayudándole a elegir sobre el resto de los servicios bancarios del mercado.

Este servicio de asesoramiento resulta específicamente obligatorio de acuerdo con el especial régimen de transparencia de la hipoteca inversa (art. 32), y la entidad en cuestión podrá cobrar una remuneración independiente por este concepto.

Realmente, el asesoramiento podría consistir no solamente en la opción de la hipoteca inversa que puede no ajustarse del todo al solicitante, el asesoramiento debería incluir un abanico de distintas posibilidades, diferentes de la hipoteca inversa, otras opciones como las figuras afines estudiadas en el Capítulo Segundo que pueden ser una alternativa más adecuada para el solicitante. En otros países, el asesoramiento ayuda a valorar e informa a los peticionarios de otros tipos de ayudas sociales, opciones de venta y alquiler de su vivienda, etc.⁸⁰³. Por supuesto, en el caso de que se opte por contratar una

⁸⁰² Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, art.10: “*Asesoramiento en materia bancaria. Cuando las entidades de crédito y los clientes decidan suscribir un contrato de servicio bancario de asesoramiento deberán informar expresamente a los clientes de esta circunstancia y, salvo que el servicio sea gratuito y así se le haga saber al cliente, habrán de recibir una remuneración independiente por este concepto. La prestación de este servicio estará sometida al régimen de transparencia previsto en esta orden ministerial e implicará la obligación de las entidades de actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente, como sus preferencias y objetivos. A los efectos del presente artículo se entenderá por asesoramiento toda recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a una o más servicios bancarios disponibles en el mercado.*”

⁸⁰³ US Code, § 1715z-20. *Insurance of home equity conversion mortgages for elderly homeowners. (f) Information services for mortgagors. (1) options other than a home equity conversion mortgage that are available to the homeowner, including other housing, social service, health, and financial options;* Igualmente se recomienda a quien contrata una hipoteca a través de AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., págs. 27 y

hipoteca inversa, el asesor deberá ayudar a decidir entre las formas de disposición de capital, la fórmula que mejor puede solucionar el problema económico concreto del hipotecante, de acuerdo con su forma de vida, o sus deseos y motivos para contratar una hipoteca.

Siempre con la debida objetividad, el asesoramiento podría incluir un estudio de mercado de las distintas hipotecas y productos que ofrecen las entidades en el mercado. Una comparativa de las características de los productos ofrecidos por las diferentes entidades, para que el solicitante, supiera inicialmente qué entidades lo comercializan y en qué condiciones, aunque después sea imprescindible dirigirse a más de una entidad para comparar las condiciones particulares que cada una le ofrece. Pero el problema surge cuando la elaboración de este estudio se hace a la propia entidad oferente.

Otra información muy útil para la persona que se interesa por contratar esta hipoteca serían las consecuencias jurídicas concretas que puede representar para él y sus descendientes, mostrando tanto los peligros como las ventajas⁸⁰⁴. En todo caso, el asesoramiento habrá de tener en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados para este deudor en concreto de la suscripción de la hipoteca. Por supuesto, debe ser un asesoramiento de carácter técnico, de modo que sus conclusiones estén basadas en los condicionamientos jurídicos y económicos que afectan a la viabilidad de la operación⁸⁰⁵.

2.3. QUIÉN DEBE REALIZAR LAS FUNCIONES DE ASESORAMIENTO

Como hemos mencionado serán las entidades financieras quienes de forma gratuita -o si éstas lo desean con retribución- prestarán este servicio, realizando la recomendación oportuna al cliente respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado.

ss. En EEUU las alternativas que plantean los asesores van desde la venta del inmueble, solicitud de ayudas sociales, *supplemental Security Income*, ayuda para afrontar gastos médicos, como *Medicaid and Medicare prescription drug coverage*, ayudas y asesoramiento en temas de consumo de energía, asistencia en los quehaceres del hogar, atención médica a domicilio, programas de alimentación, solicitudes de reducción de impuestos. Existen también organizaciones como *BenefitsCheckup.org*, que ayudan a solicitar todas las ayudas adecuadas al solicitante.

⁸⁰⁴ Esta información es obligatoria en otros países, US Code, § 1715z-20. *Insurance of home equity conversion mortgages for elderly homeowners. (f) Information services for mortgagors. (4)...a disclosure that a home equity conversion mortgage may have ...an impact on the estate and heirs of the homeowner.*

⁸⁰⁵ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 124.

Resulta evidente que la solución adoptada nos ha resultado pobre y exigua, en lugar de intentar facilitar a estas personas un servicio realmente útil y valioso.

Llegados a este punto nos debemos plantear quién debería realizar este asesoramiento dentro de la entidad financiera, es decir qué cualificación sería necesaria para prestar estos servicios⁸⁰⁶. Pero evidentemente nada se establece al respecto. Evidentemente la mayor parte de la doctrina deseaba que antes de contratar una hipoteca inversa se ofreciera asesoramiento y se diese a conocer al solicitante todas las alternativas que tiene a su alcance, no sólo las distintas hipotecas inversas del mercado. La persona que asesorase podría ser una figura más cercana a un asistente social que a un asesor financiero.

La experiencia de Estados Unidos ha demostrado la complejidad de la hipoteca inversa, dirigida especialmente a los mayores, en algunos casos, personas muy vulnerables. En el pasado se han llevado a cabo prácticas dudosas por parte de los prestamistas, *brokers* u otras clases de vendedores, con un claro interés en la utilización de las sumas de dinero dispuestas del crédito⁸⁰⁷. Ante este especial temor a la vulnerabilidad de las personas mayores se han establecido guías oficiales para dar a conocer la hipoteca, además los autores constatan el peligro de que el producto no sea comprendido, la publicidad realizada por las entidades oferentes sea engañosa y que el hecho de establecer *bonus* o primas a los vendedores de las mismas, convierta a los mayores en objetivos de la venta cruzada de otros productos financieros, muchos de ellos de alto riesgo, aprovechando la confianza de los clientes⁸⁰⁸.

Esta es la razón por la que actualmente la concesión de estos préstamos en EEUU está sujeta a la evaluación por parte de un experto externo certificado, antes de que el contrato pueda ser firmado⁸⁰⁹. El coste habitual de esta consulta de

⁸⁰⁶ SIMÓN MORENO, H., op. cit., pág. 59 “*Seria desitjable que tinguessin la qualificació necessària per a dur a terme aquest tipus d’assessorament*”. De forma similar, podemos encontrar en la legislación sobre MIFID que para prestar el asesoramiento en determinados productos la legislación exige una cualificación especial.

⁸⁰⁷ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., págs. 30 y ss. Desde diferentes organizaciones se recuerda constantemente a las personas mayores que no confíen en aquellas personas interesadas en venderles una hipoteca inversa a toda costa, sin ofrecerle alternativas, a estas personas se las llama “artistas de la estafa”, *con men*. Se les advierte de que tengan especial cuidado *si* no entiende completamente lo que les ofrecen comprar o no está seguro si necesita lo que le están ofreciendo.

⁸⁰⁸ Por ejemplo, MULLINS, L., “The Risks op. cit. pág. 4

⁸⁰⁹ TAFFIN, C., op. cit., pág. 10, LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 250, la Administración Federal de la Vivienda, FHA, garantiza que las entidades cumplan con sus obligaciones, debido a la vulnerabilidad de las personas mayores a las prácticas fraudulentas, el

asesoramiento se sitúa entre los \$100 y \$125, que se añadirán a los gastos de esta hipoteca, y constará en el contrato de hipoteca que tal asesoramiento ha sido realizado⁸¹⁰. El propósito de la intervención de un asesor externo es explicar las características del producto y los riesgos asociados, además de la existencia de otras alternativas adecuadas para esa persona mayor⁸¹¹.

Otra medida de protección que se introduce para mayor protección al prestatario estadounidense, es la posibilidad de cancelación de la operación en el plazo de tres días para reconsiderar la decisión adoptada, con el único requisito de que sea un desistimiento por escrito, en un formulario ya preestablecido por el prestamista a tal efecto⁸¹².

En Reino Unido, los principales prestamistas han establecido voluntariamente un Código de Buenas Prácticas bajo el cual asumen cuatro

programa HECM, conlleva que el interesado, antes de constituir la hipoteca inversa reciba asesoramiento gratuito de una agencia aprobada. En 1997 se funda la asociación *The National Reverse Mortgage Lenders Association* (NRMLA) con funciones como el asesoramiento a las personas mayores acerca de la constitución de hipotecas inversas, la sensibilización a los prestamistas hacia las necesidades de estos mayores americanos, especificando cuales son las buenas prácticas en el sector y la elaboración de un código ético.

⁸¹⁰ El consejero de “Hipoteca Inversa”, tiene la obligación de seguir prácticas específicas, cuales están diseñadas para asegurar que los servicios de consejería que reciba sean de calidad y que sea protegido contra el fraude y abuso. HUD requiere que los consejeros de “Hipotecas inversa” hagan lo siguiente: 1.- Envíe los materiales requeridos por el correo. Como por ejemplo folletos, antes de la sesión de consejería. 2.-Siga los protocolos establecidos cuando llevan a cabo una sesión de consejería y 3.- Le den seguimiento después que haya concluido el período de sesiones de consejería.

⁸¹¹ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 5. Se establece un protocolo:

1.-El solicitante se establece una cita directamente con una “Agencia de Consejería” Su prestamista no puede iniciar o participar en su sesión de consejería. Este período de sesiones de consejería se llevan a cabo en persona o por teléfono; sin embargo, HUD recomienda que sea en persona.

2.- Un consejero se pondrá en contacto con el solicitante y le enviará información por correo. Algunas agencias cobran una tarifa por la consejería.

3.- El consejero reunirá la siguiente información: su nombre, contacto y otra información.

4.- El consejero hablará sobre las necesidades y circunstancias personales; le proporcionará información sobre Hipotecas Inversas, cuáles son sus alternativas y otras fuentes de asistencia que podrían estar disponible a usted. Durante el período de sesiones, se trabajará con el consejero para desarrollar una evaluación de su situación financiera actual, utilizando la herramienta financiera de entrevista, que le ayudará a determinar el mejor curso de acción. El solicitante debe estar dispuesto a discutir sobre sus ingresos, deudas y opciones.

5.- Certificado de Finalización: una vez que complete la sesión o sesiones y ambos sientan que se comprenden los elementos esenciales de la “Hipoteca Inversa”, el consejero le emitirá un certificado que verificara al prestamista que ha completado con éxito la asesoría.

6.- Seguimiento: Su consejero deberá hacer un seguimiento para saber si necesita más asistencia y entendió los resultados de sus sesiones de consejería. También puede llamar a su consejero y pedir asistencia adicional después de completar su período de sesiones.

⁸¹² LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 252.

obligaciones: transparencia en los temas legales del préstamo, transparencia en costes, asistencia al prestatario a través de un experto externo independiente a la entidad financiera y el establecimiento de un CAP o límite al capital prestado hasta el valor de la propiedad⁸¹³.

En Francia, la nueva legislación prohíbe expresamente la venta de hipotecas inversas a domicilio, con el objeto de evitar una mayor presión sobre el potencial cliente, se entiende que las personas mayores son especialmente vulnerables y la venta de un producto como este en su domicilio puede ser especialmente delicada⁸¹⁴.

En nuestro país, el Anteproyecto de la Ley 41/2007, indicaba que el asesoramiento independiente podía *“llevarse a cabo, bien a través de la figura del Defensor del Cliente o bien, a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. Si el asesoramiento se realizara a través del Defensor del Cliente y las entidades no contaran con uno propio, deberían adherirse, bien a uno de los designados por otras entidades o bien, a los designados a través de los criterios recogidos en el art. 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma Financiera. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento”*.

La parte más polémica de esta regulación era la mención al Defensor del Cliente, y diversas Enmiendas del Congreso coincidieron en exigir su supresión, ya que no estaríamos ante un servicio de asesoramiento independiente⁸¹⁵. Lo cierto es que el Defensor del Cliente parece una figura más diseñada para

⁸¹³ TAFFIN, C., op. cit., pág. 4. ; COUNCIL OF MORTGAGES LENDERS, “Documento informativo sobre la movilización de capital (Equity release). Agosto 2006. pág. 5 y ss. El Council of Mortgage Lenders es la organización inglesa equivalente a la Asociación Hipotecaria Española. En Reino Unido, en 1991 se constituye SHIP –Safe Home Income Plan-, una compañía dedicada a la protección de quienes tienen contratado un plan o producto para la movilización de capitales y a la promoción de una conducta ética en estos planes, constituida por las principales entidades que ofrecen estos planes. Al mismo tiempo la FSA, Financial Services Authority, establece las reglas de conducta del negocio hipotecario, y en materia de comercialización de hipotecas inversas introducen nuevas garantías como: 1.- Publicidad financiera clara, justa y que no induzca a error; 2.- Nueva información pre-contractual sobre el producto, con ejemplos de las características clave; 3.- Acceso a un plan de compensación gratuito en caso de reclamaciones; 4.- Principios de negocio, con el de dar un trato justo a los clientes, algo que requiere que las entidades vayan más allá de las reglas relativas al procedimiento de comercialización básico.

⁸¹⁴ La venta a domicilio es prohibida, art. L314-4 Code civil. Las sanciones son de encarcelamiento de cinco años, a una multa de 375.000 euros, y penas complementarias, por ejemplo la interdicción de derechos civiles art. L314-18 y 19.

⁸¹⁵ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 96.

resolver reclamaciones de los clientes en caso de algún conflicto entre una entidad financiera concreta a la que pertenece dicho Defensor y su cliente⁸¹⁶.

Efectivamente, el Defensor del Cliente no puede ser considerado apto para ofrecer un asesoramiento independiente, porque como se indicaba en la motivación de las Enmiendas citadas, no se puede olvidar que *“es nombrado por la entidad financiera y pagado por ésta”*, (Enmienda núm. 24), y *“esta figura está concebida para resolver reclamaciones de los clientes en caso de discrepancia o conflicto con la entidad, pero no para prestar asesoramiento sobre productos financieros concretos, para lo que normalmente no está cualificado, al no ser su función”*, (Enmiendas núms. 54 y 102)⁸¹⁷. Incluso, ya en el Senado la Enmienda núm. 66 del Grupo Popular pedía simplemente que las entidades financieras suministraran al cliente información clara y precisa de este producto a los solicitantes, que permitiera conocer las características esenciales del mismo.

El Defensor del Cliente, nace como un servicio de reclamaciones de las entidades financieras, que intenta resolver un conflicto entre un cliente y la entidad, de forma previa a la presentación de una queja formal del cliente de la entidad bancaria ante el Banco de España. Pero ello no es óbice para acudir a la tutela jurisdiccional, incluso a otros mecanismos de resolución de conflictos como el arbitraje o la protección administrativa⁸¹⁸. Esta figura no garantiza el asesoramiento independiente que debe ofrecerse a los potenciales clientes, porque se trata de una figura partidaria de la entidad financiera y que no conoce todo el elenco de productos con los que cuenta el mercado en esta materia.

Al no llegarse a un acuerdo sobre la materia se pospuso la solución al asesoramiento en la hipoteca inversa, dejándolo pendiente en la Ley 41/2007 DAP punto 3, *...las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho*

⁸¹⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007. <http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro> Enmiendas núm. 24 de Izquierda Unida junto Iniciativa per Catalunya Verds, núm. 54 del Grupo Parlamentario Catalán, Convergència i Unió, y núm. 102 del Grupo Popular

⁸¹⁷ QUESADA SÁNCHEZ, A. J. "Apuntes jurídico-civiles sobre la llamada "hipoteca inversa" inquietudes iniciales sobre la cuestión". Consultor Inmobiliario. Núm. 88. Marzo, 2008. pág. 20; se proponía el siguiente texto: *“En el marco de transparencia y protección de la clientela, el Ministerio de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para suministrar servicios de asesoramiento a los solicitantes de hipotecas inversas teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto”*.

⁸¹⁸ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 138.

asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento.”

Algunos autores proponían que el desarrollo normativo posterior debería tenerse en cuenta la posibilidad de establecer un régimen de sanciones e infracciones para las entidades que no cumplan con estos requisitos de asesoramiento transparente⁸¹⁹. Insistimos en que este aspecto, que *a priori* puede parecer accesorio a la hipoteca, resulta especialmente importante en un momento como el actual, donde parte de la situación de crisis creada en el mercado es consecuencia de la falta de transparencia del mismo, que ha dado lugar a la comercialización de inversiones muy dudosas, con un fuerte carácter especulativo y con resultados muy negativos para el suscriptor. A título de ejemplo, dentro del Departamento de vivienda de la Generalitat se ha creado un servicio de asesoramiento a las personas con problemas para el pago de sus hipotecas, lo cual podría ser un ejemplo a seguir⁸²⁰.

Una opción que planteaba JIMÉNEZ CLAR, y que ya existen en otros países sería la apertura de una *web* de información institucional, ofrecida por la consejería de consumo, o unida a asociaciones de consumidores que contuviera toda la información y simuladores financieros. En la actualidad estos instrumentos están a disposición de los usuarios pero en webs de entidades financieras, que lógicamente sólo facilitan la información de su propio producto. En otros países algunas webs ya prestan esa información, y existen registros de asesores certificados⁸²¹.

Señala acertadamente ROGA GUILLAMÓN, dada la repercusión que para los herederos tendría la constitución de la hipoteca inversa, la conveniencia de que la misma información se suministre a los familiares más cercanos, de modo que el acreditado, en la medida de lo posible, tome su decisión de suscribir

⁸¹⁹ Como muy bien señala ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 140.

⁸²⁰ Departament d'Habitatge de la Generalitat, Ofideute: Servei d'informació i assessorament sobre el deute hipotecari. <http://www.oficinajove.cat>. “Ofideute” funciona como un servicio de información y asesoramiento sobre el crédito hipotecario y actúa como mediador entre la familia y la entidad financiera para intentar encontrar la mejor estrategia para hacer frente a la deuda

⁸²¹ A título de ejemplo podemos mencionar algunas de ellas: www.aarp.org.; www.fha.com; www.hud.gov/offices/hsg/fhahistory.cfm.

o no el producto con conocimiento de aquellos⁸²². Igualmente sería aconsejable que hasta que se promoviera la regulación oportuna, quien podría ocuparse del asesoramiento sería el Notario. Efectivamente, debido a la complejidad jurídica del contrato y teniendo en cuenta que entre las competencias de los notarios, de acuerdo con su estatuto profesional, se incluye el prestar asesoramiento y consejo de los medios jurídicos más adecuados, resulta lógica esta posibilidad. El notario debería intervenir en su doble condición como profesional, prestando su función asesora y como funcionario público⁸²³, efectuando el control de la legalidad sobre el cumplimiento por las entidades de la normativa sobre información precontractual⁸²⁴. Al mismo tiempo, es importante defender la libertad de elección de notario, por parte de quién en definitiva va a pagar sus honorarios, que es el solicitante, de modo que no se vea condicionado o esté decidido *a priori* quién va a intervenir la hipoteca, sino que el consumidor final pueda elegir a un profesional de su confianza.

Pero a pesar de lo anterior, el momento de la contratación no parece el momento idóneo para explicar o informar sobre la trascendencia de la firma de la hipoteca, aunque la nueva Orden EHA/2899/2011, otorga un importante papel al notario a la hora de informar y advertir al prestatario en el momento de la formalización. El notario podrá resolver algunas preguntas puntuales, pero hubiera sido deseable una figura consultora que en un momento muy anterior se ocupe de asesorar al cliente a la hora de comparar los distintos productos

⁸²² ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 677. Insiste igualmente en la figura del notario ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 319, aludiendo a que la redacción actual del art. 12 de la LH aconseja impulsar muy especialmente la función de autorización de la escritura pública por parte del notario, y en la hipoteca inversa encuentra un argumento adicional en la especial necesidad de protección de este tipo de deudores y la idoneidad del notario para proporcionar asesoramiento independiente y de coste reducido, como se desprende del punto 8 de la DAP.; Otros autores como ARANGUREN URRIZA, F. J., op. cit., pág. 106 y ss. Insiste en esta idea: Como funcionario público encargado de informar la voluntad de las partes que ante él prestan el consentimiento contractual, el notario es y debe seguir siendo el asesor natural y cualificado de quienes contratan préstamos y créditos hipotecarios.

⁸²³ El RD 45/2007 de 19 de enero, define al Notario en su art. 1, de una doble manera como funcionario público y como profesional del derecho: “*Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar*”.

⁸²⁴ ARANGUREN URRIZA, F. J., op. cit., pág. 108.

existentes en el mercado, y esta labor parece más propia de entidades de intermediación, asesores externos, profesionales independientes, etc.

Otro de los puntos donde se esperaba que se pronunciase la norma era si en el momento de formalizar el préstamo resultaría necesaria la constancia en la escritura pública de la hipoteca del cumplimiento, forma y requisitos del asesoramiento⁸²⁵. Y efectivamente, el art. 30 sobre el acto de otorgamiento ha incluido que en *el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente*⁸²⁶, con lo que el asesoramiento se convierte en un requisito imprescindible de la hipoteca, que el notario deberá verificar su cumplimiento.

El notario también deberá advertir al futuro deudor en el caso de que la recomendación haya resultado contraria a la contratación: *En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente*. Como vemos, un asesoramiento negativo no tendrá ninguna trascendencia, en el respeto máximo a la voluntad de los contratantes, aunque sí que supondrá un freno a cualquier demanda por parte de los herederos a los que siempre se les podrá explicar, la advertencia realizada al deudor. Igualmente, se deberá adjuntar información detallada de todos los productos que puedan ir vinculados a la hipoteca, y en particular los seguros, costes y coberturas, así como las consecuencias fiscales y jurídicas de la operación, tanto para el otorgante como sus herederos.

A pesar de que nos pueda resultar difícil de encajar esta figura de asesoramiento en el funcionamiento de los notarios, el ordenamiento francés ha señalado a los notarios como los encargados de resolver las dudas de los solicitantes⁸²⁷. No obstante, debemos entender que la figura de la hipoteca es utilizada con menos frecuencia por el ordenamiento y la práctica francesa, que ha visto siempre la carga hipotecaria como una espada que pesa sobre el deudor. A diferencia de nuestro país, la *prêt viager hypothécaire* tiene un componente formal muy alto y el acto notarial será constituyente, mientras que la inscripción registral tendrá un carácter informativo y público. Este contrato estará

⁸²⁵ SERRANO DE NICOLÁS, A., op. cit., pág. 47.

⁸²⁶ La norma habla aquí en el art. 30, de *asesoramiento independiente*, al igual que en la Ley 41/2007, pero en realidad en el art. 10 sobre Asesoramiento en materia bancaria, el adjetivo independiente se reserva para describir la *remuneración independiente*.

⁸²⁷ LAMOISSIÈRE-POUVREAU, C., MASSET-DENÈVR, E. El notario tendrá un papel esencial en este nuevo crédito. op. cit. pág. 5.

controlado por los notarios, de modo que debe ser el notario quien informe sobre las consecuencias patrimoniales y sucesorias del acto que se va a firmar, sobre la utilidad de la operación, su validez, sobre el fondo y la forma, y los riesgos de la misma. La ley le confiere el deber de dar consejo, de forma específica podrá ayudar y aconsejar al prestatario, mientras que a *sensu contrario* no establece una figura alternativa que se ocupe de las funciones de asesoramiento, como en otros ordenamientos⁸²⁸.

2.4. FALTA DE COMPRENSIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA

Unida a la complejidad de esta figura, existe el riesgo de que la nueva relación jurídica que se establezca entre entidad prestataria y acreedor no sea verdaderamente entendida y asumida por el hipotecante. Nos llama poderosamente la atención la legislación norteamericana al respecto, así como los numerosos autores que mencionan incesantemente este aspecto como uno de los aspectos que más preocupan en Estados Unidos. Salvando las diferencias de mentalidad, creo que se debe conocer y prever este riesgo, antes incluso, que de la figura haya generado litigios en nuestro país⁸²⁹. Los autores norteamericanos advierten de la posibilidad de que la persona mayor no comprenda el producto⁸³⁰. El deudor se puede ver cegado por las ventajas del mismo, y no alcance a entender que existe la posibilidad de perder su casa. La publicidad utilizada por las entidades prestamistas puede inducir a error a los contratantes, ya que el uso de reclamos, -como por ejemplo: “*sin perder tu casa*”, “*renta para toda la vida*”-, o frases que no son verdades absolutas, sino que bajo algunas circunstancias, no serían ciertas⁸³¹. Al mismo tiempo, resaltan que este problema se agudiza al negarse en muchas ocasiones los contratantes de la hipoteca a

⁸²⁸ LAMOISSIÈRE-POUVREAU, C., MASSET-DENÈVR, E., op. cit., pág. 3.

⁸²⁹ MOELLER, P., “The New Rules...” op. cit., pág. 3, insiste en la importancia de que en todas las hipotecas inversas tanto las acogidas al sistema de HECM, como las libres los deudores sean previamente aconsejados a través de las “*approved counseling agencies*” siempre para aportar la seguridad necesaria de que el producto ha sido comprendido.

⁸³⁰ A este respecto, WADE, J.P. op. cit., pág. 112. insiste en el lenguaje utilizado para la redacción de los contratos, cómo resulta una tarea muy dura leer y entender un contrato redactado en un lenguaje lleno de términos legales.

⁸³¹ MULLINS, L., “The Risks...” op. cit., pág. 4, califica de engañosa la publicidad al respecto. El autor insiste en tres riesgos que no siempre se tienen en cuenta: primero un asesoramiento incompleto, segundo que la entidad financiera sea la apropiada, de hecho recomienda que el hipotecante hable con varias entidades financieras antes de firmar la hipoteca, y en tercer lugar recoge los riesgos a los que por error puedan conducir algunas afirmaciones publicitarias: alerta sobre el peligro de la publicidad en estos productos.

consultar con sus hijos o familiares⁸³². Se va a constituir una hipoteca sobre el que suele ser el bien de mayor valor del patrimonio de una persona, en los últimos años de su vida, y debido a las consecuencias que puede traer para el resto de la familia, merecería, cuanto menos, un conocimiento previo por parte de otros miembros de la familia. Efectivamente, se debería comentar la situación económica del deudor, y que está pensando en una hipoteca inversa, en el seno de la familia, pero la mayor parte de las personas mayores no desean hablar con sus familiares de sus problemas económicos, o sus soluciones financieras, y desean muchas veces mantener estas situaciones en secreto.

A medida que las hipotecas inversas se vayan desarrollando, no sería de extrañar, que en alguna ocasión se solicite la anulación del contrato por un vicio en el consentimiento. Si se demuestra la falta de comprensión del negocio jurídico, como causa de anulación en vida del deudor no tendría mayor problema, puesto que el deudor podrá cancelar la operación cuando lo desee, o pudiera demostrar la falta de comprensión cuando prestó su consentimiento. Más complicado resultará cuando, ante situaciones adversas para los herederos, éstos argumenten vicios en la prestación del consentimiento en el deudor, intentando evitar así, una carga que sobrepase el valor de la vivienda.

Como señala PEREÑA VICENTE, en ninguno de estos supuestos, enfermedad, discapacidad o edad avanzada, tiene por qué existir falta de capacidad, pero las circunstancias aludidas fragilizan su situación y por eso se reclama una especial atención, porque esas circunstancias pueden conducirles a celebrar un contrato bajo presión sin analizar todos los elementos y sin medir los riesgos que asumen mediante el mismo⁸³³.

En resumen, la información precontractual en la hipoteca inversa es decisiva, y debemos evitar todos estos posibles riesgos de falta de conocimiento con una adecuada información. A pesar de nuestra opinión, no faltan los autores que consideran a la hipoteca inversa una operación de fácil comprensión para sus posibles usuarios⁸³⁴.

Además de los peligros indicados, debemos señalar que se unen otros riesgos ya verificados en otros países, como son la venta cruzada de productos de

⁸³² MOELLER, P., “The New Rules...op. cit., pág 4. recoge las declaraciones del presidente de la *National Reverse Mortgages Lenders Association in Washington* “Any loan officer who is doing the right thing will talk to the prospective client about the importance of discussing this with family members, but there are a lot of seniors who don’t want to discuss their financial affairs with their family members, for any number of reasons”.

⁸³³ Así lo indica PEREÑA VICENTE, M., op. cit., pág. 5.

⁸³⁴ BALAGUE, C., op. cit., pág. 39.

inversión por parte de las entidades financieras. Nos referimos a la posibilidad de que, al mismo tiempo que se comercializa la hipoteca, y aprovechando un momento en el que el acreedor tiene a su disposición una suma importante de dinero disponible, se intenten vender otros productos financieros. Lo más trágico ha sido que añadida a esta situación, las inversiones financieras hayan resultado poco ventajosas, por tratarse de productos denominados “basura” o, simplemente porque la caída de los mercados de valores haya perjudicado seriamente a los inducidos inversores.

En el mismo sentido, las retribuciones recibidas por los vendedores de hipotecas pueden contribuir a que la hipoteca inversa sea vendida a consumidores que no la necesitan, o que no son óptimos deudores para este tipo de hipotecas, porque cuentan a su alcance con otras soluciones financieras más baratas o prácticas. Resultan muy conflictivos en este campo, los incentivos que algunas entidades de crédito ofrecen a sus vendedores, y no sólo respecto a la hipoteca inversa. Pueden llevar a “colocaciones” de determinados productos que no benefician a su destinatario, en este caso la persona mayor. Bien entendido, que nos estamos refiriendo en general, y especialmente, a situaciones ocurridas principalmente en los años 90, en países como Estados Unidos.

Sin embargo, la primera sentencia a este respecto en nuestro país ha sido del Juzgado de 1ª Instancia de Blanes, donde condena a una entidad financiera por unir a la contratación de una hipoteca inversa un seguro de rentas diferidas que se cobraría a los diez años de contratación, una vez que el importe del crédito hubiera terminado, entendiendo que el anciano de 92 años que formalizó la hipoteca únicamente deseaba la contratación de la hipoteca, y no la de un seguro de vida a tan largo plazo, dada su delicada salud⁸³⁵.

Como hemos comentado, los solicitantes se pueden ver impresionados por la publicidad del producto, que bajo frases muy llamativas hacen hincapié en los puntos positivos del contrato, evitando explicar claramente todos los aspectos de la hipoteca, positivos y negativos. Por lo tanto, es preciso que la regulación de la hipoteca inversa proteja a la parte más débil del contrato. Resulta complejo llegar a un equilibrio entre la correcta información al consumidor, que realmente se

⁸³⁵ En la Sentencia del Juzgado Primera Instancia 1 Blanes, núm. 22/2011 de 15 de febrero de 2011 se plantea la acción de nulidad del contrato por falta de causa y la de anulabilidad del mismo por vicio del consentimiento al haber sido prestado éste mediante dolo. Leemos en la sentencia que “... no concurre el elemento de la causa sin que la referencia hecha en el anexo del contrato a la prima del seguro sea suficiente para entender que el consentimiento del cliente recaía también sobre un contrato de seguro unido al anterior pues éste no era uno de los motivos por los que se celebró el contrato.”

puede ver muy beneficiado con la nueva figura, y la falta de información en que se puede caer si no se regula de forma muy minuciosa la comercialización de la hipoteca inversa. Si es complejo llegar a un equilibrio en el campo jurídico, no menos resulta en los medios de comunicación, que deberían apoyar más las nuevas figuras⁸³⁶⁸³⁷.

Al mismo tiempo la falta de comprensión de todas las consecuencias que puede tener esta hipoteca, hace que no deba contratarse por cualquier persona, sino por un sujeto muy concreto que reúna las condiciones necesarias para beneficiarse realmente de este contrato. Como hemos visto el perfil óptimo es el de una mujer viuda, cuyos ingresos se limitan a una pensión de viudedad, con una edad en torno a los 70 años, con una situación familiar, donde o no haya herederos, o la herencia no suponga una importante ayuda inter-generacional. Debemos tener en cuenta que la vivienda puede ser el único bien, donde hemos acumulado todo nuestro dinero y esfuerzo tras una vida de trabajo. De modo que, utilizar nuestra vivienda como si fuera un banco, requiere que el propietario entienda y asuma que el valor de esa vivienda puede desaparecer mucho más deprisa en el tiempo que el periodo y el esfuerzo que le costó comprarla inicialmente⁸³⁸.

Destaca por la protección al consumidor el ordenamiento francés, que en primer lugar incluye la *prêt viager hypothécaire* dentro su Code un libro *au droit des sûretés*, el libro IV, y dentro del *Code de la consommation*. Así, dedica la Sección Segunda, bajo el título *Pratiques commerciales* a normalizar las prácticas comerciales, permitidas para estas hipotecas y cómo se debe realizar la publicidad⁸³⁹. A este tenor, prohíbe expresamente la publicidad en la que conste

⁸³⁶ En Cataluña, el Grupo Senior, publicita la hipoteca inversa en una emisora de radio, como un modo de obtener una renta con el único requisito de tener una vivienda en propiedad. Punto Radio. 23/04/2011., 17:15h. Franja horaria.; Igualmente en prensa y radio el Grupo Optima Mayores lanzó una campaña en marzo 2011 donde el mensaje de la publicidad se centra en preguntare si con la pensión actual puedes hacer regalos a tus nietos, irte de vacaciones, o pagar una residencia, si tu pensión es para echarte a reír, y tienes una vivienda en propiedad, podrás vivir a tus anchas sin perder la propiedad de tu casa. www.optimamayores.com.

⁸³⁷ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I., y otros, op. cit., pág.78., comenta que en España “...donde el mercado está iniciando su andadura, se debería evitar el catastrofismo mediático y, sin ocultar los riesgos y dificultades del producto, adoptar una postura de comunicación positiva en los medios”.

⁸³⁸ WADE, J.P. op. cit. pág. 10.

⁸³⁹ Por ejemplo, establece que toda la publicidad realizada en Francia, cualquiera que sea su soporte debe incluir: la identidad del prestamista, la naturaleza de la operación propuesta, su coste total y la tasa efectiva global, no otro tipo de tasa o fórmula de cálculo, calculada por periodos de cinco años, así como los importes a percibir de forma global, y las modalidades del vencimiento de la operación propuesta. Igualmente, cuando la publicidad francesa sea escrita y

que el préstamo pudiera ser otorgado sin elementos de información que permitieran apreciar la situación financiera y patrimonial del prestatario, y necesariamente debe explicar todas las modalidades o fórmulas de disposición que puede ofrecer la operación. El ordenamiento francés ha sido especialmente sensible al sobreendeudamiento de los particulares y no quiere que la publicidad lleve a situaciones complicadas, producto del *seudo* engaño.

En otro momento de su articulado se incide en que la oferta previa de crédito debe ser distinta de todo soporte o documento publicitario, que es un elemento formal a la hora de la constitución del préstamo, con unos requisitos formales ante notario muy estrictos.

A la par, el art. L314-4 el Código de Comercio y Financiero francés⁸⁴⁰, establece expresamente como estas operaciones de préstamo vitalicio hipotecario no puede ser objeto de venta a domicilio, entendiendo por *démarchage*, la venta a domicilio, a sus puestos de trabajo, en general una práctica de acoso, persiguiendo al futuro deudor, bajo penas de multa para la entidad financiera. La venta a domicilio ha sido tradicionalmente considerada como intromisión en la parte más privada de las personas y en el caso de los ancianos, queda patente que no han sido ellos quienes han solicitado el producto, sino que ha habido una venta no solicitada, a través de una intrusión en sus hogares, donde se han podido sentir más coaccionados a la contratación involuntaria, o al menos irreflexiva.

En EEUU, el programa HECM establece el “derecho de rescisión”, desde el día en que se cierra la operación, en el plazo de tres días, en los que se deberá realizar la renuncia por escrito, utilizando el formulario que entrega el prestador en el momento del cierre o por medio de una carta, fax o telegrama, no admitiéndose el desistimiento de forma verbal⁸⁴¹. Se une este conjunto de medidas, una serie de plazos de reflexión de la oferta necesarios para la válida constitución del contrato, incluido el desistimiento unilateral del cliente titular

cualquiera que sea el soporte, las informaciones relativas a la naturaleza de la operación, con las condiciones de determinación de la tasa efectiva y, si se trata de una tasa o tipo de interés promocional, el período durante la cual esta tasa se aplica, deben figurar en un tamaño de caracteres por lo menos tan grande como el utilizado para indicar cualquier otra información relativa a las características de la financiación, y debe inscribirse en el cuerpo principal del texto publicitario. De este modo se lucha normativamente, contra la “*letra pequeña*” en el publicidad.

⁸⁴⁰ Art. L. 314-4. - *Une opération de prêt viager hypothécaire ne peut faire l'objet d'un démarchage au sens du septième alinéa de l'article; L. 341-1 du code monétaire et financier;* Las multas para este tipo de infracciones es de 3.750 euros, e incluso penas de prisión que pueden llegar a los cinco años.

⁸⁴¹ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 7.

del crédito, sin necesidad de alegar ninguna causa y en un plazo prudencial de quince días⁸⁴².

3. CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Para obtener la protección frente a terceros, al igual que toda la hipoteca convencional, la hipoteca inversa tiene como elementos formales: la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con el art. 1875 del CC y art. 145 de la LH que establecen la inscripción de la hipoteca en el Registro con naturaleza constitutiva. Por lo tanto, sin ella, la hipoteca sería únicamente un préstamo que produciría efectos sólo entre las partes, pero que para que sus efectos se extiendan *erga omnes* necesita de la inscripción en el Registro de la Propiedad⁸⁴³.

De acuerdo con el art. 130 de la LEC, y con casi idéntico contenido tras la reforma de la ley 41/2007, todo aquello que no queda inscrito en el Registro carece de eficacia real, es decir, no es hipoteca, no goza de los privilegios de una hipoteca, no es oponible *erga omnes*, ni puede pretender beneficiarse de las acción real derivad de la hipoteca, y no existe, por tanto sujeción de los bienes a la obligación asegurada, ni disfruta de la garantía propia del derecho real⁸⁴⁴. Generalmente este asiento tiene su base en un documento contractual, la escritura pública notarial, de modo que la hipoteca inversa, al igual que cualquier hipoteca ordinaria o de amortización deberá realizarse ante notario, bajo pena de nulidad, no siendo válido ningún otro tipo de documento *inter partes*, (art. 3 de LH). La certeza resultante de la escritura pública y la certeza resultante de la inscripción, consiguen que tanto deudor como acreedor, queden protegidos por la fe pública

⁸⁴² BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 97.

⁸⁴³ CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., op. cit., pág. 675: “con independencia de la eficacia *inter partes* del contrato de hipoteca no inscrito... no hay derecho real de hipoteca antes de la inscripción, por lo que la hipoteca no inscrita no puede ser adquirida por usucapición, ni ordinaria ni extraordinaria... La razón se halla en que el derecho de hipoteca no es susceptible de posesión, pues las facultades integrantes del derecho de hipoteca sólo admiten ejercicio instantáneo, razón por la que no existe la posesión continuada para usucapir...ni sería admisible la usucapición liberatoria.”

⁸⁴⁴ Art. 130 LH “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo”.

registral, que los libera de innumerable incertidumbres y supone un sistema de seguridad jurídica preventiva⁸⁴⁵.

3.1. REQUISITOS DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN.

A lo largo de este trabajo hemos ido desgranando qué elementos debería contener la escritura de constitución de la hipoteca inversa. No obstante, vamos a revisar aquellos aspectos sobre los que incide la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y que afectan especialmente a las escrituras y las funciones del notario en cuanto a la formalización de estas operaciones.

Así, los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas. Por lo que se refiere al acto de otorgamiento, se recoge en el art. 30, como un conjunto, algo prolijo de los deberes notariales⁸⁴⁶. Básicamente la norma se interesa en que el notario compruebe que

⁸⁴⁵ CANALS BRAGUE, F., op. cit., pág. 4.; igualmente podemos citar a CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., op. cit., pág. 679, cuando dicen que la afirmación de que la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo es correcta si está referida a la oponibilidad frente a terceros del derechos de hipoteca, no a la validez del contrato.

⁸⁴⁶ El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, aunque podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría.

La Orden ministerial encarga expresamente a los notarios las funciones de velar por el control del contenido de la escritura enumerando de forma prolija todas sus obligaciones:

- Denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente.
- Informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume.
- Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.
- En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobarán si el cliente ha recibido la información prevista, sobre instrumentos de cobertura del riesgo, cláusulas suelo y techo, y cuotas en diversos escenarios.

toda la documentación entregada al cliente cumple con todos los condicionantes de transparencia e información que se imponen y advierte al firmante de cualquier cláusula que pueda suponer un aumento de costes del préstamo, como los tipos de interés variables o comisiones.

En el caso de la hipoteca inversa en concreto, verificará que se ha realizado el asesoramiento independiente, y en el caso de que este sea negativo, y en el caso de formalización en contra de tal recomendación, advertir al cliente. Aunque, no deja de ser una simple recomendación. Por lo que el cliente podrá

-
- Advertirán si el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales, si el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores, o si se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia y las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.
 - Informarán al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.
 - Igualmente, informarán al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento.
 - En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.
 - Comprobarán que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.
 - En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.
 - Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.
 - Así mismo, en caso de que el registrador deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas, deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la DGRN en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada. De acuerdo con la www.notariosyregistradores.com 14/11/2011. Este precepto está directamente inspirado en el artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, extendiendo sus pronunciamientos a todos los préstamos y créditos a los que resulte aplicable esta Orden lo que ha suscitado polémica, pues parece que existe para realizar tal menester un evidente déficit de jerarquía normativa. El corta y pega del redactor de esta Orden en este punto le ha jugado una mala pasada, pues incluye un recurso contra la inscripción de determinadas cláusulas por vía distinta del recurso gubernativo. El error parece estribar en que, mientras el artículo 18 de la 2/2009 trataba de la labor de notarios y registradores, este artículo 30 de la Orden se centra en las actuaciones notariales, por lo que la expresión “o la inscripción de alguna de sus cláusulas” debería de tenerse por no puesta.

obviar tanto el asesoramiento independiente como la recomendación contraria a la firma del notario.

Con independencia de las obligaciones notariales respecto a la transparencia de las operaciones, creemos que en el caso de las hipoteca inversas debería informar de las consecuencias patrimoniales y sucesorias que conlleva la hipoteca. El notario es la figura más cercana que de forma objetiva, puede asesorar o informar al deudor.

Por lo tanto, este documento deberá contener todas las circunstancias del crédito y de la garantía, ya que en esta escritura se recogerán todos los derechos y obligaciones del deudor, ya sean legales o pactadas⁸⁴⁷.

En el ordenamiento francés se ha regulado con una serie de formalidades que deben ser cumplidas en su totalidad, como requisito indispensable para la validez de la hipoteca. La *prêt viager hypothécaire*, con el fin de garantizar la protección del prestatario, establece bajo pena de nulidad la necesaria conclusión de las siguientes etapas: la presentación de una oferta previa por la entidad acreedora; otorga al deudor un plazo de reflexión de diez días, y por último confiere valor constitutivo al acto notarial. Así pues, antes de la formalización del contrato de préstamo, la entidad de crédito o el establecimiento financiero prestamista debe entregar al prestatario una oferta previa que incluya todos los elementos del futuro préstamo, de hecho el art. L314-5 enumera de forma taxativa los elementos del préstamo, datos personales, el valor de la vivienda tasado por un experto, etc.⁸⁴⁸. Esta oferta debe mantenerse durante al menos

⁸⁴⁷ Señala, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...* op. cit., pág. 93 y 94 las circunstancias que deben aparecer en la inscripción registral, siguiendo las Conclusiones del Tercer Congreso de Registradores de España, Granada, 2006: a) La forma contractual utilizada: crédito o préstamo; b) las cantidades iniciales que van a ser adeudadas o entregadas con cargo a la deuda final; c) La finalidad del contrato de obtener prestaciones periódicas o únicas.; d) Cuantía y plazos o forma en que serán satisfechas las prestaciones periódicas. e) El plazo de vencimiento del contrato o de exigibilidad de la obligación. Dicho plazo no podrá ser inferior a la fecha de fallecimiento del acreditado o de los acreditados si fueren varios.; f) la deuda sólo podrá ser exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o el último de los beneficiarios, aunque en este último supuesto debe pactarse así expresamente en el contrato. Con este contrato, “*el deudor propietario de la vivienda asume por ministerio de la ley una serie de obligaciones y deberes derivados de su calidad de sujeto pasivo, con el fin de dotar de seguridad las expectativas del acreedor hipotecario, que en caso de que a la muerte del deudor no pueda recuperar el crédito, podrá ejecutar la hipoteca inversa para cobrarlo.*”

⁸⁴⁸ Dentro de la sección tercera “contrat de crédit” l’article L 314-5 C.consom : “*L’opération de prêt viager hypothécaire est conclue dans les termes d’une offre préalable comportant les mentions suivantes:*

1° L’identité des parties et la date d’acceptation de l’offre ; La nécessité d’indiquer, au stade de l’offre, la date de son acceptation, laisse perplexé...

treinta días a partir de su emisión, art. L314-6. Sin embargo, el prestatario no puede aceptar la oferta de financiación antes de un plazo de diez días. Tras la aceptación de la oferta, es decir este consentimiento debe ser prestado en un acto notarial, el cual será constitutivo del derecho hipotecario, art. L314-7. El documento notarial debe recoger todos los datos enumerados del préstamo y la oferta presentada, lo que permite al prestatario ser informado por el notario sobre las consecuencias tanto patrimoniales como sucesorias del acto. Muchas de estas condiciones son comunes a los ordenamientos europeos, o producto de las Directivas que tratan de unificar el crédito hipotecario. Establece un último requisito, como es el hecho de que hasta la aceptación de la oferta por el prestatario, no puede hacerse ningún pago por el acreedor. Del mismo modo, hasta esta aceptación, el prestatario no puede hacer ningún depósito, suscribir o aprobar ningún efecto de comercio o firmar ningún cheque. Y si el deudor firma una autorización de exacción sobre una cuenta bancaria, su validez y su toma de efecto se supeditan a la del contrato de crédito.

En general la descripción de esta figura adoptada por el Code Civil francés supone una norma muy específica, donde para la figura de la hipoteca inversa, se establecen las condiciones que deberán regir, su inscripción registral, incluso el régimen de sanciones civiles y penales que conlleva cada una de las desobediencias a la norma establecida. Pero debemos recordar que en Francia, la inscripción en el Registro de la Propiedad surte diferentes efectos que en el ordenamiento español. Si la función de nuestro Registro es de publicidad, oponibilidad frente a terceros y fe pública, en el ordenamiento francés no es un

*2° La désignation exacte du bien hypothéqué, conforme aux exigences de la publicité foncière
Cela signifie identification cadastrale*

3° La valeur du bien hypothéqué estimée par un expert choisi par les parties et les frais afférents à l'expertise mis à la charge de l'emprunteur ;

4° La nature du prêt ;

5° Les modalités du prêt et, notamment, les dates et les conditions de mise à disposition des fonds ;

6° En cas de versements échelonnés du capital, l'échéancier des versements périodiques distinguant la part du capital de celle des intérêts accumulés sur ces sommes durant la durée prévisionnelle du prêt et permettant à l'emprunteur de connaître le moment où il aura épuisé l'actif net de son logement ;

7° Lorsque le capital est versé en une seule fois, un état des intérêts accumulés sur ces sommes durant la durée prévisionnelle du prêt, permettant à l'emprunteur de connaître le moment où il aura épuisé l'actif net de son logement

8° A partir d'exemples représentatifs établis en fonction d'hypothèses relatives, notamment, à la durée du prêt, le coût global du crédit, le taux effectif global défini conformément à l'article L. 313-1 ainsi que, s'il y a lieu, les modalités de l'indexation ;

9° La durée de validité de l'offre.

L'offre reproduit les dispositions des articles L. 314-6 à L. 314-9 et L. 314-13”.

elemento constitutivo, y tiene una caducidad en el tiempo. En un gran número de Registros, entre ellos el francés o el estadounidense, la labor del mismo es el archivo de los contratos, de modo que se limitan a aceptar los documentos que llegan a sus dependencias, con una labor meramente de ordenación, o constancia, que no supone una calificación registral, no hay revisión de los derechos que se inscriben, etc. El Registro de la Propiedad francés es un registro de documentos emitidos en doble copia, no es un registro de derechos, sino de títulos. En el caso de la hipoteca que nos ocupa, la reforma del año 2006 ha modificado también el art. 2434 del Code con objeto de dotar de una publicidad registral excepcional de 50 años, tanto para la figura de la *Prêt viager Hypothécaire* como la *L'Hypothèque Rechargable*⁸⁴⁹.

En los EEUU, los requisitos formales van a resultar mucho menos estrictos en la elaboración del título. Entre otros motivos, por la figura ante quien se firma el crédito, pues se realizará ante un *notary*, figura que dista mucho de ser el homólogo de un notario latino o germánico, con una función de mera legitimación de firmas, e identificación de personas, lejos de la figura del fedatario público⁸⁵⁰.

Volviendo al ordenamiento español, la seguridad en el tráfico con que nos va a dotar el Registro, permitirá el control de rango de cada una de las hipotecas que se constituyan sobre la vivienda, si bien es complicado que alguien acepte una segunda hipoteca sobre un bien que ya tiene esta carga. De acuerdo con el art. 107.3 de la LH, aunque se hubiera pactado no volver a hipotecarlos, puede establecerse una nueva hipoteca. También podemos establecer una hipoteca inversa como segunda hipoteca ante la pequeña deuda que represente la primera hipoteca, pese a que sería más lógico cancelarla con una primera disposición, la casuística puede ser múltiple. En todo caso la prioridad de rango entre ellas, *prior*

⁸⁴⁹ Art. 2434: “*Si l'échéance ou la dernière échéance est indéterminée, notamment dans le cas prévu à l'article L. 314-1 du code de la consommation, ou si l'hypothèque est assortie d'une clause de rechargement prévue à l'article 2422, la durée de l'inscription est au plus de cinquante années au jour de la formalité...*”.

⁸⁵⁰ LÓPEZ NAVARRO, J., op. cit., pág. 4: “*La hipoteca ordinaria ha de constar en forma escrita, con determinación de los nombres de deudor y acreedor, y descripción de la finca hipotecada, redacción de cláusulas tipo y normalmente se exige la intervención de dos testigos, y la legitimación de la firma por un notario (notary, con la especialidad que éste tiene en EEUU, que como sabemos no se precisa ser jurista, y ejerce su cargo por tiempo limitado, y su función es especialmente la legitimación de firmas) que presta un testimonio de subjetividad, en el sentido de que conoce a los firmantes y manifiesta que las firmas del documento son de éstos*”.

tempore potior iure, y la publicidad del mismo, nos va a permitir la seguridad en el crédito territorial.

3.2. ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS Y DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

Por el contrario, nuestro sistema formal de constitución de las hipotecas supone un sistema en dos fases de formalización, la constitución y la inscripción, no de transcripción de títulos, por lo que el asiento registral supone una nueva redacción o una re-elaboración formal del contenido del contrato realizada por el registrador en la que deben desaparecer las estipulaciones sin transcendencia jurídico real⁸⁵¹. Si la hipoteca garantiza el importe de la obligación asegurada, o la cantidad máxima a que asciende la responsabilidad hipotecaria, es natural que dichas circunstancias se trasladen de forma literal a la inscripción registral. En todo este contexto, resulta fundamental el art. 12 de la LH, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, donde se recogen los elementos que deberán inscribirse: el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado, y, por primera vez, el legislador incluye también las cláusulas de vencimiento anticipado y financieras:

Art. 12 LH “En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de transcendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.”

La exacta determinación del importe de la obligación asegurada es absolutamente necesaria, y en todo caso: no cabe constituir hipoteca alguna sin expresar el importe de la obligación garantizada⁸⁵². Así mismo, el art. 219.1 del RH dispone que el importe de la obligación asegurada, o la cantidad máxima de la que responda la finca, se deberá fijar en moneda nacional o su equivalencia en moneda extranjera.

⁸⁵¹ RAMOS CHAPARRO, E.J., op. cit., pág. 231.

⁸⁵² LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derechos reales...*, op. cit., pág. 67.

El crédito o la obligación garantizada con hipoteca llega al Registro de la Propiedad porque es necesario que quede constancia del importe de la deuda garantizada por el principio de especialidad, por el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito, y porque ese crédito forma con la hipoteca una unidad distinta de sus elementos, de acuerdo con la tesis de la unidad del crédito hipotecario. De este modo, queda perfectamente determinada la situación jurídica oponible, que es el objeto del Registro, en definitiva el crédito hipotecario⁸⁵³.

Antes de la publicación de la Ley 41/2007, para diferenciar qué estipulaciones deberían llegar al Registro de la Propiedad y cuáles no eran susceptibles de inscripción, podíamos diferenciar dentro de la hipoteca inversa, qué estipulaciones de las contenidas en la escritura de préstamo hipotecario tenían mero alcance obligacional y cuáles tenían eficacia real⁸⁵⁴. Un método adoptado por la DGRN y parte de la doctrina para diferenciar entre unas y otras es comprobar si condicionan la acción hipotecaria⁸⁵⁵. De forma que los pactos relativos a la obligación garantizada venían limitados a los imprescindibles para dar a conocer la extensión del derecho de hipoteca. Y, por tanto, eran inscribibles aquellos que sujetaran las obligaciones garantizadas a condición suspensiva o resolutoria, puesto que afectaban a la hipoteca accesorio⁸⁵⁶. Igualmente, la DGRN sólo admitía como inscribibles, las obligaciones del contrato de financiación que fueran causa del vencimiento anticipado de la obligación, aunque otras veces no admitía el pacto como inscribible porque estimaba que el pacto no estaba permitido en la legislación hipotecaria, y la inscripción no afectaba al acreedor hipotecario que igualmente sería salvaguardado sin tal pacto, nos referimos a la no inscripción de las obligaciones de disponer, del vencimiento anticipado por

⁸⁵³ RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. G., op. cit., pág. 13.

⁸⁵⁴ CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., op. cit., pág. 679, comentan que la línea divisoria entre lo inscribible y lo no inscribible coincidirá con la distinción entre obligaciones personales y pactos de transcendencia real, aunque, como puede apreciarse fácilmente, se trata de un argumento circular, pues todavía hay que decidir qué pactos tienen una u otra naturaleza.

⁸⁵⁵ Nos proponen un método sencillo para diferenciarlas, PARDO, C. y NOGUEROLES, N., "Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios". *Diario La Ley*, Nº 7293, Sección Doctrina, 27 Nov. 2009, Año XXX, Ref. D-366, Editorial LA LEY. págs. 2: "...un criterio seguro para hacer la distinción entre los pactos cuando sea dudoso su alcance es aquél que atiende a si condicionan o no, configuran o no, de algún modo o forma, la acción hipotecaria o real. Si lo hacen, tendrán transcendencia real; si no lo hacen, no. Tendrán, en consecuencia, transcendencia real todos los pactos que definen el contenido de la acción real (es decir, hipotecaria) o que limitan o modulan su ejercicio; tendrán, en cambio, eficacia personal los que condicionan el ejercicio de la acción personal, es decir, por razón del préstamo".

⁸⁵⁶ CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., op. cit., pág. 680. Admiten también la posibilidad de inscribir de las causas de vencimiento anticipado.

declaración de concursos, del pacto de anatocismo, etc.⁸⁵⁷. Así, el contenido de la escritura en este caso, sería más amplio que la parte que llega a los asientos del Registro de la Propiedad.

Tras la publicación de la ley 41/2007 y la reforma del art. 12 de la LH., con la inclusión del segundo párrafo la situación ha variado. Uno de los principales problemas con los que se encuentra la hipoteca inversa, cuando llega al Registro de la Propiedad es la fórmula de acceso al registro de las cláusulas de vencimiento anticipado que son las que más discusiones han generado en cuanto a los límites de su acceso. En el caso de las hipotecas inversas, la labor de los Registradores no se puede limitar a *transcribir* la cláusula de vencimiento anticipado, pues en la medida que las mismas configuran el derecho real de hipoteca, como accesorio, ha de estar inescindiblemente unido a la obligación garantizada⁸⁵⁸.

El pacto de vencimiento anticipado supone un pacto añadido al contrato de préstamo hipotecario, en cuya virtud el acreedor se reserva la facultad de dar por vencido el crédito y anticipar la realización de la hipoteca si se produce el incumplimiento de alguna de las denominadas obligaciones accesorias impuestas al deudor, o se produce alguna de las circunstancias previstas en el propio contrato a las que se atribuye dicha consecuencia⁸⁵⁹. Teniendo en cuenta la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito, o la unidad del crédito hipotecario, puede pensarse que estas cláusulas influyen directamente en la hipoteca y que por tanto, tienen eficacia real, y deben afectar a terceros, pues el vencimiento adelantado del crédito arrastra la ejecución de la hipoteca, y como consecuencia de esta eficacia real, debería practicarse su inscripción.

Antes de llegar a la inscripción, la DGRN siempre ha analizado en primer lugar si los pactos que se desea inscribir son válidos. La mayor parte de la doctrina considera que estos pactos serán válidos si se constituyen dentro de la autonomía de la voluntad art. 1255 del CC y del carácter interpretativo y subsidiario de la regla art. 1127 del CC, siempre que la autonomía de la voluntad quede contenida en los límites de la buena fe, art. 1258 del CC, y los contratos no queden al arbitrio de una de las partes, art. 1256 del CC.

⁸⁵⁷ Concluyen CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., op. cit., pág. 680.

⁸⁵⁸ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 326.

⁸⁵⁹ RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. G., op. cit., pág. 76.

En segundo lugar, la cuestión planteada es si son inscribibles. Aquí se plantea la cuestión de si los pactos tienen trascendencia real, como reza el renovado art. 12 de la LH, o si aunque de carácter obligacional son oponibles *erga omnes* como determina otra parte de la doctrina. Siguiendo a RODRIGUEZ DE ALMEIDA, los pactos de vencimiento anticipado, si son válidos, deben formar parte de la obligación garantizada, y aunque no forman parte del derecho de hipoteca, pues *a priori* tienen naturaleza personal, sí pueden afectar a terceros y por lo tanto deben ser oponibles y acceder al Registro de la Propiedad. Una vez que han accedido al Registro formarán parte del derecho real de hipoteca y por tanto, quedarán sujetos a su régimen típico en cuanto a la realización y ejecución, acciones y prioridad.

En las hipotecas convencionales, si tuviéramos que presentar en el Registro la cláusula de vencimiento anticipado por la venta de la finca, el registrador nos rechazaría la misma como contraria al art. 27 de la LH, que impide el acceso al Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer, no recogidas en el art. 26 de la LH, pues supondría aceptar una prohibición de disponer contenida en un acto a título oneroso. No tendrían acceso al Registro puesto que la norma considera que la hipoteca ya garantiza su cumplimiento. En este sentido son numerosas las Resoluciones de la DGRN, por ejemplo la de 15 de julio de 1998, igualmente la Resolución 8 de noviembre de 1993, puesto que estos actos de gravamen o enajenación no suponen menoscabo de la garantía real constituida⁸⁶⁰.

⁸⁶⁰ Resolución de la DGRN de 15 de julio de 1998, RJ 1998/5969: “...debe confirmarse el criterio del Registrador en lo que respecta a la realización de actos de gravamen o enajenación, por cuanto se contradice el principio de libertad de contratación que inspira la legislación civil y que constituye uno de los pilares básicos de nuestro sistema hipotecario (cfr. artículos 26, 27 y 107.3 de la Ley Hipotecaria), y se restringe innecesariamente el crédito territorial al impedir al propietario la posibilidad de constituir segundas o posteriores hipotecas si el valor del bien pudiera cubrir éstas; igualmente debe confirmarse la exclusión decidida por el Registrador en cuanto a la posible sobreveniencia de embargos o anotaciones sobre el bien hipotecado, toda vez que al no concretarse a trabas que pudieran ser preferentes a la hipoteca, o a anotaciones que pusiesen en entredicho la propia subsistencia y prioridad de ésta, supondría el vencimiento anticipado del crédito hipotecario por circunstancias que no menoscaban en absoluto la garantía real constituida y que no tienen por qué comprometer la solvencia misma del deudor (cfr. artículo 1129). “

Resolución de la DGRN 9114 de 8 de noviembre de 1993: “ En cuanto al pacto contenido en el ap. 7.c) de la escritura que concede al acreedor la facultad de exigir la inmediata devolución del capital prestado si la finca hipotecada se enajena, grava o es objeto de embargo o anotación preventiva, carece de las condiciones necesarias para inscribirse porque es contrario al principio de libertad de contratación que inspira la legislación civil y que constituye uno de los principios básicos de nuestro sistema hipotecario -arts. 26, 27 y 107.3.º de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732)- como ha expuesto reiteradamente este

Ni que decir tiene, que menos aún se debería admitir la inscripción de la cláusula de vencimiento anticipado por dejar de residir en la finca el solicitante, que sería un pacto de carácter obligacional, *inter partes* y que en nada afecta al derecho real de hipoteca, y que podrían considerarse abusivas. Como contrapartida cabe señalar que, pese a todo, la inscripción de cláusulas nulas, conforme al art. 33 de la LH no las sana. Ahora bien, el ingreso en el Registro de cláusulas abusivas hace del contenido de los libros confuso y confiere al acreedor un título ejecutivo apoyado en disposiciones que no vinculan al consumidor. Cabría, sin embargo, en estos casos y conforme al art. 23 LCGC, recordar al adherente consumidor, que no puede ser compelido bajo ninguna apariencia de legalidad, sea el título notarial o registral, a cumplir cláusulas abusivas y señalarle que se encuentra facultado para dirigirse a las entidades a las que se refiere el art. 16 LCGC a fin de que interpongan una acción colectiva en defensa de sus intereses.

La primera pregunta que se formularía el registrador, es si esta condición sería o no legal, de acuerdo con el art. 26 de la LH, *“Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: 1ª Las establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial, y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio...”*.

De acuerdo con el art. 1255 CC, podríamos considerar esta prohibición de disponer contraria a Derecho, pero a la vista de la DAP de la Ley 41/2007, que recoge expresamente la posibilidad del acreedor de dar por vendido el crédito en el caso de venta del inmueble y no sustitución por una garantía suficiente, debería considerar esta condición como válida y eficaz.

La segunda pregunta sería si estamos ante una cláusula de vencimiento anticipado de carácter obligacional o con trascendencia real, es decir, si debemos o no permitir su acceso al Registro y por lo tanto otorgarle eficacia real, junto al resto de la hipoteca. Según reiterada doctrina de la DGRN, el posible vencimiento anticipado de la obligación en caso de enajenación no son inscribibles (así resoluciones de 30 de junio de 1913, 9 de junio de 1914, 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936, 27 de enero de 1986, 23 y 26 de octubre y de 1987, etc.). Si se establecieran como prohibiciones legales

Centro Directivo, ya que dicho pacto impone unas limitaciones que disminuyen para el dueño la posibilidad de constituir nuevas hipotecas y contraria de esta manera el fomento del crédito territorial.”

resolverían el problema de las enajenaciones voluntarias, pero no forzosas en otros procedimientos de ejecución.

Sobre este particular son varias las resoluciones de la DGRN, publicadas estando ya en vigor la Ley 41/2007, con la nueva redacción del art. 12 LH, y la DAP de la Ley 41/2007, Resoluciones de la DGRN 6762 y 6761 de 19 de marzo de 2008, 6763 de 22 marzo de 2008, 6764 y 6765 de 24 de marzo de 2008 y 6767 de 25 de marzo de 2008, en sendos recursos interpuestos por la compañía irlandesa Seniors Money (Spain) Finance Limited⁸⁶¹.

Así mismo, se han emitido cuatro resoluciones significativas que modifican en parte las resoluciones emitidas anteriormente: Resoluciones de la DGRN de 1 de octubre de 2010, 2010 de 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011, por recursos interpuestos por la sociedad Manchester Building Society⁸⁶².

Como señala MARTINEZ ESCRIBANO en nuestro país han establecido su residencia habitual muchos ciudadanos de la Unión Europea, extranjeros de la tercera edad, muchos de ellos anglosajones, que deseen establecer una hipoteca inversa sobre su residencia habitual situada en España y contratarla con una entidad financiera de su país de origen, bien por afinidad, por confianza, o por ser la entidad que conocen⁸⁶³. Estas entidades comercializaban, antes de la publicación de la Ley 41/2007, una hipoteca cercana a la hipoteca inversa española, con las cláusulas de vencimiento propias de la hipoteca inversa de su país de origen. De este modo una hipoteca no sometida al régimen legal, sino a la libertad de pactos y a las normas civiles e hipotecarias cuenta con la oposición en el acceso al Registro de determinadas cláusulas, y recordemos que este acceso resulta básico cuando en nuestro ordenamiento la inscripción de la hipoteca es constitutiva.

⁸⁶¹ Entidad financiera con origen en Irlanda, afincada en distintos países a través de Seniors Money Internacional, como Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sur África o España, que comercializa específicamente, hipotecas inversas, Lifetime Loan, dirigidos a personas mayores en estos países. En España está afincada en la zona de costa principalmente Marbella. www.seniorsmoney.es/about-us, 5/01/2011.

⁸⁶² Entidad financiera afincada en Reino Unido, Manchester, dedicada a la comercialización de hipotecas y productos de ahorro. www.themanchester.co.uk. 5/01/2011.

⁸⁶³ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 58.

3.3. EVOLUCIÓN EN LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN

Vamos a realizar un estudio más pormenorizado, puesto que estas resoluciones van a delimitar la entrada de una hipoteca cercana a la inversa en el Registro, aunque con anterioridad a la Ley 41/2007 existieran figuras afines, como figura recién definida en nuestro ordenamiento, este supone el bautizo de la hipoteca inversa.

En una primera fase, todas las Resoluciones de la DGRN del año 2008, se resuelven en el siguiente sentido:

1.- La DGRN como cláusulas de vencimiento ordinario inscribibles, válidas como cláusulas por las que se puede requerir el pago las siguientes⁸⁶⁴:

a. La muerte del deudor. De modo que a los seis meses de la muerte del deudor se declara vencido el crédito.

b. La falta de residencia habitual. Igualmente califica como cláusula por la que se puede requerir el pago el hecho de que el último residente nombrado, haya dejado de residir, especificando qué se entiende por dejar de residir. En esta escritura se establecía que mantenerse ausente seis meses de la vivienda, se tenga o no la intención de volver, es causa de vencimiento anticipado. De modo que,

⁸⁶⁴ Pero la DGRN, 14 de marzo de 2008 argumenta que *...”debe advertirse que aparece suficientemente determinada la duración o vencimiento del préstamo, ya que se prevé que su reembolso o amortización no se realizará gradualmente, sino en una sola vez a su vencimiento, bien coincidiendo con la venta de la casa o por el requerimiento que realice la parte acreedora, bien por incumplir los deudores el contenido de la escritura o bien a los seis meses desde la muerte del último residente nombrado o que el último residente nombrado haya dejado de residir en la finca, identificándose a los que considera residentes y especificando qué se entiende por dejar de residir. Nos encontramos pues con una obligación contraída de presente, cuya duración o vencimiento para su devolución depende de unos hechos futuros, unos ciertos en su acaecimiento, aunque inciertos en el cuándo (la muerte del último prestatario) y otros inciertos también en su existencia como son la venta de la casa, el incumplimiento del contenido de la escritura o la falta de residencia por el último prestatario, circunstancias estas dos últimas que, para la plena efectividad de la hipoteca, requerirán en el momento de su eventual ejecución, la prueba extrarregistral de la concurrencia de la causa que hace exigible la devolución de la cantidad prestada, pero que en modo alguno impide la inscripción de la obligación garantizada tal y como está configurada, por cuanto el principio de determinación registral debe predicarse sólo respecto del derecho real que se inscribe, la hipoteca, la cual debe quedar perfectamente determinada en su alcance y extensión, siendo irrelevantes respecto de aquel principio, los aspectos del préstamo garantizado que no influyan en el juego de la garantía. Por tanto, configurada la obligación garantizada dentro de los límites que exige el principio de libertad de pacto consagrado en nuestro derecho por el artículo 1255 del Código Civil y no resultando violentados en el aspecto real los demás principios que inspiran nuestro sistema hipotecario, debe admitirse la inscripción de la cláusula hipotecaria ahora discutida, la cual guarda similitud en su formulación, con los requisitos exigidos ex lege, actualmente, para la existencia de la llamada hipoteca inversa (cfr. apartados 1 y 11 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre [RCL 2007, 2221])... ”.*

una cláusula que podría tener trascendencia suficiente para llegar al Registro de la Propiedad, es la calificación de la vivienda como vivienda habitual, cuando hemos visto anteriormente que no era una calificación que accediera al Registro.

c. La venta del inmueble.

d. Por incumplir los deberes de la escritura, cláusula general que admite cualquier pequeño incumplimiento, y que sorprende su admisión, en resoluciones posteriores será rechazada.

La DGRN se apoya en la libertad de pactos del art. 1255 CC y en la nueva DAP de la Ley 41/2007, para admitir la inscripción de estas cláusulas, considera que en algunos casos será necesaria una prueba extrarregistral para confirmar algunos aspectos.

2.- “*Inexistencia de garantía patrimonial*”, o limitación de la responsabilidad del deudor al valor de la vivienda. Con estas palabras denomina la entidad financiera, al hecho de permitir en el reembolso del préstamo que si como consecuencia de la venta de la finca, si el importe de la venta supera el importe de lo adeudado, el deudor puede ver limitada su responsabilidad a la cantidad obtenida por la venta, siempre que notifique a la acreedora su intención de vender, no haya ningún incumplimiento del contrato, y que la entidad puede verificar el valor por medio de un tasador independiente. La DGRN permite que esta cláusula establecida por *Seniors Money* acceda al registro, porque considerarla un beneficio para el deudor, que ve reducida su responsabilidad personal con respecto a la universal del art. 1911 CC⁸⁶⁵.

En este caso, el contrato que se inscribe se aleja de la figura tipificada en la Ley 41/2007 y de la responsabilidad real y personal del ordenamiento jurídico

⁸⁶⁵ Resolución de la DGRN 6767, 25 marzo de 2008: “ *Inexistencia de Garantía patrimonial, que consiste en esencia, en que en aquellos supuestos en que teniéndose que reembolsar el préstamo como consecuencia de la venta de la finca, si en ese momento el importe de lo adeudado supera el valor de la finca (téngase en cuenta que en este préstamo se van acumulando los intereses devengados al capital, no siendo exigible ninguna cantidad hasta el momento del vencimiento), el deudor puede ver limitada su responsabilidad a la cantidad neta obtenida de la venta de la finca, siempre que: a) notifique a la acreedora su intención de vender; b) la finca se venda por su valor de mercado; 3) Que la entidad acreedora pueda verificar ese valor por medio de un tasador independiente con anterioridad a su venta; 4) Que no se haya producido un suceso de incumplimiento del contrato*”... La cláusula aludida además de ser en beneficio del deudor, que ve de esa manera reducida su responsabilidad patrimonial universal ex artículo 1911 del Código Civil, está condicionada en su aplicación, a unas causas concretas y objetivas, como son la venta por valor de mercado de la finca (constatable a través de un tasador independiente) y no haber incurrido el deudor en ningún supuesto de incumplimiento del contrato.

español, porque *Seniors Money* ha trasladado a la contratación española una figura importada de modo literal, de la *lifetime mortgage* inglesa.

3.- Capitalización de intereses. Se considera que carece de trascendencia real el pacto de anatocismo, y, por lo tanto, no debe de acceder al Registro de la Propiedad. La DGRN recuerda que dentro del ámbito hipotecario, los intereses sólo pueden reclamarse en cuanto tales y dentro de los límites legales y pactados hasta por cinco años, pero nunca englobados en el capital. E igualmente, alude a la excepción actualmente vigente, la hipoteca inversa.

Podemos distinguir una segunda fase en su jurisprudencia hipotecaria. En diversas resoluciones de la DGRN de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011, el criterio de la DGRN la opinión de este centro ha cambiado, tiene un nuevo enfoque de cuanto a cómo deben acceder las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado al Registro, realizando una nueva interpretación del art. 12 LH, y por lo tanto de la labor del registrador.

1.- Considera que las estas cláusulas deben acceder al registro, cuando el registrador previamente las haya calificado favorablemente, por configurar el derecho de hipoteca y tener trascendencia real, y accederán en los términos que resulten de la escritura de formalización, siempre que no hayan sido declaradas nulas por sentencia judicial o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos⁸⁶⁶. Observa el centro directivo que el objetivo de la reforma ha sido, una limitación al juego del artículo 18 de la LH que responde a un intento de adaptación a las necesidades concretas del mercado hipotecario, con el objetivo de favorecer la contratación en masa. Y continúa estableciendo como el art. 12 LH habrá que ponerlo en relación con los principios que inspiran la normativa de protección a los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen

⁸⁶⁶ Resoluciones de la DGRN de 1 de octubre 2011 y ss. “esas «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real” “el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.”

perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, donde de regula la contratación de los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios (vigente en el momento de la resolución), en su artículo 18.1 señala que “*los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley*”.⁸⁶⁷

Estas resoluciones recuerdan como ha sido el derecho comunitario el origen de la protección de los consumidores y usuarios, donde tras la sentencia Von Colson (As.14/83)⁸⁶⁸ y la reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, queda clara la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, y de conseguir el resultado previsto por la misma. Igualmente señalan la importancia de impedir el uso de las cláusulas abusivas, y recuerda la decisiva postura del Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de diciembre de 2009⁸⁶⁹, donde reitera el papel decisivo del registrador en la calificación de las cláusulas abusivas, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sentido de que “*...una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula*”.

Concluye la DGRN que para definir el ámbito de función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financiera y de vencimiento anticipado del párrafo segundo del art. 12 de la LH, se deberán ponderar y coordinar la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la LH y a los

⁸⁶⁷ Autores como GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., DEL POZO CARRASCOSA, P., op. cit. pág. 68, consideran que la calificación de los títulos que se presentan a la inscripción constituye el mecanismo inicial para hacer efectivo el principio de legalidad, por lo tanto la calificación consiste en el examen o comprobación que hace el Registrador de la legalidad de los títulos que se presentan para registrar.

⁸⁶⁸ En Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen, El tribunal de trabajo de Amburgo plantea al TJCE varias cuestiones prejudiciales, entre ellas: Si los particulares pueden invocar en su caso ante los organos jurisdicciones nacionales las disposiciones de las directiva en los plazos previstos, en defecto de adaptación a la misma del ordenamiento jurídico nacional. Finalizando este tribunal que “*...al aplicar el Derecho Nacional y sobre todo las disposiciones de una ley nacional promulgada con el fin específico de ejecutar una Directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar el Derecho Nacional a la luz del texto y del fin de la Directiva.*”

⁸⁶⁹ Donde se establece la nulidad de las cláusulas: La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los arts. 661, 675 y 681 LEC, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca -realización de la finca hipotecada.

imperativos demandados por el ordenamiento comunitario. Y podrá rechazar la inscripción siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, o de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Este ha sido el modo en que la DGRN ha modulado el tajante texto del art. 12 de la LH, con una previa calificación registral.

2.- En estas resoluciones se valora la figura del crédito en cuenta corriente, frente al préstamo mutuo, como muy útil en la práctica en cuanto que permitirá englobar las diversas partidas que configurarán el saldo final o deuda exigible al tiempo del vencimiento de la obligación garantizada por la hipoteca inversa. Y en especial la partida de los intereses, ya que la DGRN reconoce la incertidumbre existente en este tipo de hipoteca sobre el momento del vencimiento del préstamo o crédito garantizado que impide un cálculo exacto del riesgo financiero, por lo que debe permitirse que los intereses se sumen al capital, a través de la correspondiente partida de cargo en la cuenta. Y dado que los intereses devengados no son pagaderos hasta el fallecimiento del acreditado, puedan acumularse al capital, pues el interés ya devengado hasta entonces no puede ser reclamado ni garantizarse por tanto por separado. Aunque admite plenamente el pacto de anatocismo, instrumentada la hipoteca a través de una cuenta de crédito, *“...en rigor en estas hipotecas no podría hablarse de una capitalización de los intereses ordinarios vencidos, ni resulta aplicable en puridad la regla del artículo 317 del Código de Comercio conforme a la cual los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, por cuanto que respecto de estos intereses no procede exigir su pago, sino sólo su cargo en la cuenta, sin que pueda hablarse con propiedad de intereses impagados respecto de los todavía no exigibles”*.

3.- Igualmente estas resoluciones admiten como propio de las hipotecas inversas, como parte de su contenido natural, la extensión de los intereses por plazo superior a cinco años, de acuerdo con el art. 114.2 de LH, salvo pacto en contrario.

4.- En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, en los casos en que se realice una disposición de los bienes, siguiendo la STS de 16 de diciembre de 2009, la DGRN se reitera *“En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia*

real, y sólo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales)», por lo que entiende que «no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar».

a) Venta del inmueble. En el caso de las hipotecas inversas se establece en la norma un caso de excepción la DAP, número 5, en atención al carácter *intuitu personae* de esta hipoteca. Limita esta excepción al supuesto de la transmisión, sin extenderse a la constitución de gravámenes o derechos reales limitados, y condicionado a que se conceda al deudor la facultad de *sustituir la garantía de manera suficiente*.

b) Arrendamiento. En el caso de la prohibición absoluta de arrendar, siguiendo al STS, califica esta cláusula no sólo como no inscribible, sino como no válida⁸⁷⁰. El motivo que cuando el efecto del vencimiento anticipado del préstamo no se restringe a los arrendamientos exentos del principio de purga de las cargas posteriores, entonces las cláusulas que imponen tal vencimiento son nulas por infringir el artículo 27 de la LH.

Constituida la hipoteca inversa como una hipoteca de máximo, se deberá recoger en la escritura de constitución y en la inscripción, su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca hipotecas, el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Igualmente se podrá pactar en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Apunta MARTINEZ ESCRIBANO, como el ordenamiento norteamericano se planteaba un problema de preferencia de préstamos que hoy se ha superado, pero que suponía que si tras constituirse la hipoteca inversa, el

⁸⁷⁰ STS de 16 de diciembre de 2009: “...el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 LH). La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no sólo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los artículos 661, 675 y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca –realización de la finca hipotecada–.»

prestatario contraía una segunda deuda, el segundo acreedor tenía preferencia sobre el primero, respecto de las cantidades que aún no se hubieran entregado antes del nacimiento del segundo crédito⁸⁷¹. En nuestro ordenamiento no es posible más teniendo en cuenta que la hipoteca inversa forma parte de las reguladas por la Ley 41/2007 como hipotecas de máximo o hipotecas de seguridad, donde tanto la obligación, como la cuantía, y algún otro dato, pueden estar indeterminados, aunque son identificables a través de una determinación extrarregistral posterior.

Otro problema que se suscita en la hipoteca inversa común con las hipotecas ordinarias son las hipotecas legales tácitas que se reconocen por ministerio de la ley y sin necesidad de constancia registral, generalmente como consecuencia de obligaciones tributarias o frente a la comunidad de propietarios, anteponiéndose a otro crédito garantizado con hipoteca. En el caso de la hipoteca inversa la repercusión de estas obligaciones es mayor al ser una hipoteca de realización del valor del inmueble, que se vería truncado por la aparición de un crédito que se antepone⁸⁷².

4. REGIMEN FISCAL Y EXENCIONES DE LA HIPOTECA INVERSA

4.1. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

4.1.1. Tratamiento fiscal de las disposiciones del préstamo

Resulta oportuno analizar cómo se aplican las exenciones del impuesto en el caso de la transmisión y disposición de la vivienda habitual por personas mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia. Por una parte, queda exenta del impuesto la ganancia patrimonial derivada de la transmisión de la vivienda habitual, de acuerdo con el art. 33.4.b de la LIRPF, en consonancia con la Ley de Dependencia⁸⁷³. No obstante, este artículo procede de la redacción dada por la Ley 18/1991 de 6 de junio sobre

⁸⁷¹ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit. pág. 182.

⁸⁷² MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit. pág. 183.

⁸⁷³ Ley 35/2006 de IRPF, art. 33.4.b: “Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: Con ocasión de la transmisión de su vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia de conformidad con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia...”

IRPF⁸⁷⁴, donde por primera vez se incluye la exención del impuesto por la transmisión de la vivienda, si bien entonces se excluía de los incrementos patrimoniales la transmisión de la vivienda cuando fuera a cambio de una renta vitalicia. Se deduce de la modificación normativa producida en esta materia, al recoger esta exención y haber suprimido con posterioridad la referencia a la expresión “*a cambio de una renta vitalicia*”, que se ha ampliado la exención a cualquier tipo transmisión⁸⁷⁵.

Por otra parte, la introducción por la Ley 35/2006, del IRPF de la Disposición Adicional Décimo Quinta supone que, no generarán rentas las *disposiciones de la vivienda habitual* por parte de las personas mayores de 65 años o de las personas que se encuentren en situación de dependencia severa o de gran dependencia⁸⁷⁶. Estos actos de disposición serían la constitución de derechos reales o la cesión de uso o disfrute sobre aquéllos, que constituyen actos limitativos de la propiedad y que generan rendimientos del capital inmobiliario, (art. 22 LIRPF)⁸⁷⁷.

Los beneficios fiscales a que nos referimos en este apartado se aplican a la vivienda habitual, cuyo concepto se recoge en los arts. 68.3 de la LIRPF y 54.4 del RIRPF 439/2007. A efectos exclusivamente de la exención del art. 33.4.b de la LIRPF, transmisión de vivienda habitual por persona mayor de 65 años o por persona en situación de dependencia severa o gran dependencia, se entiende que nos encontramos en este caso, cuando, con arreglo a lo dispuesto en el art. 54.4⁸⁷⁸, dicha edificación constituya su vivienda habitual en ese momento, o

⁸⁷⁴ Art. 44.5.c: “*No se someterán al Impuesto los incrementos y disminuciones de patrimonio que se pongan de manifiesto: c) Con ocasión de la transmisión, por personas mayores de sesenta y cinco años, de su vivienda habitual a cambio de una renta vitalicia.*”

⁸⁷⁵ RANCAÑO MARTIN, A., op. cit., págs. 10 y 11.

⁸⁷⁶ La DA 15, ley 35/2006 de 28 de noviembre del IRPF: “*no tendrán la consideración de renta las cantidades percibidas como consecuencia de las disposiciones que se hagan de la vivienda habitual por parte de las personas mayores de 65 años, así como de las personas que se encuentren en situación de dependencia severa o de gran dependencia a que se refiere el artículo 24 de la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, siempre que se lleven a cabo de conformidad con la regulación financiera relativa a los actos de disposición de bienes que conforman el patrimonio personal para asistir las necesidades económicas de la vejez y de la dependencia*”.

⁸⁷⁷ Art. 22 de IRPF: “*Rendimientos íntegros del capital inmobiliario. 1. Tendrán la consideración de rendimientos íntegros procedentes de la titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre ellos, todos los que se deriven del arrendamiento o de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre aquéllos, cualquiera que sea su denominación o naturaleza.*”

⁸⁷⁸ Art. 54.4: “*A los exclusivos efectos de la aplicación de las exenciones previstas en los artículos 33.4b) y 38 de la Ley del Impuesto, se entenderá que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando, con arreglo a lo dispuesto en este artículo, dicha*

hubiera tenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de transmisión⁸⁷⁹. Este artículo, aporta un nuevo plazo para determinar cuando estamos ante una vivienda habitual, pero se trata, como ya hemos comentado de un plazo útil, únicamente, a efectos fiscales.

Es unánime entre la doctrina considerar que las hipotecas inversas necesitan ayudas fiscales para que realmente resulten atractivas a nuestros mayores. Durante la elaboración del Proyecto de Ley fueron presentadas numerosas Enmiendas tratando de conseguir mayores reducciones fiscales, que en último término, no fueron incluidas en la norma.

Las rentas obtenidas por mayores de 65 años o personas en situación de dependencia severa o gran dependencia por la constitución de hipotecas inversas, únicamente sobre su vivienda habitual, están exentas de tributación del impuesto. De hecho, una consulta vinculante de la Dirección General de Tributos (V 2215-07), de 19 de octubre de 2007, sobre la sujeción al impuesto, de las disposiciones de un crédito o préstamo de una hipoteca inversa, realizada antes de la tipificación legal de esta figura, aclara la solución, argumentando que ya se había previsto anteriormente a la Ley 41/2007, en la Ley 35/2006 del IRPF⁸⁸⁰: “*no tendrán la consideración de renta las cantidades percibidas como consecuencia de las disposiciones que se hagan de la vivienda habitual*”. Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2007 la Dirección General de Tributos vuelve a pronunciarse en el mismo sentido en diversas consultas⁸⁸¹. Por lo tanto, no se consideran rentas, ni como rendimientos del trabajo, en cuyo caso estarían sometidas a la escala de tarifa, ni como rendimiento del capital inmobiliario, -de forma similar a un alquiler-, ni como rendimientos de capital mobiliario en cuyo caso hubieran tenido una tributación inicial del 19%.

Aunque si seguimos esta argumentación en que se basa la DGT, de acuerdo con la DA 15 de la Ley 35/2006, en el caso de las hipotecas inversas que hemos denominado de segundo nivel, por ejemplo, aquellas constituidas sobre

edificación constituya la vivienda habitual en ese momento o hubiera tenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores.”

⁸⁷⁹ RANCAÑO MARTIN, A., op. cit., pág. 11.

⁸⁸⁰ Y la DGT aclaraba que la futura Ley 41/2007 lo haría, “*En definitiva, y salvo que finalmente el citado Proyecto de Ley sea aprobado en unos términos que establezcan lo contrario, la percepción del importe del préstamo o crédito derivado de la hipoteca inversa no generará rentas sujetas al Impuesto*”.

⁸⁸¹ Cfr. con las Consultas de la DGT V 1716-08 y V 2788-11 : “*...en definitiva, la constitución de una hipoteca inversa conforme a los términos establecidos en las normativas señaladas, conllevará que la percepción del importe del préstamo o crédito derivado de la misma no generará rentas sujetas al Impuesto*”.

una segunda vivienda, por el contrario, sí deberíamos considerar como rentas sujetas al impuesto las disposiciones obtenidas por la contratación de una hipoteca inversa sobre un bien inmueble diferente de la vivienda habitual.

En nuestra opinión, la norma ha expresado la no exención al impuesto de las disposiciones de la “vivienda habitual”, refiriéndose en concreto a las transmisiones del inmueble. Sin embargo, las consultas vinculantes de la DGT, llevan a pensar que las disposiciones del préstamo están exentas porque lo establece la DA 15ª de la ley 35/2006. Sin embargo, cualquier disposición de un préstamo no genera rentas sujetas al impuesto, como pudiera ser la disposición de un préstamo para adquirir un vehículo, comprar una vivienda o, en el terreno empresarial, cualquier préstamo de inversión o financiación. La contratación de un préstamo hipotecario no genera rentas, porque *la peculiaridad de que el préstamo o crédito no se solicite para la adquisición del inmueble sino para cumplimentar una pensión no conlleva la mutación de su naturaleza*⁸⁸². Además, resultaría totalmente antisocial e incongruente con el resto de los préstamos, que además de tener que hipotecar la vivienda para obtener ingresos, estos tributaran. A nuestro entender se ha producido una errónea interpretación de una normativa anterior, del año 2006, que cuando hablaba de *cantidades percibidas como consecuencia de las disposiciones que se hagan de la vivienda*, se refería a venta, arrendamiento, usufructo, etc. del inmueble con la consiguiente generación de incremento patrimonial.

Nos podemos plantear cuál es el tratamiento fiscal de otro modo de obtención de rentas sobre la vivienda como es el alquiler, en contraposición con la hipoteca inversa. Nuevas consultas ante la DGT (V 1590-08, y V 0943-08 de 13 de mayo de 2008), se cuestionan si el alquiler de una vivienda propiedad de una mujer de 90 años con destino a sufragar el coste de una residencia de mayores puede considerarse como un acto de disposición, a efectos de no ser

⁸⁸² BILBAO ESTRADA, I. y SANTANA MOLINA, J. C., op. cit., pág. 25 y ss. apoyan que “...las cantidades que percibiera el prestatario, mayor de 65 años o dependiente, no estarían sujetas al IRPF dado que no constituyen más que las cantidades percibidas como consecuencia del préstamo o crédito garantizado mediante la hipoteca”. Estos autores continúan con el razonamiento explicando que la excepción de la DA 15ª de la Ley 35/2006, es para la disposición que se haga de la vivienda habitual por parte de las personas mayores de 65 años... no tendrán la consideración de renta siempre que se lleven a cabo de conformidad con la regulación financiera relativa a los actos de disposición de bienes que conforman el patrimonio personal para asistir a las necesidades económicas de la vejez y la dependencia. “...atendiendo al planteamiento realizado cabe destacar que esta disposición está prevista para otras figuras distintas de la hipoteca inversa en que las cantidades obtenidas con ocasión de la disposición de la vivienda van a destinarse a la constitución de rentas temporales o vitalicias, que en caso de ausencia de la citada previsión, tributarían como rendimientos del capital inmobiliario.”

consideradas rentas a efectos del IRPF. Aquí, la DGT limita una vez más esta exención de la DA 15 de la Ley 35/2006 a la hipoteca inversa, considerando que en el caso de alquiler se trata de rendimientos del capital inmobiliario⁸⁸³. Como vemos, la interpretación de la DGT ha resultado muy restrictiva al considerar únicamente incluida en la DA 15 de la Ley 35/2006 la hipoteca inversa, que en realidad, no debería estar incluida por tratarse de la disposición de un préstamo.

Por otro lado, se puede producir cierto tratamiento incoherente, puesto que la venta del inmueble por el mayor de 65 años supone que la ganancia patrimonial obtenida no tributa en el IRPF⁸⁸⁴, sin embargo la hipoteca inversa puede suponer un incremento de renta como ha considerado alguna sentencia. Un ejemplo muy gráfico de esta situación ha sido la Sentencia núm. 3009/2011 de 2 mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª. El tribunal deniega una pensión no contributiva a una anciana que había contratado una hipoteca inversa sobre su vivienda y recibe una renta mensual producto de la disposición de su préstamo. El Tribunal considera que a efectos del RD 357/91 de pensiones no contributivas, la anciana dispone de un nivel de ingresos superior al límite económico establecido, sin poner en relación con el caso en cuestión el resto de la legislación posterior sobre esta materia⁸⁸⁵.

En esta línea, y ante estas decisiones, no resulta extraña la llamada de algunos autores sobre el hecho de que la hipoteca inversa era una fórmula de la Administración para desentenderse de las personas mayores y pagar menos pensiones⁸⁸⁶. A partir de ahora todas las mujeres cuya única fuente de ingresos

⁸⁸³ DGT V 1590-08: “...La operación descrita en el escrito de consulta, referente al alquiler de la vivienda habitual de su madre a efectos de sufragar el coste de una residencia para la tercera edad, en nada queda afectada por la disposición adicional decimoquinta de la Ley del Impuesto, pues no se está ante la percepción de un préstamo o crédito derivado de una hipoteca inversa.”

²⁷² Consulta de la DGT V 1686-08 : “Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en la letra b) del apartado 4 del artículo 33 de la Ley del Impuesto, estarán exentas las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de su vivienda habitual por mayores de 65 años, tanto si se transmite el pleno dominio como si se transmite la nuda propiedad, y tanto si es a cambio de un capital o a cambio de una renta vitalicia, siempre que la vivienda habitual reúna los requisitos establecidos reglamentariamente.”

⁸⁸⁵ STSJ de Cataluña, de 2 de mayo 2011 JUR\2011\249262. “La única cuestión que en realidad es objeto de debate es si los ingresos derivados de la referida hipoteca inversa han de computarse como recursos económicos a efectos del límite establecido por los Presupuestos Generales del Estado para recibir pensión no contributiva de Jubilación. El ICASS así lo entendió y procedió a la extinción del derecho a la referida pensión asistencial.”

⁸⁸⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 80. Igualmente, las hipotecas inversas pueden asimismo generar un aumento de las rentas familiares periódicas que produzcan una exclusión del individuo de ciertos tipos de prestaciones de protección social, tales como el acceso a pensiones no contributivas. Este efecto puede inducir al propietario de la vivienda a

sea una pensión no contributiva, que en principio era un colectivo al que iba dirigida la hipoteca inversa, deberán ser advertidas de que si constituyen esta hipoteca pueden perder su pensión de jubilación. Por lo tanto, será preferible mantener la pensión, y la vivienda intacta, sin cargas, o venderla puesto que su transmisión no implica ganancia patrimonial.

Queda lejos la esperanza inicial sobre la reforma introducida en el mercado hipotecario, donde se tipifica la figura de la hipoteca inversa y donde se esperaba que la Administración se involucrara para hacer más atractiva la figura por razones de política socioeconómica. La finalidad social que persigue justificaba la concesión de incentivos que facilitarían su constitución y la convirtieran en un producto financiero atractivo para los deudores y las entidades financieras.

Otras medidas de apoyo, a la vista de que legislativamente no se quisieron apoyar las exenciones fiscales, podrían haber sido el aumento de subvenciones o reducciones de comisiones bancarias, subsidiación de intereses, o la intervención directa de la Administración en determinadas situaciones dignas de protección⁸⁸⁷.

Entre las comisiones bancarias que podrían haberse reducido, limitado o eliminado estarían la comisión de apertura del crédito⁸⁸⁸, estudio, o similares como la comisión de disponibilidad, comisión de excedido, comisión por reclamación de posiciones deudoras, por reducción parcial y voluntaria del límite de crédito⁸⁸⁹. Pero únicamente se ha eliminado la compensación por cancelación, lo que hubiera supuesto una actuación similar a políticas de impulso económico anteriores.

renunciar a los ingresos extra proporcionados por la hipoteca inversa, en cuanto que serían sustitutivos y no complementarios a los ya disponibles.

⁸⁸⁷ La exposición de motivos de la LIRPF justifica estas medidas fiscales de la siguiente manera: “Se configuran dos tipos de beneficios: los dirigidos a aquellas personas que sean ya dependientes, para las que se prevé la posibilidad de movilizar su patrimonio inmobiliario con vistas a obtener unos flujos de renta que les permita disponer de recursos para paliar las necesidades económicas, y, por otra parte, los dirigidos a aquellas personas que quieran cubrir un eventual riesgo de incurrir en una situación de dependencia severa o de gran dependencia. Adicionalmente, dado que la vivienda habitual constituye una importante manifestación del ahorro familiar, se introducen en la Ley mecanismos que permitan, en situaciones de dependencia severa o de gran dependencia, hacer líquida esta fuente de ahorro sin coste fiscal, lo que sin duda constituye un medio adicional de cobertura de esta contingencia”.

⁸⁸⁸ El programa HECM, limita la comisión de apertura al 2 por ciento.

⁸⁸⁹ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 332.

4.1.2. Tratamiento fiscal de las rentas de seguros.

Los beneficios fiscales de la hipoteca inversa no incluyen las prestaciones de cualquier contrato de seguro de supervivencia relacionado con la hipoteca inversa. Se consideran sometidas a tributación como *rendimiento del capital mobiliario*, las prestaciones en forma de *rentas* derivadas de contrato de seguro tal y como se establece en el art. 25 de la Ley 35/2006.

El Grupo Popular presentó las Enmiendas núm. 106 y núm.76, en el Congreso y Senado respectivamente, en las que proponía que las rentas vitalicias aseguradas obtenidas bien de la hipoteca inversa, o de la proyectada vivienda-pensión no tributaran⁸⁹⁰. Recordemos que en la actualidad son rentas procedentes de un seguro y como tal tributan a efectos del impuesto. La filosofía de estas Enmiendas se basaba en que la obtención de unos ingresos para cubrir las necesidades básicas de mayores de 65 años y personas afectadas de dependencia debía fomentarse fiscalmente, y especialmente a través de rentas vitalicias aseguradas que minimizan los riesgos, asegurando una renta al solicitante aunque llegue a una edad muy avanzada. Al mismo tiempo se proponía la modificación de la Ley 35/2006, de IRPF en su art. 7, sobre rentas exentas del impuesto. No obstante, fueron rechazadas, al igual que las propuestas en la tramitación parlamentaria por el Grupo Parlamentario Catalán, Enmiendas núm. 72 y 73 en el Congreso. Básicamente solicitaban la exención en IRPF tanto de las rentas vitalicias como temporales. Mientras que la Enmienda núm. 73, iba más allá, planteando una reducción en la base imponible del impuesto de la renta por gastos de constitución, intereses y primas de las pólizas de seguros⁸⁹¹.

Igualmente, como hemos comentado en el epígrafe anterior, consideramos que esta excepción del impuesto debería ser contemplada para aquellos casos de obtención de un seguro de rentas vitalicias o temporales como una disposición del patrimonio en la tercera edad, de acuerdo con DA 15 de la Ley 35/2006, en consonancia con la legislación anterior.

⁸⁹⁰ Estudia este tema igualmente, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa*, op. cit., págs. 151 y ss.

⁸⁹¹ Enmienda núm. 73: “...podrán ser objeto de reducción en la base imponible los gastos de constitución e intereses devengados por los préstamos o créditos considerados como hipoteca inversa o hipoteca pensión asegurada. Asimismo, podrán reducirse las primas satisfechas por el prestatario por la oportuna póliza de seguro que garantice la percepción de una pensión vitalicia por supervivencia al agotamiento o a la superación del plazo de devolución del importe del préstamo o crédito. El derecho a reducir la base imponible se mantendrá en el supuesto que, mediando un período de más de cinco años desde la constitución de la garantía hipotecaria, se ampliara el plazo o el importe del préstamo o crédito.

La fiscalidad de este tipo de rentas será diferente, si se trata de rentas diferidas o inmediatas⁸⁹². Se considerará rendimiento de capital mobiliario el resultado de aplicar a cada anualidad distintos porcentajes. Si se trata de rentas inmediatas, que no hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, se considerará rendimiento del capital mobiliario el resultado de aplicar a cada anualidad distintos porcentajes en función de la edad del deudor en el momento de constitución de la renta. El prestatario del crédito estará sujeto al impuesto, de acuerdo con unas tablas correctoras en función de si se trata de rentas vitalicias o temporales y de la edad en el momento de inicio de cobro de la renta y duración de la renta de acuerdo con el art. 25,3 de LIRPF⁸⁹³. Así mismo el pago de la renta como rendimiento de capital mobiliario estará sujeto al porcentaje actual de 19% de retención, de acuerdo con el art. 93.1 del RIRPF.

⁸⁹² Respecto a las rentas vitalicias diferidas, el artículo 18 del Real Decreto 439/2007 establece que la rentabilidad obtenida hasta la constitución de las rentas diferidas se someterá a gravamen de acuerdo con las siguientes reglas: – La rentabilidad vendrá determinada por la diferencia entre el valor financiero-actuarial de la renta que se constituye y el importe de las primas satisfechas. – Dicha rentabilidad se repartirá linealmente durante los diez primeros años de cobro de la renta vitalicia.

⁸⁹³ De acuerdo con el art. 25,3 a) del IRPF “En particular, se aplicarán a estos rendimientos de capital mobiliario las siguientes reglas:

Cuando se perciba un capital diferido, el rendimiento del capital mobiliario vendrá determinado por la diferencia entre el capital percibido y el importe de las primas satisfechas.

En el caso de rentas vitalicias inmediatas, que no hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, se considerará rendimiento de capital mobiliario el resultado de aplicar a cada anualidad los porcentajes siguientes:

Edad del deudor a la constitución de la renta	% de renta sujeto a tributar	% de renta exento de tributar
Entre 50 y 59 años	28%	72%
Entre 60 y 65 años	24%	76%
Entre 66 y 69 años	20%	80%
Más de 70 años	8%	92%

Estos porcentajes serán los correspondientes a la edad del rentista en el momento de la constitución de la renta y permanecerán constantes durante toda su vigencia.

Si se trata de rentas temporales inmediatas, que no hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, se considerará rendimiento del capital mobiliario el resultado de aplicar a cada anualidad los porcentajes siguientes:

Duración de la renta	% de renta sujeto a tributo	% de renta exento
Entre 5 y 10 años	12%	88%
Entre 11 y 15 años	16%	84%
Más de 15 años	20%	80%

Elaboración propia.

Cuando las rentas hayan sido adquiridas por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito *inter vivos*, o en el caso de sucesiones *mortis causa*. Es decir, las rentas o rescates percibidos por los herederos, donatarios por transmisiones lucrativas, o beneficiarios, siempre que sea una persona distinta de la que contrató el seguro, la fiscalidad corresponderá al impuesto de sucesiones y donaciones, aplicándose a la base imponible las reducciones establecidas legalmente que dependerán del grado de parentesco y afectividad que se tuviera con el fallecido.

Así podemos comparar el caso de una persona mayor de 65 años que vendiera su vivienda o la nuda propiedad de la misma, a cambio de un capital o a cambio de una renta vitalicia. La situación varía fiscalmente si se trata de un capital que no supone ningún tipo de ganancia patrimonial, pero si se trata de una renta vitalicia como tal está sujeta a unos porcentajes, que en el caso de constituirse a una edad a partir de 65 años van a suponer unos porcentajes, entre el 20% y el 8%⁸⁹⁴.

Y veremos más adelante, que la suscripción de un Plan de Previsión Asegurado con el importe obtenido con la hipoteca inversa goza de determinadas reducciones fiscales.

En lo relativo al Impuesto sobre el Patrimonio, únicamente debemos destacar que las cantidades a devolver en concepto de capital e intereses constituirán una carga o gravamen que se restará a efectos del calcular la base imponible del impuesto⁸⁹⁵. Y cuando la vivienda sea adquirida por los herederos del deudor hipotecario, a efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones las cantidades adeudadas minorarán el valor real de la vivienda como cualquier otra deuda garantizada con hipoteca. Además tratándose de la vivienda habitual, si los herederos reúnen unos requisitos de parentesco y permanencia gozarán de un porcentaje de reducción en la base imponible, según haya establecido la correspondiente Comunidad Autónoma.

⁸⁹⁴ Consulta de la DGT V 1249-09: vender la nuda propiedad de la vivienda a cambio de una renta vitalicia: “...estaría exenta por aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 33.4.b). En cuanto a la renta vitalicia que va a percibir, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.3.a). 2º) de la Ley del Impuesto.....20 por ciento, cuando el perceptor tenga entre de 66 y 69 años; 8 por ciento, cuando el perceptor tenga más de 70 años....Estos porcentajes serán los correspondientes a la edad del rentista en el momento de la constitución de la renta y permanecerán constantes durante toda su vigencia.”

⁸⁹⁵ BILBAO ESTRADA, I. y SANTANA MOLINA, J. C., op. cit., pág. 26.

4.2. IMPUESTOS SOBRE TRANSMISIONES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

Por último, las ventajas fiscales quedaron reducidas a los puntos 7 y 8 de la DAP. Dispone el punto 7: *"Estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación"*.

Pese a las enmiendas presentadas al respecto, se mantuvo el texto original. El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds propuso (Enmienda núm. 27) que cuando los ingresos anuales del prestatario, computándolos en los términos establecidos en la legislación fiscal, sean inferiores al triple de la pensión de jubilación mínima contributiva en términos anuales resultara exento del impuesto, atendiendo a un principio de justicia distributiva. En el mismo sentido, se propuso la Enmienda núm. 27 en el Senado por el Grupo Entesa Catalana de Progrés, argumentando que las exenciones sólo deben aplicarse a las personas que realmente están necesitadas de protección.

La medida fiscal de exención de ITP y AJD, no es la única vez que se utiliza. Meses después el gobierno utiliza la misma herramienta de exención del impuesto, en el caso recogido en la Disposición Adicional Segunda, del RD 2/2008, de 21 de abril de medidas de impulso a la actividad económica, aliviando del coste del impuesto la posible ampliación del plazo en hipotecas ya contratadas, cuando los deudores se ven agobiados por las amortizaciones de los préstamos en momentos como el de la crisis económica iniciada en 2007⁸⁹⁶. Igualmente este tipo de herramienta ya había sido utilizada en la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, tanto la exención en el ITP Y AJD, como en los aranceles registrales y honorarios notariales⁸⁹⁷.

⁸⁹⁶ Esta medida entre otras de exención de impuestos ha sido una solución utilizada en España. Igualmente el RD de 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, vuelve a establecer la exención en algunos casos. En otros países se intenta atacar el problema de la falta de pago de las hipotecas ante la crisis a través de medidas como inyecciones de efectivo, intentando impedir las ejecuciones hipotecarias en países como EEUU. La estadounidense HERA 2008. Housing and Economic Recovery Act of 2008. *"..\$4.000.000.000, to remain available until expected, for assistance to State and units of general local government...for the redevelopment of abandoned and foreclosed open hoes and residential properties"*.

⁸⁹⁷ Cfr. Ley 2/1994, Art. 7. *"Beneficios fiscales. Estará exenta la escritura que documente la operación de subrogación en la modalidad gradual de Actos Jurídicos Documentados sobre documentos notariales"*.

La Dirección General de Tributos sigue perfilando la exención del impuesto de la hipoteca inversa a través de las consultas realizadas. En este caso, la vivienda resulta ser copropiedad entre una hija menor de 65 años y su madre mayor. Basándose en que no concurren todos los requisitos personales de la hipoteca inversa en los propietarios de la vivienda, no permite atribuir a esta hipoteca los beneficios fiscales de la hipoteca inversa si el préstamo excede de la mitad del precio tasado del inmueble. De este modo, vemos que para que la hipoteca esté acogida a la DAP de la Ley 41/2007 en su conjunto, el solicitante debe ser propietario al 100 por cien de la vivienda hipotecada, sino solo estará acogida a la exención en el porcentaje de propiedad del solicitante⁸⁹⁸. Luego, cuando la hipoteca inversa se refiera a un inmueble que no sea *vivienda habitual*, estará sujeta y no exenta de dicho impuesto de ITP y AJD⁸⁹⁹. Esto suponía entre el 0,5% ó el 1% de Impuesto dependiendo de la Comunidad Autónoma donde estuviese situado el inmueble, tanto la escritura de constitución, como posteriormente en la subrogación, novación modificativa y cancelación de la hipoteca.

4.3. HONORARIOS NOTARIALES Y ARANCELES REGISTRALES.

Se establece el mismo tratamiento para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de estas hipotecas que para los “*documentos sin*

Art. 8. “Honorarios notariales y registrales en la subrogación, novación modificativa y cancelación de créditos o préstamos hipotecarios. Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación, de los créditos o préstamos hipotecarios, se aplicarán los aranceles correspondientes a los Documentos sin cuantía previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.

Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación, de los créditos o préstamos hipotecarios, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, Inscripciones, del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 %”.

⁸⁹⁸ Consulta de la DGT V 1410-09 de 16 de junio de 2009: “...la escritura pública en que se formalice la hipoteca inversa podrá tener, en cuando a ITPAJD y a los honorarios notariales y registrales, los beneficios regulados en la referida disposición adicional primera de la Ley 41/2007 en su totalidad, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en sus apartados 1 a 4 y el importe del préstamos no exceda de la mitad del precio tasado del inmueble.”

⁸⁹⁹ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 121, en el caso de una hipoteca inversa con un garantía inmobiliaria de 300.000 euros, el IAJD podría suponer 6.000 euros ya que el 1% afecta a la suma total de préstamos, intereses y penalizaciones.

cuantía” en los aranceles notariales, y una reducción del 90% en el arancel registral. Se dispone en la DAP punto 8⁹⁰⁰.

La Enmienda núm. 57 del Grupo Parlamentario Catalán, Convergencia i Unió, en el Congreso y la núm. 99 del Senado y las Enmiendas núms. 104 y 69, respectivamente, del Grupo Parlamentario Popular, apoyaban la cuantificación de los honorarios notariales⁹⁰¹. Así, se proponía que en los “*documentos de cuantía previstos en el núm. 2 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90%*”⁹⁰².

Para SERRANO DE NICOLÁS considerar estas operaciones como “documentos sin cuantía, para establecer así la exención resulta “*una mutación de la naturaleza de las cosas*”, puesto que lo que de por sí es un acto de cuantía, no se puede considerar “*no sujeto*”, sino exento. Debemos considerar esta norma como excepcional, y como tal será necesaria una interpretación restrictiva de la misma⁹⁰³.

Como vemos, cada vez que el legislador desea abaratar un producto hipotecario son los notarios quienes ven reducidos sus honorarios, puesto que el legislador no puede incidir en otros operadores del mercado, por lo cual reduce los aranceles notariales y registrales repetidamente en la normativa hipotecaria. En contraposición, si antes de la publicación del régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa -Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre-, era la figura del notario el encargado de informar y asesorar al prestatario, y al mismo tiempo verá minusvalorado económicamente sus honorarios, lo que puede suponer un escaso aprecio por su función de asesor y

⁹⁰⁰ DAP. 8: “*Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.*

9. *Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, «Inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.*”

⁹⁰¹ BILBAO ESTRADA, I. y SANTANA MOLINA, J. C., op. cit. pág. 27.

⁹⁰² BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007. págs. 56 y 81.

⁹⁰³ SERRANO DE NICOLÁS, Á. “Régimen jurídico...” op. cit., pág. 59.: igualmente la profesora, BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 95.

fedatario⁹⁰⁴. La publicación de la Orden, no ha variado sustancialmente la situación, puesto que aunque el asesoramiento recae en la entidad financiera, se multiplican las funciones del notario en cuanto a su responsabilidad en el control de las cláusulas financieras incorporadas a la escritura (art. 30)⁹⁰⁵.

Una vez más, debemos entender que en el caso de las escrituras de constitución de hipoteca inversa, que recaigan sobre vivienda no habitual, no es posible esta exención. En este punto coinciden todos los autores estudiados, en el sentido de que las hipotecas inversas sobre inmuebles que no constituyen residencia habitual no están exentas de estos impuestos y aranceles. El legislador, beneficia fiscalmente sólo y exclusivamente a aquellas hipotecas inversas que cumplen con todos los requisitos de una hipoteca de primer nivel, en cuanto a edad del solicitante y beneficiarios o condiciones de dependencia, y además se trate de una vivienda habitual⁹⁰⁶.

Esta exención fiscal trata de atajar uno de los problemas detectados en Derecho comparado, esto es, el elevado coste de formalización, que se contrapone con la finalidad perseguida⁹⁰⁷. No obstante, a pesar de la eliminación de estos costes, siguen siendo necesarios más apoyos por parte del legislador a estas operaciones.

⁹⁰⁴ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 331. “*se minimiza la figura que puede actuar imparcialmente entre partes tan desiguales mediante la escasa consideración económica que tal documento público puede merecer al legislador en lo que a la función del notario respecta.*”

⁹⁰⁵ A título de ejemplo podemos cuantificar los aranceles de notario, es decir, a los que se derivan del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. Dichos aranceles tiene como base la “responsabilidad hipotecaria” que es aproximadamente 1,6 veces el capital del préstamo. Sobre esta base se aplica un porcentaje de tarifa, establecido legalmente, además del coste de los folios utilizados y de las copias expedidas, asimismo establecido por normativa legal. Igualmente los aranceles de registro de la propiedad se derivan de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Tienen como base la “responsabilidad hipotecaria”, sobre la cual se aplica una tarifa porcentual legalmente establecida. A esta base se añaden los aranceles devengados por el asiento de presentación y las notas marginales.

⁹⁰⁶ Apunta MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 90, que “...*No hay razones de índole práctico ni de seguridad jurídica que conviertan a la hipoteca inversa sobre un inmueble que no sea la vivienda habitual en un producto financiero de peor condición que si recae sobre esta última, sin embargo el legislador ha provocado este resultado...*”.

⁹⁰⁷ De acuerdo con ANGUITA RÍOS, R. M., “Regulación relativa...”, op. cit., pág. 8.

VII. CAPÍTULO SÉPTIMO: SISTEMAS DE GARANTÍA, CAUSAS DE VENCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA.

1. SISTEMAS DE GARANTIA EN LA HIPOTECA INVERSA.

La DAP de la Ley 41/2007 en su punto 6, recoge importantes novedades en este tema: “*cuando se extinga el préstamo o crédito*⁹⁰⁸ *regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no rembolsar 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 art. 114 de la Ley Hipotecaria*”.

Este punto de la disposición pone de relieve dos temas clave: Garantía personal y real y el alcance del término “bienes de la herencia”, y la limitación establecida en el art. 114 de la LH sobre los intereses remuneratorio.

1.1. GARANTÍA PERSONAL Y REAL. ALCANCE DEL TÉRMINO “BIENES DE LA HERENCIA”.

Antes de entrar en este punto, ha de comentarse que la DAP de la Ley 41/2007, no limita la garantía del acreedor exclusivamente, al bien hipotecado. No es propiamente una hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 de la LH, y nada impide, aunque no sea frecuente, que el acreedor solicite otras garantías adicionales⁹⁰⁹. Se podría solicitar la aportación de fiadores o garantías prendarias, como depósitos o activos financieros para resarcirse en el caso de que el bien hipotecado y los bienes de la herencia no fueran suficientes.

Ha de señalarse, no obstante, que en la práctica no es habitual la hipoteca del art. 140 LH⁹¹⁰. No es una figura muy aceptada por las partes, sobre todo las

⁹⁰⁸ Critica acertadamente ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 328, la falta de rigor de la expresión: “*cuando se extinga el préstamo o crédito*” para referirse a una deuda que todavía no resulta exigible.

⁹⁰⁹ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 339: igualmente se manifiesta SIMÓN MORENO, H., op. cit., pág. 63.

⁹¹⁰ Al igual que legislativamente se estableció la hipoteca de responsabilidad limitada, Art. 140 del CC, y la práctica jurídica apenas se ha utilizado, del mismo modo que la responsabilidad mancomunada establecida en los art 1137 y ss. del CC, no se utiliza en la práctica sino que se añade la cláusula de responsabilidad solidaria. Son muy escasas las excepciones, que pueden tratarse de deudores muy especiales.

entidades financieras, ya que el acreedor prescindiría gratuitamente de la garantía patrimonial personal del deudor⁹¹¹. En este sentido, LUQUE JIMENEZ compara esta figura con las deudas reales propias del Derecho Alemán, en las que la deuda está cubierta con una garantía real y no es extensible al resto de los bienes del deudor, además esta garantía es valorada anticipadamente por el acreedor y forma parte inherente del riesgo del negocio jurídico del crédito⁹¹².

El deudor responde cuando haya incumplimiento de la obligación, el problema es que la obligación aquí no es exigible hasta que no fallece el deudor, o peor aún, el último de los beneficiarios, que puede incluso, no tener ninguna relación con los herederos. Las entidades de crédito, en este tipo de operaciones no exigen que el deudor justifique su solvencia⁹¹³, bien por ingresos del trabajo, o por la tenencia de un patrimonio que genere unas rentas que aseguren la devolución de lo entregado. Aunque, en mi opinión, sí deberían hacerlo, porque la devolución del préstamo va a depender del valor de la vivienda y del resto de los bienes de la herencia, aunque este concepto sea algo etéreo, y nunca se sepa qué bienes compondrán la herencia *in extremis*⁹¹⁴. Además la hipoteca puede no terminar en un vencimiento ordinario, es decir con el fallecimiento del deudor, sino que puede producirse un vencimiento extraordinario, y en este caso el deudor responderá con todo su patrimonio.

No obstante, la nueva Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en su art. 18, obliga a las entidades a evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas, a través de procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la referida evaluación de solvencia. Es más, de modo expreso en los créditos o préstamos con garantía real, los criterios para determinar la concesión o no del crédito o préstamo, la cuantía máxima del mismo y las características de su tipo de interés y de su sistema de amortización deben fundamentarse, preferentemente, en la capacidad estimada del cliente para

⁹¹¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 132.

⁹¹² Vid. LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 233.

⁹¹³ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. “La hipoteca inversa. Una alternativa...” op. cit., pág. 64 “...a diferencia de lo que sucede con las hipotecas ordinarias, ya que la única garantía económica del préstamo será el valor en venta, ya sea voluntaria o forzosa, del inmueble en el momento en que tengan que devolverse las cantidades adeudadas”.

⁹¹⁴ En este sentido, SIMÓN MORENO, H., op. cit., pág. 63. “A l’hora de calcular i valorar el risc de constituir una hipoteca inversa, el valor del bé immoble, juntament amb el de la resta de béns de l’herència, són els factors més importants per al creditor, ja que no té més béns al seu abast. No obstant això, és impossible per al creditor calcular els béns que podria tenir el sol·licitant en el moment del traspàs, ja que pot disposar d’aquests en vida.”

hacer frente a sus obligaciones de pago previstas a lo largo de la vida del crédito o préstamo, y no exclusivamente en el valor esperado de la garantía.

En el Derecho francés para la evaluación de hipoteca por la entidad financiera sí se valora el resto del patrimonio del deudor, sobre todo de cara a valorar que el deudor cuide adecuadamente de la vivienda, puesto que la única garantía económica será el valor en venta, voluntaria o forzosa, que el inmueble alcance, junto con la esperada revalorización, en el momento de la devolución de las cantidades devengadas.

En el Congreso se presentaron diversas Enmiendas sobre este tema, Enmiendas como la núm. 25 propuesta por el GP. Izquierda Unida, que defendía que el acreedor no pudiera reclamar a los herederos sobre otros elementos de su patrimonio distintos de dicha vivienda, con el objeto de facilitar a las personas mayores que pudiesen constituir hipotecas inversas sin oposición de sus herederos, y proteger el patrimonio familiar, dada su posición de mayor debilidad. Todos estos planteamientos siempre con la idea de que limitando la extensión de la garantía al bien inmueble, se facilitaría la suscripción de hipotecas inversas. Sin embargo, por el contrario, el texto final establece que si los herederos decidieran no rembolsar los débitos vencidos con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

Al apartado sexto se presentaron diversas Enmiendas en el Congreso, tales como la núm. 26, para garantizar que la ejecución sería posterior al fallecimiento del obligado (Enmiendas núms. 56 y 101), para evitar la limitación de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses, (Enmienda núm. 100), sobre responsabilidad, y la Enmienda núm. 124, que pretendía suprimir el precepto, dejando a esta hipoteca una responsabilidad igual a propia de la hipoteca convencional⁹¹⁵. Incluso, las Enmiendas núms. 124 del Congreso y 26 del Senado proponían la supresión del apartado sexto, *“por entender que no tiene sentido que se garantice la hipoteca con otros bienes que los estrictamente hipotecados. Sería más gravoso que una hipoteca normal”*. Se trataba de tomar como ejemplo la hipoteca inversa inglesa, idea que encaja en la transformación del patrimonio inmobiliario en dinero. En definitiva, que tras muchos avatares parlamentarios el texto que se aprobó fue el mismo que el del proyecto inicial, con la coletilla añadida: *hasta donde alcancen los bienes de la herencia*.

⁹¹⁵BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007.; QUESADA SÁNCHEZ, A. J., op. cit., pág. 22.

Si en condiciones normales, de acuerdo con el art. 1003 del CC, los herederos que acepten la herencia pura y simplemente, o sin beneficio de inventario, se convertirán en los responsables de todas las cargas de la herencia, no siendo limitada su responsabilidad a los bienes de ésta, sino también haciendo garantes los suyos propios, con la matización incluida en la DAP, se limita su responsabilidad con independencia de que hayan aceptado la herencia a beneficio de inventario. Puntualiza ROMERO CANDAU que no parece que el heredero contraiga una deuda por el valor máximo de los bienes de la herencia, sino que serán los propios bienes los que respondan directamente, aunque no por el procedimiento de ejecución hipotecaria⁹¹⁶.

La extensión de la responsabilidad a los bienes de la herencia tiene partidarios y detractores dentro de la doctrina como veremos:

MIGUEL SILVESTRE indica que el hecho de que el legislador haga responder de la deuda a todos los bienes de la herencia, supone un reconocimiento implícito de que la vivienda hipotecada no va a ser suficiente para cubrir la deuda⁹¹⁷. Mientras que otros autores como PEREÑA VICENTE indican que el hecho de limitar a *“los bienes de la herencia, puede interpretarse de dos maneras: o bien el legislador entiende que, en los casos en los que exista una hipoteca inversa existe tácitamente aceptación a beneficio de inventario, o bien, es obligatorio aceptar a beneficio de inventario en los casos en los que exista hipoteca inversa”*⁹¹⁸.

No obstante la redacción legal adoptada apuesta por una *“solución intermedia”*. De acuerdo con una parte de la doctrina, por una parte, ofrece al prestatario que concierta una hipoteca inversa mayor protección de la que tendría a través de una hipoteca convencional y, por otro lado, no eleva la protección hasta el punto de restringir la responsabilidad de los herederos del deudor al valor de la finca hipotecada, lo que restringiría los derechos del acreedor, dado que esa hiperprotección al deudor imposibilitaría la constitución de las hipotecas, al no ser un negocio factible para las entidades de crédito⁹¹⁹. Si, en cualquier préstamo la hipoteca, como garantía, tiene como finalidad la disminución del riesgo derivado del incumplimiento de la obligación, en este tipo de hipoteca este objetivo adquiere pleno significado, siendo la garantía hipotecaria la única base del préstamo. JIMÉNEZ CLAR llega a decir que al vencimiento de la obligación

⁹¹⁶ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 327.

⁹¹⁷ MIGUEL SILVESTRE, J. A., op. cit., pág. 2.

⁹¹⁸ PEREÑA VICENTE, M., op. cit., pág. 10.

⁹¹⁹ ZURITA MARTIN, I., *“La nueva...”*, op. cit., pág. 1305.

garantizada por la hipoteca inversa no existe la figura del deudor hipotecario, ya que el deudor inicial, por definición ha fallecido, y la facultad de redención de la deuda por los herederos no supone en principio la asunción de ésta, ya que la responsabilidad no se comunica a sus patrimonios⁹²⁰. Compara este autor esta responsabilidad derivada de la hipoteca inversa con la constitución de una hipoteca universal tácita sobre la masa hereditaria, aunque resulta excesiva esta formulación, y prefiere asimilarla a la ampliación que realiza el legislador en el art. 115 de la LH, ampliando la responsabilidad por intereses a otros bienes del deudor⁹²¹.

El acreedor deberá para garantizar el recobro de la deuda oponerse a la partición de la herencia, utilizando la facultad del art. 1082 del CC. Pero incluso la partición puede haberse efectuado con anterioridad, en el supuesto de fallecimiento del deudor antes que el último de los beneficiarios que determine el vencimiento de la operación. La acreedora podrá dirigirse contra cada uno de los adjudicatarios de los bienes hereditarios, de acuerdo con el art. 1084 del CC, hasta donde alcance su porción hereditaria, sin que resulte relevante cuál ha sido la forma de aceptación⁹²².

Estamos plenamente de acuerdo con BERROCAL LANZAROT, para quien la hipoteca inversa representa una deuda más de la herencia, a satisfacer por los herederos y no por el legatario, si es que se ha legado la finca gravada con la hipoteca inversa⁹²³. Determina la autora que resulta innecesario establecer limitación alguna de la responsabilidad de los herederos, ya que la aceptación a beneficio de inventario permite garantizar que aunque se acepte la herencia, no sean los herederos responsables de la deuda de la hipoteca inversa, con su propio patrimonio. En este sentido debemos recordar cómo evolucionan nuestros ordenamientos, así el nuevo Código de sucesiones catalán amplía la aplicación del beneficio de inventario, favoreciendo la utilización de esta figura⁹²⁴.

⁹²⁰ Véase, JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 140.

⁹²¹ Art. 115 LH “Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados”; JIMÉNEZ CLAR, A. J. op. cit., pág.141.

⁹²² ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 328.

⁹²³ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 112.

⁹²⁴ Artículo 461-14. Aceptación de la herencia a beneficio de inventario. 1. El heredero puede adquirir la herencia a beneficio de inventario, siempre y cuando tome inventario de la misma, antes o después de su aceptación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 461-15. El heredero puede disfrutar de este beneficio aunque el causante lo haya prohibido y aunque acepte la herencia sin manifestar la voluntad de acogerse al mismo, e igualmente, Artículo 461-16. Beneficio legal de inventario.

Son ententes las dificultades procesales con que se van a encontrar las entidades de crédito para hacer valer esta posibilidad, es decir, para conseguir la ejecución del resto de los bienes de la herencia. De modo que al final se obliga a las entidades que la comercialicen a centrar exclusivamente todos los cálculos del recobro en la vivienda habitual⁹²⁵.

De este modo, siguiendo a RAMOS CHAPARRO, podemos decir que si ha resultado insuficiente la acción real sobre el bien gravado, en su acción personal el acreedor se puede dirigir contra el resto de los bienes hereditarios, teniendo la preferencia crediticia que corresponda a los acreedores simples del causante, que son preferentes a los herederos y a los acreedores personales de estos⁹²⁶. El legislador ha establecido lo que este autor denomina una *separación patrimonial* de origen legal.

Uno de los puntos más conflictivos para incorporar la hipoteca inversa al ordenamiento jurídico español es la diferente relación entre responsabilidad personal y responsabilidad hipotecaria, en nuestro Derecho, frente a otros países como algunos estados de EEUU, donde las hipotecas están garantizadas únicamente con la vivienda hipotecada⁹²⁷. Y lo que ha tratado el legislador, a mi juicio, no es una extensión de la garantía real de la hipoteca con una llamada genérica, “*hasta donde alcancen los bienes de la herencia*”, sino suplir la falta de garantía personal en estas hipotecas por una concreción a todos los bienes del deudor presentes y futuros, es decir, todos los bienes que constituyen su herencia. No obstante, si hubiera sido así, al menos el legislador debería haber pedido que constara en el contrato una relación de los bienes del deudor, en el momento de la contratación. Pero este tipo de inventarios no forman parte de una hipoteca ordinaria, ni parece que haya razones suficientes para aplicarlo a la hipoteca inversa. Además, en la hipoteca ordinaria se responde con todo el patrimonio.

Personalmente considero que la coletilla *hasta donde alcancen los bienes de la herencia*, no aporta mucho, únicamente tendría sentido cuando, existiendo

Disfrutan de pleno derecho del beneficio de inventario, aunque no lo hayan tomado, los herederos menores de edad, tanto si están emancipados como si no lo están, las personas puestas en tutela o curaduría, los herederos de confianza, las personas jurídicas de derecho público, y las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública o de interés social. También disfrutan del mismo las herencias destinadas a finalidades de interés general.

⁹²⁵ ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía, op. cit., pág. 205.

⁹²⁶ RAMOS CHAPARRO, E. J. op. cit., pág. 582.

⁹²⁷ “En virtud de la cual la responsabilidad sólo puede afectar al bien hipotecado, por lo que los herederos no verían afectados sus bienes propios, suponiendo un límite al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor...” ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 107.

otros bienes en la herencia, además de la hipoteca inversa existan más deudas asociadas a la misma.

Imaginemos una hipoteca ordinaria, tenemos una garantía real sobre la vivienda y una garantía personal, sobre todos los bienes del deudor presentes y futuros, con una acción real y otra personal en caso de llegar al vencimiento sin haberse pagado la deuda. El deudor fallece, y los herederos como propietarios de la vivienda pueden pagar al acreedor, y se cancela la deuda y la hipoteca. O, los herederos podrían no pagar al acreedor, y el acreedor inicia un procedimiento de ejecución judicial de los bienes hipotecados, pero no se cubre la deuda, con lo que se dirigirá contra los herederos que hayan aceptado la herencia, como sucesores de la personalidad jurídica del deudor, o contra la herencia yacente, es decir, hasta donde alcancen los bienes de la herencia. Dicho de otro modo, si aceptan la herencia, se hacen cargo de todas las deudas con su propio patrimonio; si no aceptan la herencia, el acreedor sólo podrá dirigirse contra los bienes de la herencia. El legislador ha utilizado esta expresión para aplicar los beneficios de la posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario a éste contrato hipotecario en concreto. Es decir, ha eliminado la transmisión de la deuda al patrimonio de los herederos, ha establecido una excepción a la transmisión de los herederos en todos los derechos y obligaciones del difunto, (art. 661 CC).

Por otro lado, cuando se dice que en la hipoteca inversa la responsabilidad universal del deudor se ve reducida, debemos tener en cuenta, que lo que ocurre es que el deudor fallece, y al fallecer ya no va a tener bienes futuros, sólo presentes al momento del fallecimiento, es decir, su herencia. Por lo tanto, la garantía está igual de limitada que en el caso de que los herederos opten por acogerse al beneficio de inventario.

En esta hipoteca se produce de acuerdo con muchos autores una disociación entre la responsabilidad real y personal⁹²⁸. Otros autores se muestran más rotundos al afirmar que la Ley 41/2007 preve una excepción *ex lege* al principio de responsabilidad universal del deudor, del art. 1911 del CC⁹²⁹.

Aunque, en mi opinión, en el caso de la hipoteca inversa las garantías real y personal del deudor son las que dicta el Derecho Hipotecario para cualquier hipoteca. Responderán ante al acreedor, por la deuda al vencimiento, la garantía patrimonial universal del deudor y la carga hipotecaria. Efectivamente en vida

⁹²⁸ Compartimos en este punto la opinión expresada por PEREÑA VICENTE, M. op. cit., pág. 10.

⁹²⁹ SIMÓN MORENO, H., op. cit., pág. 62.

del deudor, el crédito o préstamo está garantizado con todos los bienes del deudor, presentes y futuros y, una vez fallecido, la operación sigue garantizada con todos sus bienes presentes y futuros, que son los bienes que formar parte de su herencia, y lógicamente ninguno más porque no hay futuro, y no hay posibilidad de que otros bienes se sumen a su patrimonio. La garantía es la misma, el factor que ha variado la situación es el momento de vencimiento de la deuda. Cabe señalar que esta situación en el mercado financiero, que se produzca el fallecimiento del deudor antes de la amortización del préstamo se suele paliar con la contratación de seguros de vida.

En conclusión, lo que si resulta novedoso es que hay establecido una excepción a la transmisión de la deuda al patrimonio de los herederos.

Otro problema que podríamos plantearnos si algún modo se podrían restringir las disposiciones del deudor sobre su patrimonio. Siguiendo a MARTÍN PÉREZ, supongamos que a la formalización de la hipoteca el deudor dispone de un abundante patrimonio, que ha desaparecido cuando el fallece, quizás porque preveía que el valor del inmueble hipotecado no iba a ser suficiente para hacer frente a la deuda hipotecaria. El acreedor hipotecario podrá acudir a las acciones de protección de su crédito frente a actuaciones fraudulentas por parte del deudor. De este modo, utilizar la acción pauliana o revocatoria por fraude de acreedores, (art. 1111 del CC.). Aunque en principio no parece que pueda quedar limitada la facultad dispositiva del deudor hasta el momento del fallecimiento, si supone una norma general de protección de todo derecho de crédito, y no hay razones para considerar al deudor constituyente de la hipoteca inversa como una excepción, salvo por el hecho de que la reclamación se produce tras el fallecimiento⁹³⁰.

Resulta extraño a nuestro ordenamiento, el concepto admitido por la DGRN para el caso de las hipotecas inversas comercializadas en España por Senior Money (Spain) Finance Limited. Las Resoluciones de la DGRN 6762, 6761, 6767 de 19 de marzo de 2008 y 25 de marzo 2008 han admitido que esta entidad financiera irlandesa incorpore a sus contratos en España “*el pacto de inexistencia de garantía patrimonial*”, como una figura extraña a nuestro ordenamiento, que supone la limitación de la responsabilidad del deudor al valor

⁹³⁰ MARTÍN PÉREZ, J. A., “La hipoteca inversa...”, op. cit., pág. 32. “¿qué sucede si quien tenía un patrimonio abundante en el momento de constituir la hipoteca inversa, al morir no deja más bienes en su herencia que el inmueble hipotecado, quizás porque preveía que el valor de éste no sería suficiente para hacer frente a la deuda de intereses acumulados?”.

de la vivienda, sin que la responsabilidad puede alcanzar a otros bienes del patrimonio del deudor⁹³¹.

Conviene hacer una referencia al mercado hipotecario en EEUU, donde la norma general será la responsabilidad real limitada al bien hipotecado. En primer lugar, la legislación que determina la responsabilidad hipotecaria es de ámbito estatal, y entre los juristas norteamericanos no hay consenso a la hora de valorar en cuántos Estados se utiliza la responsabilidad limitada, “*non-recourse*”⁹³². Sin pretender entrar en un estudio profundo de esta solución norteamericana, diremos que en estos Estados son las reglas procesales las que limitan que el acreedor puede reclamar al deudor la parte no cubierta por el valor del inmueble⁹³³. En algunos casos se utiliza la *one-action rule*, es decir, que obliga a los prestamistas a escoger una única acción contra el prestatario que no atiende los pagos. Si la entidad bancaria decide iniciar el proceso judicial para ejecutar la vivienda, ya no podrá, posteriormente, reclamar el resto de la deuda a través de una acción personal contra el resto del patrimonio del deudor. Por lo tanto, resulta incompatible el ejercicio de la acción real con la acción personal.

Igualmente, en los préstamos del HECM, si llegado el momento del vencimiento, la deuda acumulada es inferior al valor de la vivienda, el heredero puede quedarse con la cantidad restante. Sin embargo, si el balance final de la deuda supera el valor de la vivienda, la deuda total está limitada por el valor de la

⁹³¹ Resolución de la DGRN 6767, 25 marzo de 2008 “«*Inexistencia de Garantía patrimonial*», que consiste en esencia, en que en aquellos supuestos en que teniéndose que reembolsar el préstamo como consecuencia de la venta de la finca, si en ese momento el importe de lo adeudado supera el valor de la finca (téngase en cuenta que en este préstamo se van acumulando los intereses devengados al capital, no siendo exigible ninguna cantidad hasta el momento del vencimiento), el deudor puede ver limitada su responsabilidad a la cantidad neta obtenida de la venta de la finca, siempre que: a) notifique a la acreedora su intención de vender; b) la finca se venda por su valor de mercado; 3) Que la entidad acreedora pueda verificar ese valor por medio de un tasador independiente con anterioridad a su venta; 4) Que no se haya producido un suceso de incumplimiento del contrato”.; MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 213.

⁹³² BUIL VILALTA, M^a Pilar, MIALET RIGAU, Anna, “La responsabilidad limitada en los créditos hipotecarios: mitos y realidades”, Estudios y Análisis Económico, www.la Caixa.es. Barcelona. Septiembre 2011. págs. 4 y ss. Estas autoras elaboran un cuadro con los últimos informes al respecto, y los resultados son que tan sólo en 10, de los 50 estados norteamericanos se aplica la cláusula *non-recourse*.

⁹³³ *Anti-deficiency judgements: Laws which limit or prohibit the right of a foreclosing lender to get a personal judgment against the borrower for any debt remaining unsatisfied after deducting the proceeds of the foreclosure sale. The lender is limited to recovery of the real property pledged as security and nothing more.* Este principio existe en el *English common law*, he impide que tras el embargo de los bienes inmuebles el prestamista puede continuar su demanda contra el resto de bienes del deudor. Desde la depresión de 1930 se incorporó a muchas legislaciones, como medida de protección de los propietarios de viviendas.

vivienda. En un encaje de la figura en el ordenamiento jurídico español la DAP hizo responder de la deuda a la vivienda más los bienes de la herencia. Al mismo tiempo en EEUU se suelen contratar otros seguros de valor del patrimonio, destinados a asegurar que en el momento del fallecimiento el valor de la vivienda sea suficiente para hacer frente al importe final de la deuda hipotecaria, tiene sentido bajo las anteriores premisas que el seguro cubra el riesgo de devaluación de la vivienda⁹³⁴. De hecho es la mejor o al menos la más práctica de las soluciones adoptadas por los ordenamientos.

En el ordenamiento francés, una vez llegado el vencimiento del préstamo el importe que adeudan los herederos del solicitante no podrá ser en ningún caso superior al valor de la vivienda. La deuda del prestatario, el principal más los intereses, no puede exceder el valor de los bienes en el final del plazo, art. L314-9 del Code, dentro de la Sección Cuarta *plafonnement de la dette*, o tope de la deuda. Este límite máximo tiene como objetivo proteger al deudor y a sus herederos, para que, en ningún momento puedan resultar insolvente como consecuencia de la operación, o ir contra el resto de su patrimonio. La deuda se liquida contra el valor de la vivienda. Así pues, en la hipoteca francesa el riesgo es limitado. El banco no podrá exigir más que el valor del bien dado en garantía, los herederos no le deberán más, y si el valor de la vivienda cayera en el mercado inmobiliario y no bastaba como reembolso del capital y los intereses acumulados, el banco soportará de forma unilateral la pérdida.

1.2. LA LIMITACIÓN DEL ART. 114 DE LA LH SOBRE LOS INTERESES REMUNERATORIOS.

Recordemos que la justificación de la limitación de la responsabilidad hipotecaria por intereses contenida en el art. 114 de la LH consiste en evitar costes no esperados a los terceros que adquieran derechos sobre el bien inmueble gravado. Por el sistema de tope máximo, la hipoteca garantiza el capital, más una cantidad máxima de intereses remuneratorios, los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, pudiéndose pactar llegar a garantizar cinco años de intereses⁹³⁵. Nos situamos siempre dentro de un sistema de pago de

⁹³⁴ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 154.

⁹³⁵ Recordemos, que además el sistema de garantía indefinida, como principio general, hace que la hipoteca garantice todos los intereses remuneratorios, siempre que el inmueble no haya sido transmitido a un tercero, ni se haya constituido un gravamen posterior (art. 146 LH). Igualmente

los intereses remuneratorios de los préstamos como una obligación de cumplimiento periódico que discurre de forma paralela al pago del principal del préstamo, y en este contexto es donde tiene pleno sentido el artículo art. 114 LH: *“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.”*

De esta forma se consigue que el adquirente posterior tenga que realizar ninguna investigación sobre la verdadera cuantía de los intereses que quedan pendientes de pago, es decir, se trata de evitar que los terceros se vean perjudicados por la incuria del acreedor o la mala fe del deudor⁹³⁶. De igual modo, será posible conforme al art. 220 del RH, fijar una cantidad global para responder del pago de intereses, pero esta cifra no podrá ser superior al importe correspondiente a cinco anualidades. Y estos intereses deberán estar determinados separadamente, como es doctrina reiterada de la DGRN⁹³⁷.

Como ha apuntado la doctrina, la legislación hipotecaria clásica debe recoger la responsabilidad hipotecaria *“...publicada en el registro como la línea roja respecto de quien no fue deudor o hipotecante y adquirió la finca ya gravada por*

el acreedor podrá pedir la ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados por los intereses remuneratorios vencidos y no satisfechos, art. 115 LH, siempre que no haya derechos reales inscritos con anterioridad a la ampliación y la finca siga perteneciendo al deudor. Vease, GÓMEZ GÁLLIGO, J., Curso Aula Civil. Los contratos aspectos civiles y registrales. Dtor. Javier Gómez Gálligo. Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes muebles de España. Madrid, 2006. págs. 150 y ss.

⁹³⁶ JIMÉNEZ CLAR, A. J. op. cit., 140.

⁹³⁷ Resolución de la DGRN 7660 de 23 de octubre de 1987: *“Pero, por exigencia del principio de especialidad -(cf. arts. 9.º y 12 de la Ley Hipotecaria) (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732)- ni puede englobarse la cifra por intereses moratorios en la hipoteca por costas y gastos -como se dijo ya en la Resolución de 29 de octubre de 1984 (RJ 1984\5200)-, ni puede englobarse, tampoco, en la cifra por intereses de préstamo; por el contrario, de quererse que también estos intereses resulten hipotecariamente garantizados deben precisarse separadamente, en cuanto a esta otra obligación futura garantizada, las circunstancias que la identificarán y la cifra máxima de responsabilidad.”* Y continúa diciendo *“...diferenciación que en el momento de la ejecución determina (vid. art. 692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que el acreedor no puede pretender el cobro del eventual exceso de los intereses devengados sobre los garantizados –dejando a salvo la posibilidad que para el caso de ser propietario del bien hipotecado el propio deudor prevé el artículo 692.1 párrafo segundo– con cargo a la cantidad fijada para la cobertura del principal, ni a la inversa.”*

la hipoteca. Estos adquirentes, voluntarios o forzosos, no tendrán que responder frente al acreedor más allá de esta cifra máxima.”⁹³⁸.

El art. 114 de la LH sólo prohíbe que los intereses estén asegurados como tales intereses más allá del tiempo legal previsto, cinco años, o en otras palabras, no permite que la responsabilidad hipotecaria de cualquier préstamo sea superior al capital más cinco años de intereses. Este precepto hay que ponerlo en relación con los plazos de prescripción de las acciones del art. 1966 del CC. Desde esta perspectiva, se parte de la idea de que a medida que avanza el tiempo, progresivamente se va devolviendo parte del capital, más los intereses devengados correspondientes al tiempo transcurrido. Igualmente se supone que la partida de capital es el componente mayor del préstamo, cosa que en la hipoteca inversa puede variar y puede llegar a tener tanto peso en la deuda los intereses como el capital. Recordemos que en el caso de las hipotecas inversas los intereses serán remuneratorios hasta la fecha de exigibilidad de la deuda, un plazo estipulado más allá de la fecha de fallecimiento del deudor, y a partir de este momento podríamos hablar de intereses moratorios.

Una parte de la doctrina interpreta que este inciso de la DAP, supone una excepción al art. 114, propia únicamente de la hipoteca inversa, y que se aplica exclusivamente al deudor y sus herederos. El hecho de no aplicar el párrafo segundo del art. 114, es decir, permitir que la hipoteca asegure intereses por encima de los cinco años de vigencia, puede suponer incrementar de forma desmesurada la responsabilidad hipotecaria. Por eso, algunos autores se plantean que lo que el legislador establece en este punto es diferenciar a los terceros, a los que sí se les aplicaría la excepción al art. 114 LH y los herederos, a los que no se les aplicaría. Sería la excepción que contempla la norma, ellos si están obligados a responder, hasta donde alcancen los bienes de la herencia de todo el importe de la deuda, capital más todos los intereses acumulados a lo largos de los años de la vida del préstamo⁹³⁹. Pero, de hecho, si fuera referida a los herederos, sería una acotación totalmente superflua⁹⁴⁰.

⁹³⁸ En este sentido, MIGUEL SILVESTRE, J. A., op. cit., pág. 2.

⁹³⁹ Comenta ZURITA MARTIN, I., “La nueva...” op. cit., pág. 1306, que en esta parte de la Disposición Adicional la redacción de la misma puede llevar a considerar que la no aplicación del art. 114 LH se refiere a los herederos: “*El art. 114 LH regula la extensión de la garantía a los intereses del crédito con respecto de terceros, quedando los herederos del deudor excluidos de la consideración de terceros, en tanto sucesores de la posición del causante, deudor hipotecario. Si se entendiera aplicable aquí el art. 114 LH, debería interpretarse que, salvo pacto en contrario, los herederos sólo responderían de los intereses de los dos últimos años transcurridos y de la parte vencida de la anualidad corriente...*”; de igual modo ROMERO

Frente a esta postura otros autores consideran que esta excepción al art. 114 LH permite a terceros adquirentes en el momento de la transmisión de la finca hipotecada tanto si tiene lugar en vida del deudor hipotecario, como si se produce al tiempo de vencimiento de la hipoteca por fallecimiento, servir de base de cálculo exacto de la cantidad adeudada por intereses. El tercer adquirente conoce así de antemano el importe de la deuda, eliminando la incertidumbre que pudiera perjudicar la circulación del bien en el mercado inmobiliario⁹⁴¹.

Independientemente de la advertencia que supone para un tercero el asiento del Registro, se supone que el legislador busca que el acreedor pueda reclamar el total de la deuda, frente al deudor en el caso de resolución antes del fallecimiento, frente a los herederos en primer lugar contra el valor de la vivienda, y posteriormente contra el resto de los bienes de la herencia, o frente a un tercer adquirente que no puede sentirse engañado por una información que deberá acceder al Registro de la Propiedad.

Este texto sintoniza con las Enmienda núm. 56 del Grupo Parlamentario Catalán, Convergència y Unió, y Enmienda núm. 101 del Grupo Popular en el Congreso⁹⁴², gracias a las cuales se introdujo, y cuya justificación iba dirigida en el mismo sentido: *“Dadas las particulares características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso del capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario y la deuda sólo es exigible al fallecimiento del mismo, no está justificada en este caso la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses”*.

Al tratarse de una obligación sometida a término resolutorio incierto, el acontecimiento futuro de la muerte de una persona, aunque se ha de producir necesariamente, se ignora cuándo tendrá lugar, y queda abierto el importe final adeudado en concepto de intereses remuneratorios. Parece claro que la norma no se refiere en su limitación legal a cinco años de los intereses moratorios, cuya

CANDAU, P. A., op. cit., pág. 329, opina que el límite del art. 114.2 no opera frente al deudor o sus herederos.

⁹⁴⁰ Señala SIMÓN MORENO, H., op. cit., pág. 70. *“No obstant això, hem d’entendre realitzada la remissió de cara als possibles tercers. Així, tindrà virtualitat en cas d’execució de la garantia si han transcorregut més de dos anys des de l’exigibilitat del crèdit (situació perfectament possible en cas d’hereus en disputa o desapareguts), o si es generen interessos abans del traspàs.”*; Igualmente RAMOS CHAPARRO, E. J., op. cit., pág. 582 *“...Hay que entender que los herederos no son terceros del art. 114 de la LH, por lo que, en principio... no les sería aplicable, de suyo, la citada limitación.”*

⁹⁴¹ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 141; igualmente CORDERO LOBATO, E. *“La hipoteca inversa”*. op. cit., pág. 499, para quien es obvio que los herederos en cuanto deudores no pueden beneficiarse de una limitación establecida en beneficio de terceros, art. 146 LH.

⁹⁴² BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007. <http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro>

generación comenzarían en el momento de vencimiento del préstamo. Al mismo tiempo, remarca MORILLO FERNÁNDEZ que debido a la exención tributaria de que goza la constitución de esta hipoteca, esta cuestión se ciñe a la cuestión de información a terceros. Deberá, en todo caso, hacerse constar en la escritura y en su inscripción, el número de años de intereses remuneratorios cubiertos por la garantía⁹⁴³.

No obstante, de acuerdo con LUQUE JIMÉNEZ, falta una referencia expresa en la norma, de la determinación de la responsabilidad máxima a la que queda afecta la finca gravada, que permita dejar clara la intangibilidad del principio hipotecario de especialidad, esencial para la seguridad jurídica y la certidumbre sobre la naturaleza y extensión de la carga que es objeto de publicidad a través del Registro de la Propiedad⁹⁴⁴.

Para el prestatario no deja de ser un mínimo de seguridad de que todos los intereses devengados, estarán dentro de la cobertura de la hipoteca, frente a terceros. De la literalidad de la norma se desprende que la excepcionalidad de la DAP punto 6, se circunscribe al caso de vencimiento de la obligación por fallecimiento del deudor, al referirse a la extinción de la hipoteca, y no a su vencimiento anticipado, y como medida de compensación a la limitación de la deuda al importe de los bienes de la herencia, en opinión de algunos autores⁹⁴⁵. Sin embargo, no tiene sentido que en el caso de vencimiento anticipado, el deudor o el tercer adquirente sólo respondan de acuerdo al art. 114 LH, y subsistan en una misma hipoteca distintas medidas para la responsabilidad hipotecaria.

Cabe preguntarse así mismo, si el art. 114 LH será de aplicación o no en el caso de hipoteca inversa sobre vivienda no habitual⁹⁴⁶. Pero este tema el legislador lo deja sin contestar. En todo caso, dependerá si entendemos la excepción al art. 114 LH como un privilegio de la hipoteca inversa de la Ley 41/2007, o cómo una consecuencia lógica de su especial sistema de amortización, y, por lo tanto, se aplicaría a cualquier modalidad de hipoteca inversa. Aunque como hemos explicado en capítulos anteriores las excepciones o los puntos

⁹⁴³ MORILLO FERNÁNDEZ, F. J., op. cit., pág. 3.

⁹⁴⁴ LUQUE JIMÉNEZ, M^a. C., op. cit., pág. 255.

⁹⁴⁵ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 117.; igualmente CORDERO LOBATO, E. “La hipoteca inversa”, op. cit., pág. 499, critica su ubicación en el apartado 6 de la DAP puesto que también la considera aplicable cuando la hipoteca ha de ser ejecutada frente a terceros, por ejemplo en caso de transmisión voluntaria o forzosa de la finca a un tercer poseedor.

⁹⁴⁶ VAÑO VAÑO, M. J., op. cit., pág. 589, la autora amplía la aplicación a la hipoteca sobre vivienda no habitual.

anteriores de la DAP a la descripción de la hipoteca inversa de segundo nivel parece que no le serán de aplicación a ésta.

La DGRN, se ha pronunciado ya en varias ocasiones sobre este asunto concreto a medida que se va perfilando esta institución. En la RDGRN 6767, de 25 de marzo de 2008, y otras similares del año 2008, une de alguna forma la capitalización de intereses con la excepción al art. 114 LH⁹⁴⁷: “... *Es decir, lo que no cabe es que la hipoteca asegure (en perjuicio de tercero), intereses por plazo superior a cinco años (fuera de la excepción legal prevista expresamente para las hipotecas inversas), ni que pueda rebasarse este límite englobando los intereses en el capital.*”. Así, las resoluciones del año 2008, sí admiten esta excepción para la hipoteca inversa, pero la DGRN no admite una aplicación retroactiva para el caso de contratos firmados antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007, es decir, el 9 de diciembre de 2007.

Posteriormente cuatro resoluciones, muy similares entre sí, perfilan los parámetros aplicables actualmente por la DGRN: Resoluciones de la DGRN de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010/17184), de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010/20105), de 21 de diciembre de 2010 (RJ 2010/2814) y de 11 de enero de 2011 (RJ 2011/2815).

En la Resolución de 4 de noviembre 2010 (RJ 2010/20105), se establece “...*que la excepción no se extiende al párrafo primero del citado artículo 114 en el que,*

⁹⁴⁷ La DGRN continúa diciendo en la Resolución de la DGRN 6767, de 25 de marzo de 2008: “*Por lo que concierne a la posibilidad pactada de que la entidad acreedora capitalice los intereses, comisiones y los gastos (cláusula Tres párrafo cuatro), como tiene señalado este Centro Directivo (cfr. por todas las [Resoluciones de 19 de enero \[RJ 1996, 586 \]](#) y [16 de julio de 1996 \[RJ 1996, 5614 \]](#)), en el ámbito hipotecario o de actuación de la garantía constituida, los intereses sólo pueden reclamarse en cuanto tales y dentro de los límites legales y pactados, pero nunca englobados en el capital. Así resulta claramente del principio registral de especialidad que en el ámbito del derecho real de hipoteca impone la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal y por intereses (vid. arts. 12 de la [Ley Hipotecaria \[RCL 1946, 886 \]](#) y 220 del [Reglamento Hipotecario \[RCL 1947, 476 y 642 \]](#)), diferenciación que en el momento de la ejecución determina (vid. art. 692.1 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \[RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \]](#)) que el acreedor no puede pretender el cobro del eventual exceso de los intereses devengados sobre los garantizados –dejando a salvo la posibilidad que para el caso de ser propietario del bien hipotecado el propio deudor prevé el artículo 692.1 párrafo segundo– con cargo a la cantidad fijada para la cobertura del principal, ni a la inversa. Y así lo impone igualmente el necesario respeto de la limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero, establecida en el art. 114 de la Ley Hipotecaria, si bien esta última, tiene precisamente en el ámbito de la hipoteca inversa (figura, como hemos dicho, de contornos semejantes a la que ahora enjuiciamos), la excepción prevista actualmente –aunque no en el momento de la calificación impugnada– en el apartado 6 de la Disposición Adicional primera de la [Ley 41/2007 de 7 de diciembre \(RCL 2007, 2221 \)](#).*”

en defecto de pacto en contrario, la hipoteca no asegura, en perjuicio de tercero, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. Pero en el caso de las hipotecas inversas en que, como se ha señalado anteriormente, la deuda garantizada, incluidos los intereses devengados, no resulta exigible, salvo los supuestos de vencimiento anticipado, hasta el fallecimiento del prestatario o acreditado –o del último beneficiario–, la extensión de los intereses más allá del límite de los dos años del artículo 114 de la Ley Hipotecaria debe entenderse como parte de su contenido natural, salvo que de los términos del propio contrato resulte lo contrario”. El único límite a la aplicación de la excepción al art. 114 LH, sería que en la hipoteca inversa se estableciera un pacto en contrario, sino funcionará la excepción como contenido natural de este tipo de hipotecas.

Quando la hipoteca se instrumente a través de una cuenta corriente de crédito, el tratamiento que reciben los intereses es distinto por razón de la propia naturaleza y régimen jurídico de este contrato, y la cantidad adeudada será el saldo *“que arroje la cuenta corriente del crédito a su vencimiento, que dicho saldo resultará del conjunto de partidas de cargo y abono, siendo partida de cargo los intereses que se vayan devengando durante la vigencia del crédito, y que éste no vencerán ni será exigible hasta «el día en que se cumplan doce meses a contar desde el fallecimiento del acreditado», no cabe negar que existe el pacto contrario al límite legal de dos años de intereses y que, por tanto, éste no es aplicable”.*

De forma similar a nuestro ordenamiento, en el Code Civil francés se ha zanjado esta cuestión con un nuevo segundo párrafo de su art. 2432⁹⁴⁸. Así, frente a un acreedor hipotecario ordinario se puede reclamar los intereses de tres años de su deuda, con la misma categoría que el principal del préstamo, salvo la excepción que se establece a esta norma, la hipoteca inversa, donde el acreedor puede reclamar el total de la deuda capital, pues la hipoteca garantiza también la totalidad de los intereses por cuanto que se trata de un préstamo vitalicio, del art. L314.1.

⁹⁴⁸ La reciente reforma de la legislación hipotecaria en Francia, Ordonnance 2006-346 du 6 mars 2006 ha establecido en la hipoteca inversa que los intereses devengados durante todo el tiempo de duración del contrato tengan el mismo rango hipotecario que el capital principal concedido al acreditado, art. 2432 de su Código Civil. *“Le créancier privilégié dont le titre a été inscrit, ou le créancier hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêt et arrérages, a le droit d’être colloqué, pour trois années seulement, au même rang que le principal, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les intérêts et arrérages autres que ceux conservés par l’inscription primitive. Toutefois, le créancier a le droit d’être colloqué pour la totalité des intérêts, au même rang que le principal, lorsque l’hypothèque a été consentie en garantie du prêt viager défini à l’article L. 314-1 du code de la consommation.”.*

2. CAUSAS DE CESE O SUSPENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE RENTAS.

Antes de centrarnos en las causas de vencimiento ordinario o anticipado del préstamo hipotecario, vamos a enumerar brevemente algunas causas que las entidades financieras pueden considerar como motivo preventivo para cesar en el pago de las rentas o disposiciones del préstamo y, en último término, si la situación anómala se prolonga en el tiempo, podrían llevar a un vencimiento anticipado de la hipoteca inversa.

En primer lugar, si el deudor no pagase los gastos de formalización o los impuestos que lleve aparejada la escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad. Igualmente se suele señalar como causa de suspensión en el pago de las rentas, si no se produjera la inscripción de la misma, o se hubiera anticipado a la inscripción registral cualquier título de rango preferente, por el cual se grave o limite el dominio de la finca hipotecada.

Y en segundo lugar, comunes a todos los préstamos hipotecarios, pero que de forma más específica afecta a las circunstancias de la hipoteca inversa, se incluye el caso de que el deudor realizase cualquier acto dispositivo o de administración en virtud del cual pudiera verse disminuida la posibilidad de ejecución de la garantía o disminuyese el valor del inmueble. Al igual que serían causa de cese en las disposiciones los impagos de gastos de comunidad, primas de seguros, y tributos que afecten a la finca hipotecada.

La suspensión de las disposiciones puede actuar a modo de advertencia al deudor y, sobre todo, como una facultad para conminar al deudor a regularizar o cumplir las condiciones estipuladas. Además será el paso previo al vencimiento anticipado, a la espera de que la situación se aclare o regularice.

3. VENCIMIENTO ORDINARIO. FALLECIMIENTO DEL DEUDOR

Determinar el momento de vencimiento de estos créditos o préstamos, es especialmente importante puesto que solamente en este momento la deuda es exigible. Incluso cuando una entidad financiera pacta un préstamo con amortización al vencimiento, esta estructura supone el pago de los intereses de la operación durante los periodos de carencia del préstamo. En definitiva se trata de una figura inusual en el mundo financiero español, donde hay que sumar al

sistema de no-amortización, el hecho de no estar predeterminado el plazo de vencimiento, lo que aumenta considerablemente el riesgo. Además, el plazo de duración de este préstamo resulta especialmente inusual. Dentro de los créditos a largo plazo, en los últimos años las entidades financieras habían alargado de forma considerable la duración de sus operaciones con objeto de facilitar el acceso al crédito -y con ello a la vivienda- de economías familiares con escasos ingresos. El mercado financiero pasó de préstamos hipotecarios de ente 10 y 15 años de duración media, a operaciones de 25 a 30 años, llegando incluso a los 40 años de vida de un préstamo, con la importante carga de intereses que supone prolongar los años de vida del préstamo. La hipoteca inversa como hemos repetido, no tiene un plazo predefinido desde el inicio, sino que su duración puede ser de unos meses, como prolongarse en el tiempo durante 30 años o más. Si además tenemos en cuenta que para llegar a su vencimiento, en algunos casos será necesario esperar al fallecimiento del deudor y del beneficiario, resultará importante la carga de intereses que supone un devengo de intereses durante 30 años, sin ningún tipo de reembolso.

SERRANO DE NICOLÁS plantea que nos encontramos ante una disociación entre vencimiento, liquidación de la deuda, y exigibilidad de la misma. Y por supuesto, podría darse el caso que aunque concluida la disposición del crédito, no podría exigirse la deuda⁹⁴⁹.

Debemos tener presentes tres momentos diferentes a la hora de hablar de la conclusión del crédito:

Por un lado, tendremos el final de la disposición del crédito, cuando la entidad financiera no va a proporcionar al deudor más renta o capital disponible porque ha agotado el límite de disposición, a partir de este momento se generan intereses por el importe total del préstamo.

En segundo lugar, el vencimiento del préstamo coincide con la fecha de fallecimiento del deudor. A partir de este momento empieza a contar el periodo dado a los herederos para pagar la deuda de un modo u otro.

Y por último, la exigibilidad de la deuda se sitúa en el tiempo unos meses tras el fallecimiento del deudor, y supone el final del plazo dado a los herederos para que cancelen la hipoteca. La DAP en su punto 6 de modo impreciso dice,

⁹⁴⁹ SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., pág. 42, indica que en el Preámbulo de la ley, apartado VIII, aunque se haya agotado el importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación, y, por tanto, ya no se puede seguir disponiendo, no obstante, la deuda seguirá devengando intereses, pero la recuperación de dicha deuda, no será hasta el fallecimiento del propietario.

“Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición...”, cuando en realidad el texto correcto hubiera sido, “cuando sea exigible el préstamo...”⁹⁵⁰. Esta exigibilidad de la deuda se mantendrá mientras no se realice el pago.

La deuda no puede ser exigible hasta el fallecimiento del deudor, de modo que el rasgo de la no exigibilidad de la deuda es el elemento constitutivo de este tipo legal. Así, en el caso de que se estableciera contractualmente un plazo para exigir la deuda, estaríamos hablando de una hipoteca ordinaria, en ningún caso de una hipoteca inversa tal y como ha sido legislada. Mencionamos este caso, porque hubo al inicio de la comercialización de la hipoteca inversa en España, algunas entidades financieras que ofrecían esa posibilidad de hipoteca inversa con un límite temporal, de forma similar a las primeras hipotecas inversas británicas, que plantearon serios problemas a los deudores⁹⁵¹.

3.1. FALLECIMIENTO DEL DEUDOR O DEL ÚLTIMO DE LOS BENEFICIARIOS.

En primer lugar vamos a tratar el fallecimiento del deudor, o del último beneficiario, hecho que dará lugar al vencimiento del préstamo. Señala la DAP punto 1.c: “que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios...”

Como indica MARTINEZ ESCRIBANO, el término a que está sujeto el vencimiento del préstamo es *certus an et incertus quando*⁹⁵². Se establece un plazo legal al estar determinado por la norma, la fecha de fallecimiento del deudor, un vencimiento que depende de un acontecimiento cierto y seguro, en cuanto a que tenemos certeza de que se producirá, pero incierto en el momento o fecha de resolución. Vamos a insistir en una obviedad, el fallecimiento es requisito *sine qua non* para la ejecución de la hipoteca, por lo que debe acreditarse por el acreedor como presupuesto de exigibilidad de su crédito, con las dificultades técnicas que puede suponer⁹⁵³.

⁹⁵⁰ IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 341, la deuda sólo se extingue cuando se produce el pago, no cuando fallece el deudor, que es cuando comienza su exigibilidad.

⁹⁵¹ Incluso la Ficha FIPER de la nueva Orden EHA/2899/2011 de Transparencia menciona la posibilidad de una hipoteca temporal, lo que consideramos que es un error, y que en todo caso se referirá a la disposición temporal del préstamo, no a su vencimiento.

⁹⁵² MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 145.

⁹⁵³ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 330.

Así, el fallecimiento del titular constituye la causa de vencimiento del crédito, porque el crédito tiene naturaleza esencialmente vitalicia. Nos encontraríamos en la misma situación si se hubiera fijado un día final cierto de disposición, y la muerte del titular tuviera lugar antes de cumplirse el plazo convenido, en este caso, igualmente, se produce el vencimiento ordinario del préstamo por la muerte del deudor, aunque no se haya realizado la total disposición del préstamo. Debido a que el crédito tiene naturaleza vitalicia, se extingue la obligación de la entidad financiera de pagar la cantidad convenida, y nace la obligación a cargo de los herederos del pago de la deuda⁹⁵⁴. Igualmente en el caso de que el fallecimiento fuera antes de un plazo cierto, los herederos no pueden seguir disponiendo del crédito, finaliza la disposición y la deuda resultante dejará de aumentar en cuanto a capital se refiere, resultando exigible.

JIMÉNEZ CLAR argumenta que la razón que fundamentaba la suspensión de la exigibilidad era el uso de la vivienda por el deudor, y en este momento ha desaparecido, y por ello la entidad puede reclamar el pago de la deuda⁹⁵⁵. En otras palabras si la finalidad de la hipoteca inversa era proveer de recursos al solicitante en sus últimos años de vida, al mismo tiempo que mantenerle en el disfrute de su vivienda, ambas necesidades han desaparecido.

El momento en que el crédito es exigible debe quedar determinado en el contrato, y siendo la vida del deudor condición esencial para la vigencia del contrato, debe acreditarse la supervivencia de al menos uno de los deudores. Ante las dificultades prácticas que la entidad financiera puede tener para conocer el fallecimiento del deudor o los beneficiarios, en la escritura se pueden establecer otro tipo de obligaciones complementarias, de manera análoga al control de supervivencia que realiza la Seguridad Social o las compañías aseguradoras, o acudiendo al Registro Civil, o presentando una fe de vida, de forma periódica o por cualquier otra prueba fáctica, y en ausencia de ésta, la entidad financiera suele establecer contractualmente que podrá dar por vencido el crédito⁹⁵⁶. En muchos casos el deudor hipotecario puede ser extranjero, con lo que la prueba del fallecimiento si ha abandonado el país, o determinar quienes son los herederos puede ser un asunto conflictivo⁹⁵⁷.

⁹⁵⁴ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 106.

⁹⁵⁵ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 136.

⁹⁵⁶ Algunas entidades, al igual que las compañías de seguros solicitan cada año, durante los primeros noventa días de cada periodo anual la presentación de la correspondiente fe de vida o cualquier otra prueba que acredite la supervivencia de los deudores.

⁹⁵⁷ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 133.

Se puede plantear también el problema de la desaparición del prestatario o beneficiario. Entra aquí en juego la problemática de la declaración de ausencia legal. La entidad financiera, podría instar la declaración de ausencia, según el art. 182 del CC, al tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho dependiente de su muerte, pudiendo incluir estas causas entre las de vencimiento anticipado del préstamo, pues entre otros razonamientos la vivienda hipotecada no está cubriendo la necesidad de vivienda habitual⁹⁵⁸. Pero deberá esperar los años preceptivos, 10 años ó 5 años en el caso de haber cumplido 75 años en la fecha de desaparición, de acuerdo con el art. 193 del CC, para poder solicitar la declaración de fallecimiento en estos casos. Durante este periodo continuarán incrementándose los intereses del préstamo, hasta poder dar por vencido el crédito. Además, cabe preguntarse si debe la entidad financiera continuar abonando la prestación periódica. En el contrato, la entidad financiera habrá estipulado como causa de resolución la falta de fe de vida, y dará por vencido el préstamo, no obstante, el art. 195 del CC nos indica que hasta la declaración de fallecimiento se presume que el prestatario ausente ha vivido.

3.1.1. Plazo a los herederos para la resolución del préstamo.

Aunque la norma no dispone nada al respecto, la mayoría de entidades financieras, prolongan la vigencia o duración del contrato por un plazo a contar desde el deceso, que suele ser de seis meses tras el fallecimiento del último de los acreditados, o el beneficiario, en su caso⁹⁵⁹. Este es el plazo que tienen los herederos para realizar todas las gestiones necesarias, como la declaración de herederos *abintestato* de no haber testamento, presentar el impuesto de sucesiones, y llegar a un acuerdo para hacerse cargo de la deuda. La norma no estableció ningún plazo concreto, a pesar de que este tema fue muy debatido por los distintos grupos parlamentarios, (Partido Popular y Esquerra Republicana)⁹⁶⁰, que proponían establecer un plazo de dos años posteriores al fallecimiento del deudor para cancelar el préstamo, para que los herederos pudieran vender el inmueble, pedir otra hipoteca o buscar otra alternativa para la devolución de la deuda sin incurrir en mora o incumplimiento, pero estas Enmiendas no

⁹⁵⁸ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 134.

⁹⁵⁹ Aunque autores como IÑIGO ARROYO, L., op. cit., pág. 346., hablan de 30 días, plazo que nos parece insuficiente.

⁹⁶⁰ En la Enmienda núm. 103 ó Enmienda núm. 123. BoCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007. <http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro>

prosperaron. El hecho de establecer un plazo mínimo a los herederos hubiera mejorado la regulación, dándole a los mismos más oportunidades de vender la vivienda de una forma más provechosa, y aumentando las posibilidades de evitar un proceso de ejecución nada deseable⁹⁶¹. Además, el plazo establecido en la norma hubiera sido un plazo máximo, de forma que los herederos siempre hubiesen podido resolver antes de los dos años la situación, pero en el peor de los casos dispondrían de un tiempo suficiente. En todo caso, los herederos siempre podrán acudir al juez para que fije un plazo, si no se hubiera reflejado en el contrato o, hubiera diferencia de interpretaciones, de acuerdo con el art. 1128 del CC⁹⁶². Así, el plazo establecido para hacerse cargo de la deuda, “*aplazamiento de la exigibilidad*”⁹⁶³, debe entenderse como un plazo para realizar el pago, no para deliberar⁹⁶⁴. La entidad acreedora, sobre esta deuda vencida pero no exigible, no puede, sin embargo, exigir el pago de compensaciones por la cancelación⁹⁶⁵, ni intereses de demora. Al contrario, los intereses sólo podrán ser ordinarios o remuneratorios, no moratorios, pues no hay mora al no ser todavía exigibles⁹⁶⁶. Sin embargo, no estaría de más que figurase especificado en el contrato el tipo de interés estipulado durante este periodo otorgado a los herederos.

El objetivo de este plazo es que los herederos puedan realizar el pago, o novar la hipoteca sin ningún tipo de interés o comisión de compensación que suponga una penalización por parte de la acreedora. Y más aún, el final de este plazo de gracia marca el momento en que la entidad financiera tiene abierta la vía de la ejecución de la garantía. JIMÉNEZ CLAR, ha definido este periodo como *término de gracia*, similar a lo que los anglosajones denominan *right of redemption*⁹⁶⁷.

Por otro lado, la demora en el tiempo de resolución de la situación corre en contra de ambos, acreedor y deudor, pues supone un importante aumento de los intereses durante el periodo de demora y, por lo tanto, reduce aún más las posibilidades de que la ejecución de la hipoteca obtenga los ingresos suficientes

⁹⁶¹ ZURITA MARTIN, I. “La nueva...”, op cit., pág. 1294.

⁹⁶² MORILLO FERNÁNDEZ, F. J., op. cit., pág. 7.; Art. 1128: “...si la obligación no señalara plazo pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquel...”.

⁹⁶³ Denomina así a este plazo BEROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 107.

⁹⁶⁴ ROMERO CANDAU, Pedro A., op. cit., pág. 321.

⁹⁶⁵ Como recoge la norma, y señala ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 116, que no sería necesaria esta mención de la Ley, aunque no está demás que lo haga.

⁹⁶⁶ BEROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 108.

⁹⁶⁷ JIMÉNEZ CLAR, A. J., op. cit., pág. 136.

para cubrir la deuda. Cada entidad financiera establece un plazo para que los herederos tomen una decisión, generalmente entre seis meses y un año⁹⁶⁸. En todo caso, si no se establece ningún plazo para el pago, de acuerdo con el art. 1004 del CC, a partir del noveno día del fallecimiento, plazo establecido por nuestro Código por respeto al difunto, el acreedor puede dirigirse a los posibles herederos⁹⁶⁹. Se establece la *interpelatio* para instar a los llamados a la herencia para que se pronuncien sobre si aceptan o no la herencia, para saber si son herederos o no. En el caso de no aceptación o demora en el tiempo los acreedores podrán dirigirse contra la herencia yacente.

3.1.2. Opciones de los herederos ante el vencimiento

Llegado el momento del vencimiento, los herederos, deberán tomar una serie de decisiones:

En primer lugar, podrán optar por abonar la deuda, de acuerdo con la liquidación practicada por la entidad financiera al día del pago, mediante certificación de la entidad, de acuerdo con los arts. 153.5 LH y 245. RH, y de ese modo liberar de cargas la vivienda⁹⁷⁰.

Debemos tener en cuenta que en esta cancelación el acreedor no podrá exigir ningún tipo de comisión o compensación por cancelación, de acuerdo con la DAP punto 5: "Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos..., podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación...". Señala afortunadamente ZURITA MARTIN que no hay penalización simplemente porque no hay cancelación anticipada⁹⁷¹. De donde se extrae igualmente, que sí la puede haber en el caso de cancelación anticipada a instancias del deudor, aunque no es necesario recoger en

⁹⁶⁸ El banco BBVA, establece un plazo de un año, al igual que Caixa Terrassa, mientras que la mayoría de las entidades el plazo es de seis meses En Canadá, la compañía CHIP, Canadian Home Income Plan, concede 120 días tras la muerte del prestatario. www.chip.ca, 11/01/2011.

⁹⁶⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 117.

⁹⁷⁰ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 686.: "De ordinario la determinación del montante de la deuda se hará por el acreedor haciendo uso de la facultad que con carácter general permite hoy para las hipotecas de máximo el art. 153 bis b) III introducido por el art. 11.4 Ley 41/2007, y siempre que se haya pactado en la escritura de constitución. Tal pacto es análogo al que viene siendo cláusula estilo en las hipotecas de garantía de cuentas corrientes o de crédito respecto de la fijación del saldo para la ejecución que, si así se conviene, se acredita mediante certificación de la entidad acreedora, cuyo extracto se notificará judicialmente o notarialmente al deudor en los términos del art. 153.5 LH y art. 245. RH."

⁹⁷¹ ZURITA MARTIN, Isabel., "La nueva...", op. cit., pág. 1293.

el contrato el nuevo régimen de compensación por amortización anticipada para que ésta sea aplicada.

La segunda opción será la refinanciación de la deuda mediante la constitución de una nueva hipoteca ordinaria. Algunos autores han apuntado que se debería haber previsto una novación modificativa que alterase la exigibilidad *post mortem* de la hipoteca inversa, convirtiéndola en una hipoteca convencional⁹⁷². Pero, debemos disentir de esta opinión. *Ab initio*, parece que no cabría una subrogación de los herederos en el préstamo, puesto que el crédito que nace como crédito inverso no puede convertirse en hipoteca ordinaria. La responsabilidad de los nuevos constituyentes de la hipoteca ordinaria es una responsabilidad universal de acuerdo con el art. 1911 del CC., sobre todos los bienes de los herederos, y al mismo tiempo no tendría sentido no aplicar la limitación del pacto de intereses del art. 114 de LH que afectaría a la responsabilidad hipotecaria. Con todo esto, efectivamente parecería que resulta necesario el vencimiento del préstamo hipotecario, y la constitución de una nueva hipoteca ordinaria con nuevos titulares, nueva responsabilidad hipotecaria, nuevo sistema de amortización, nuevo plazo, etc. Pero la Ley 41/2007, ha dado una nueva redacción al art. 4 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, incluyendo más supuestos de modificación de las condiciones de los préstamos hipotecarios que no dan lugar a la extinción sino que provocan una simple novación modificativa del crédito: *ampliación o reducción de capital; la alteración del plazo; las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; la prestación o modificación de las garantías personales.*

El legislador ha incluido la modificación de todas las condiciones de los préstamos hipotecarios, de modo que la modificación de la Ley 2/1994 resulta lo suficientemente amplia, como para permitir la transformación de la hipoteca inversa⁹⁷³. El único inconveniente podría ser que la novación de la hipoteca afectara a la responsabilidad hipotecaria, ya que cuando aumente la responsabilidad hipotecaria será necesaria la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior al de la primera hipoteca, pero se trata de

⁹⁷² ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 78.

⁹⁷³ Apoya esta postura ROMERO CANDAU, P. A., opina que dada la amplitud con que se regula la novación en nuestro Código Civil y en la línea de reforma de la Ley 41/2007, es posible la novación de la misma para que pierda la hipoteca la condición de inversa y se convierta en ordinaria, op. cit., pág. 323.

una situación que no va a ser habitual en estas hipotecas⁹⁷⁴. Es decir, en este préstamo con garantía hipotecaria lo único que permanecerá constante en el préstamo será la garantía hipotecaria, la vivienda. Así, los herederos podrían convenir con la entidad financiera una ampliación del plazo, una ampliación o reducción del capital en función si están dispuestos a amortizar una parte o si necesitan financiar todos los intereses generados tras el fallecimiento del deudor, el sistema de amortización, -convirtiendo la hipoteca inversa en una hipoteca convencional-, la subrogación del deudor, y la modificación de las garantías personales, pasando de la responsabilidad limitada a la responsabilidad universal (ampliando la responsabilidad a la universal) de los nuevos titulares, los herederos. De modo que dejara de ser hipoteca inversa⁹⁷⁵.

Nos podríamos plantear incluso, si esta novación gozaría de la exención fiscal de impuestos y reducciones arancelarias propias de la hipoteca inversa, aunque deberíamos concluir que la exención está contemplada solamente en beneficio del solicitante mayor de 65 años que constituyó la hipoteca inversa.

Una tercera opción para los herederos es la venta de la vivienda con objeto de destinar el importe al pago de la deuda. Tanto el momento, como la situación inmobiliaria existente cuando deseen enajenarla serán decisivos. Recordemos que si el precio de la vivienda ha aumentado a lo largo de la vida de la hipoteca, el precio de compra-venta va a ser suficiente para hacer frente a la deuda, pero si asistimos a momentos más problemáticos como la crisis vivida, no va a ser tan fácil su venta, y por supuesto su venta por un importe suficiente. De todos modos, ha de tenerse en cuenta que se trata de operaciones a largo plazo, donde influyen menos o se diluyen los vaivenes inmobiliarios. Resulta obvio que nadie puede garantizar que los procesos de crecimiento continúen o que no tome un sentido inverso, y que los precios bajen, o la economía sufra múltiples avatares.

La cuarta y última opción de los herederos, puede ser desentenderse de la deuda. No desean o no pueden hacerse cargo de la deuda, y transcurridos generalmente seis meses o el plazo estipulado en el contrato, bien porque no

⁹⁷⁴ Art. 4,3. " Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores". Artículo que admite en nuestro derecho la hipoteca recargable.

⁹⁷⁵ RAMOS CHAPARRO, E. J. op. cit., pág. 578.

desean quedarse con la vivienda, bien porque no se han puesto de acuerdo, o porque no han encontrado comprador a la misma, se procederá a la ejecución de la hipoteca, conforme a la LEC y legislación hipotecaria, alcanzando la responsabilidad a todos los bienes de la herencia, que en cierto modo no es sino una ampliación al patrimonio del causante, similar al art. 1911 del CC. En ningún momento el acreedor podrá dirigirse a los bienes de los herederos aunque estos hayan aceptado la herencia pura y simplemente sin recurrir al beneficio de inventario.

Finalizado el plazo tras la delación que se estableció en la escritura, la deuda se torna en exigible y la garantía en ejecutable, por más avatares a que esté sujeta la herencia. Sería contraproducente mantener la pendencia en la exigencia de la deuda hipotecaria⁹⁷⁶. Cuanto más tiempo se demore esta situación de parálisis, menos eficaz, y menos posibilidades de una resolución económica positiva va a tener la vía ejecutiva.

4. VENCIMIENTO EXTRAORDINARIO. CAUSAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

En este apartado no vamos a hablar de casos muy específicos como podrían ser que la causa de la transmisión sea el resultado de una adjudicación forzosa en virtud de un crédito preferente, consecuencia de una resolución judicial declarativa de dominio o de una reivindicatoria, porque ningún acreedor financiero va a constituir una hipoteca inversa sobre un vivienda donde hay constancia registral de cualquier carga anterior o una anotación preventiva⁹⁷⁷. Se revisarán qué consecuencias tienen lugar ante situaciones habituales como la venta del inmueble, el deterioro del mismo o la falta de residencia en la vivienda.

4.1. VENTA DEL INMUEBLE

4.1.1. Venta del inmueble sin sustitución de la garantía hipotecaria

Podríamos encontrarnos ante una venta del inmueble, con cancelación del préstamo asociado por decisión del deudor, sin tener ninguna intención de cambiar de garantía hipotecaria, simplemente porque el deudor decide vender el

⁹⁷⁶ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 322.

⁹⁷⁷ ROCA GUILLAMÓN, J., op. cit., pág. 683.

inmueble. Por ejemplo, supongamos un momento de alza de los precios de la vivienda en la que el deudor, puede que agotada su disposición del préstamo, decide aprovechar la situación del mercado, y vender la vivienda obteniendo suficientes ingresos para cancelar el préstamo y obtener un beneficio por la venta. El único comentario que podemos hacer a esta situación, es que la entidad financiera, si lo ha dispuesto en escritura, puede cobrar una compensación por desistimiento del préstamo, al no haber llegado el momento de fallecimiento del deudor que es la forma de extinción respecto a la cual se establece normativamente que no puede exigir ninguna compensación a la cancelación del préstamo.

Independientemente del caso anterior, la propia ley establece como causa de resolución del contrato, aparte del fallecimiento del solicitante y del beneficiario, el hecho de que el bien haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, momento en el que el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito, o continuar con el mismo; esta previsión legal se presenta como una mera facultad del acreedor, no como un deber. El legislador parece admitir únicamente dos causas de vencimiento anticipado: el fallecimiento del deudor y la venta del inmueble sin sustitución de la garantía, con independencia de otras causas de vencimiento anticipado, comunes al resto de hipotecas. La ley 41/2007, en su DAP punto 5 dispone 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.”* En el caso de que el deudor transmita sin más el inmueble, la situación del acreedor quedaría muy desprotegida. Cuando falleciera del solicitante o el último de los beneficiarios podría dirigirse contra los herederos y si estos deciden no hacerse cargo del préstamo se puede dirigir al propietario no deudor, y cobrarse ejecutando la garantía hipotecaria, y si esta no resulta suficiente, intentar el recobro contra los bienes de la herencia⁹⁷⁸. Pero si no fallece el deudor no podrá dirigirse ni contra los bienes de la herencia, ni contra los bienes presentes.

⁹⁷⁸ Como describe SIMÓN MORENO, Héctor, op. cit., pág. 66. *“En aquest cas, quan mori el sol·licitant o l’últim beneficiari, els hereus podran cancel·lar el deute i subrogar-se en la posició del creditor per al cobrament de les quantitats al tercer adquirent (art. 118.2 LH). Si els hereus del sol·licitant no fan front al pagament, el creditor podrà executar la finca en poder del tercer adquirent. No obstant això, si el producte no és suficient, haurà d’intentar obtenir el recobrament dels altres béns de l’herència en poder dels hereus”.*

Por lo tanto, realizada la transmisión del bien por el deudor, el acreedor tiene derecho a reclamar al hipotecante el importe adeudado, pudiendo dirigirse contra la garantía hipotecaria en manos del tercer adquirente, y contra todos los bienes del deudor, porque la hipoteca inversa ha dejado de existir conforme a sus características especiales en materia de responsabilidad, y nos encontramos ante un vencimiento de una hipoteca similar a la ordinaria donde el deudor responde conforme al art. 1911 del CC. Efectivamente el acreedor podrá dirigirse contra el deudor y el tercer adquirente, haciendo valer tanto su garantía real contra el bien transmitido, como la garantía personal del deudor, plenamente válida en este caso, donde se va a liquidar el préstamo por un incumplimiento del deudor antes de su fallecimiento. De este modo, la entidad financiera dispone de acción personal contra el deudor y real contra la vivienda hipotecada, pudiendo ejercitar cualquiera de ellas, incluso ambas aunque no de manera simultánea, de forma que el deudor se puede encontrar en una situación muy comprometida⁹⁷⁹.

Nos planteamos que esta situación de incumplimiento por parte del deudor, genera como sanción que la hipoteca se liquide como una hipoteca ordinaria. Pero, si nos planteásemos que se liquidara como una hipoteca inversa, quizás sólo respondería con sus *bienes presentes*, con su patrimonio actual, por analogía con la responsabilidad de *los bienes de la herencia*, y no con todos sus bienes.

4.1.2. Venta de inmueble con sustitución de la garantía hipotecaria

Cuando hablamos de una hipoteca ordinaria, la venta de la finca, en un alto porcentaje de los casos, no supone la cancelación de la hipoteca, sino que se produce una subrogación en la posición del deudor en el préstamo hipotecario por el comprador de la vivienda. En el caso de hipoteca inversa, esta subrogación

⁹⁷⁹ Recordemos la últimas reducciones en los criterios de embargabilidad de los sueldos, de acuerdo con el RD 8/2011 art.1, BOE 7-7-11 el mínimo inembargable de cualquier deudor coincide con el salario mínimo interprofesional, a partir del 7-7-2011 y, exclusivamente, para los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual, se eleva ese mínimo hasta el 150% del SMI y un 30% adicional por cada familiar de su núcleo que no perciba ingresos superiores a dicho SMI. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar expuesto, se embargan conforme a la escala prevista (LEC art.607.2).

del deudor hipotecario resulta imposible ó al menos muy difícil⁹⁸⁰. La entidad financiera debería aceptar como deudor a otra persona que tuviera similares características personales y patrimoniales, y que se adaptara a las disposiciones del préstamo ya efectuadas, etc.

Sin embargo la Ley admite la posibilidad de que aunque se efectúe la venta de la finca, si se sustituye por una garantía suficiente, no habrá problema en continuar con la hipoteca. Esta posibilidad de evitar el vencimiento anticipado no existía en el Proyecto inicial⁹⁸¹.

En primer lugar, en el plano fáctico, la ley obliga a la entidad financiera a aceptar la sustitución de la garantía. Por “*suficiente*” entenderemos, una garantía que satisfaga al acreedor hipotecario. Por lógica, consideramos que una sustitución idónea sería un bien inmueble, otra vivienda del mismo o similar valor y mismas características, es decir, una vivienda que encaje en las características, valor, situación, e importe de tasación de la vivienda anterior, asegurada contra daños, y además sería necesario que esta nueva vivienda se convierta en la residencia habitual del deudor, a la vista del régimen excepcional de la hipoteca inversa. Debería reunir todos estos requisitos para poder continuar siendo una hipoteca inversa dentro de la DAP, una hipoteca de primer nivel. Pero podría ocurrir que la nueva garantía ofrecida fuera pignoratícia, puesto que la ley no establece de forma específica que deba ser una garantía real e inmobiliaria. Además la garantía puede ser aceptada por la entidad de crédito, o impuesta por el juez ante la negativa del acreedor a aceptar una garantía que no le satisface.

Algunos autores hablan de otros bienes inmuebles de similares características, o valor económico sobre los que pueda constituirse la hipoteca inversa, o bien por un aval o fianza; otros hablan de constituir la garantía suficiente a través de un paquete de acciones, depósitos bancarios o un fondo de inversión, pero en este caso ya no hablaríamos de hipoteca inversa, puesto que nos faltaría el bien inmueble como elemento esencial de garantía de la hipoteca inversa⁹⁸².

⁹⁸⁰ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 168, para quien la subrogación no es posible, ya que está prevista sólo para la hipoteca voluntaria, pero no para la hipoteca inversa; igualmente SIMÓN MORENO, H., op. cit., pág. 65.

⁹⁸¹ Se introduce de acuerdo con las Enmiendas 55 y 103 del Grupo Parlamentario Catalán, Convergència i Unió, y del Grupo Parlamentario Popular, respectivamente BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007. <http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro>.

⁹⁸² V. gr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...* op. cit., pág. 143.; incluso SIMÓN MORENO, Héctor, op. cit., pág. 67, buscando una solución en la legislación

JIMÉNEZ CLAR plantea la posibilidad del art. 110.2 de la LH, en relación a las indemnizaciones percibidas por razón de siniestro o expropiación⁹⁸³. Ante la posibilidad de utilizar como garantía las cantidades percibidas como indemnización por siniestro, el propio autor concluye que estaríamos privando del uso del bien al deudor, mientras los intereses continuarían acumulándose, por lo tanto sería más ventajoso liquidar la deuda con la suma percibida.

En segundo lugar, ante la sustitución de garantías, en el plano jurídico se nos plantea otro problema. En el ordenamiento jurídico español, es imposible sustituir una garantía por otra. Deberíamos cancelar la garantía hipotecaria sobre la finca que se vende y constituir una nueva hipoteca, pues cambiaría el objeto de la garantía hipotecaria. De hecho, el principio de unidad, que comprende el préstamo y la garantía hipotecaria, hace imposible la continuidad de la hipoteca inversa, que se deberá constituir nuevamente, sobre una nueva vivienda, otra garantía hipotecaria. La sustitución de las garantías implica necesariamente la extinción de la hipoteca inversa y su sustitución por una nueva sobre la nueva vivienda, o incluso sobre otro inmueble⁹⁸⁴.

Sobre esta base concluimos que siempre se producirá el vencimiento anticipado del crédito por la transmisión voluntaria del inmueble, bien cuando la garantía sea “sustituída” o cuando simplemente se realice la venta del inmueble sin intención de sustituir la garantía.

Así, ROCA GUILLAMÓN ha calificado la actitud del legislador como excesivamente proteccionista hacia el deudor, tan habitual en la tramitación parlamentaria de las normas de consumo⁹⁸⁵. Frente a esta actitud, en otros ordenamientos, como el francés, ante la venta del inmueble se resuelve el contrato sin más. Pero debemos tener en cuenta que en el ordenamiento español la norma es que la venta del inmueble resuelve la hipoteca inversa, salvo el caso de subrogación hipotecaria. Respecto al motivo por el que el legislador ha introducido esta excepción en la hipoteca inversa, podemos pensar que la ley trata de impedir que ante un cambio de la vivienda habitual el acreedor deba declarar el préstamo vencido con todas sus consecuencias, permitiendo que el

catalana apunta como “*l’article 569-11.17 CCCat preveu la possibilitat de substituir el bé objecte de penyora en cas de béns fungibles, cosa que no seria una solució aplicable a la hipoteca inversa*”.

⁹⁸³ JIMÉNEZ CLAR, A. J. op. cit., pág.130.

⁹⁸⁴ ROCA GUILLAMÓN, Juan. op. cit., pág. 683; ROMERO CANDAU, Pedro A., op. cit., pág. 324, puesto que hay cambio de objeto.

⁹⁸⁵ ROCA GUILLAMÓN, Juan. op. cit., pág. 684.

deudor en función de sus necesidades, pueda cambiar de residencia⁹⁸⁶. Es decir, con esta opción, permitimos disponer al deudor de su vivienda, y continuar con el préstamo hasta el final de su vida, de modo que puede cambiar de vivienda, y obtener más efectivo, sin necesidad de cancelar la hipoteca inversa, sustituyendo la garantía. Es más, el legislador debería haber incluido o hecho referencia a la posibilidad de novar el crédito en función del valor de la garantía. Es decir, si la nueva garantía fuera menor valor, establecer la posibilidad de reducir el importe disponible, y por el contrario ampliarlo ante una nueva garantía de mayor valor. En definitiva haber aclarado que la garantía debería ser hipotecaria, e incluso, como apuntan algunos autores, que la nueva garantía no estuviera gravada con una hipoteca previa, para que el acreedor no perdiera la prioridad de rango⁹⁸⁷.

Igualmente faltaría por determinar el plazo de que dispone el acreedor para ejercitar la facultad para declarar anticipadamente el vencimiento del crédito pues no se establece ni el término, ni el momento⁹⁸⁸. Es decir, que si se hubiera especificado un plazo para ejercer esta facultad desde que el acreedor conoce de la venta, se dotaría de mayor seguridad jurídica a estas situaciones.

4.1.3. Prohibición de disponer del inmueble

Por otro lado, encontramos en esta causa de vencimiento anticipado en la DAP una solución que resulta ajena a nuestro ordenamiento, defensor de la libertad dispositiva por antonomasia⁹⁸⁹. Tras esta causa de vencimiento anticipado se esconde una prohibición de disponer, algo odioso en nuestro Derecho Civil. En el Proyecto de Ley se impedía la transmisión del inmueble, estableciendo que “*salvo pacto en contrario el prestatario mantendrá la titularidad de la vivienda que constituye la garantía de la hipoteca-pensión hasta su fallecimiento*”,

⁹⁸⁶ Apunta con mucha lógica ROMERO CANDAU, Pedro A., op. cit., pág. 324.

⁹⁸⁷ SIMÓN MORENO, Héctor, op. cit., pág. 68.

⁹⁸⁸ Como muy bien apunta SIMÓN MORENO, Héctor, op. cit., pág. 66.” *El propietari hauria de tenir la seguretat jurídica de si és possible o no exercitar aquesta facultat, per exemple, al cap d'uns anys de la venda del bé immoble, encara que podria entendre's que renuncia tàcitament a aquesta si el creditor coneix la venda i continua desemborsant les rendes*”.

⁹⁸⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil III...*, op. cit., pág. 222. La hipoteca no limita el poder dispositivo del dueño: es nulo el pacto en que se prohíbe la enajenación de la cosa (SS.23 mayo de 1963 y 15 de junio 1968), o que establezca el vencimiento anticipado del crédito en caso de enajenación (R. de noviembre de 1960), y el de restitución del préstamo por venta o gravamen de la finca hipotecada (R.18 de noviembre de 1960), y son incluso hipotecables los bienes anteriormente hipotecados, con pacto de no volverse a hipotecar, art. 107.3 LH. Es decir, no va en esta dirección la entidad limitativa del *ius disponendi* del dominio ajeno.

por lo que se trataba de una prohibición encubierta de vender la casa que obligaba a llegar a un pacto con el acreedor para que éste permitiera la venta⁹⁹⁰. En opinión de LASARTE ALVAREZ, y la mayoría de los juristas, está fuera de discusión que los bienes sometidos a hipoteca puedan ser objeto de libre disposición por parte de su propietario. Muy al contrario, el mantenimiento de esta facultad constituye uno de los presupuestos de la constitución de la hipoteca, y del sistema de crédito territorial en su conjunto, de tal manera que sería radicalmente nula, y por lo tanto, no inscribible, la estipulación en cuya virtud el deudor hipotecario fuera privado de ella, por vulnerar el principio de libertad del tráfico jurídico inmobiliario⁹⁹¹.

Sin embargo, el texto remitido por el Congreso al Senado ha incorporado, en el punto 5 de la DAP, que en el caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado, salvo que se *proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente*. Ante esta situación podemos entender que no tiene sentido que se pueda transmitir el bien, y continúe siendo la garantía de un crédito vitalicio, sobre la vida del que ya no es titular de la vivienda⁹⁹². Varias enmiendas trataron de modificar esta redacción en atención al carácter personalísimo del deudor⁹⁹³. Por ejemplo, la Enmienda núm. 55 del Grupo Parlamentario Catalán pretendía el vencimiento del crédito sin mayor condicionante, “...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”.

⁹⁹⁰ Contra esta redacción se mostraron contrarios los registradores de la propiedad en el Tercer Congreso de Registradores de España, celebrado en Granada, 2006.

⁹⁹¹ LASARTE ALVAREZ, C., “Principios de Derecho Civil Derechos reales...”, op. cit., pág. 48. Lasarte define la hipoteca como el “...derecho inscrito en el Registro de la Propiedad que otorga la sujeción inmediata de ciertos bienes inmuebles ajenos que, continuando en posesión de su dueño, quedan afectos en garantía al cumplimiento de una obligación principal y eventualmente a su venta o adjudicación en subasta pública”. Definición que choca con el vencimiento en caso de venta del inmueble.

⁹⁹² ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 142.

⁹⁹³ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Serie A. núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007. <http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro>; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 142. En esta enmienda se argumentaba que puesto que debemos considerar el préstamo o crédito como personalísimo, vinculado a su edad y demás circunstancias, y si no se va a plantear ninguna restricción a la venta, lo más lógico es que el acreedor pueda declarar el vencimiento anticipado del mismo. Así mismo en el Congreso el Grupo Parlamentario Popular en sus Enmiendas núm. 103 y núm. 67 del Senado, pretendía que se eliminase la referencia a *garantía suficiente*.

En este punto se genera una diferencia sustancial de la hipoteca inversa con una hipoteca ordinaria, la cual goza de la garantía real al disponer de la acción hipotecaria sobre la finca cualquiera que sea su poseedor o propietario por el importe de la responsabilidad hipotecaria, y si esta no cubre toda la deuda, dispone además de la acción personal ordinaria sobre el resto del patrimonio del deudor, (art. 105 LH). *A contrariis*, la hipoteca inversa, al ver muy limitada la acción personal, únicamente al periodo de vida del deudor, momento en que todavía no ha llegado el vencimiento del préstamo, debe preservar el bien hipotecado, impidiendo su venta y manteniéndolo en la propiedad del deudor, pues va a ser la única garantía del acreedor. Con esta limitación legislativa, lo que se reconoce de forma implícita es que la vivienda hipotecada pudiera no ser suficiente para cubrir la deuda.

Como ya hemos comentado, para algunos autores no se trata propiamente de una prohibición legal de disponer, lo que implicaría la nulidad o posibilidad de anulación de la venta o transmisión, sino una obligación de no disponer cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción⁹⁹⁴. La transmisión sería válida, pero tiene una consecuencia: al acreedor hipotecario se le otorga la facultad de declarar el vencimiento anticipado del préstamo. Cesan las obligaciones del acreedor de respetar los plazos, y puede pedir la total restitución de la deuda en ese momento, sin esperar al fallecimiento del deudor⁹⁹⁵.

Otro punto que podría resultar conflictivo en caso de venta, como apunta MORILLO FERNÁNDEZ, es si se resolviese el préstamo mientras exista un beneficiario designado y que hubiera aceptado la estipulación a su favor a título gratuito; en este caso, se vería privado de su derecho infringiéndose diversas normas comunes: las estipulaciones a favor de tercero y las de revocación de liberalidades, sin que se dieran los presupuestos como la ingratitud, etc.⁹⁹⁶.

Cabría preguntarnos cuáles son las responsabilidades del deudor que ha vendido la vivienda o, más allá, las responsabilidades de los herederos del deudor que vendió la vivienda, y del tercer adquirente⁹⁹⁷. Es evidente en primer lugar, que el bien está afectado por una garantía real, por lo que el acreedor podrá ejecutar la hipoteca sobre el bien inmueble enajenado que ha ido a parar a manos

⁹⁹⁴ SERRANO DE NICOLÁS, Á., op. cit., pág. 49, en este sentido ZURITA MARTIN, Isabel. “La nueva...” op. cit., pág. 1295, e igualmente se manifiesta SIMÓN MORENO, Héctor, op. cit., pág. 65.

⁹⁹⁵ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 166.

⁹⁹⁶ MORILLO FERNÁNDEZ, Francisco Javier, op. cit., pág.6.

⁹⁹⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 59.

de un tercero, y si el precio de venta no fuera suficiente, entraría en juego la responsabilidad universal del deudor, ex art. 1911 del CC (art. 105 LH). Una vez que la entidad acreedora conoce de la venta del inmueble podrá, podrá una vez declarado el vencimiento anticipado, reclamar al deudor que responderá con todo su patrimonio, que nos tememos, no va a ser mucho.

Ha de considerarse que el término *transmisión voluntaria*, que utiliza la norma debe comprender la donación, venta, permuta, dación en pago, pero no la constitución de derechos reales como el usufructo o una segunda hipoteca. Ni tampoco hay transmisión voluntaria cuando la *traditio* no se produce en vida del deudor hipotecario, ni tampoco en los supuestos de disposición *mortis causa*⁹⁹⁸.

En definitiva, obviando la tradición jurídica en contra de las prohibiciones de disposición, se contraponen dos derechos dignos de protección. Por un lado, ante las especiales características de esta hipoteca se trata de impedir que la mayor garantía del préstamo -la vivienda-, salga del patrimonio del deudor, reduciendo sensiblemente las posibilidades de pago del préstamo. Y por otro, se intenta permitir que el deudor por sus circunstancias personales, pueda o decida cambiar de vivienda, y la constitución de una hipoteca no le impida la venta de la misma. En nuestra opinión, la hipoteca inversa, tal y como ha sido diseñada en su conjunto, se caracteriza por basar su viabilidad en la garantía de la vivienda, y resulta necesario que de algún modo se restrinja la libre disposición de la misma.

También cabría preguntarse si esta causa de resolución del contrato se puede aplicar a los herederos del solicitante una vez fallecido éste, como se plantea algún autor⁹⁹⁹. Pero, en realidad, los herederos al transmitir la finca realizan una aceptación tácita de la herencia en virtud del art. 999 del CC. Se trataría del discurrir normal de la hipoteca que al fallecimiento del deudor, los herederos vendan la vivienda para realizar el pago de la deuda.

⁹⁹⁸ SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, op. cit., pág. 53: igualmente, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 143., ó, ANGUITA RÍOS, R. M. “Regulación relativa...”, op. cit., pág. 10. Al mismo tiempo, resulta obvio que esta limitación dispositiva no afecta a la donación con efectos *post mortem*, tanto de la propiedad como de algunas de sus facultades como el uso o usufructo.

⁹⁹⁹ SIMÓN MORENO, Héctor, op. cit., pág. 56. “*Podria exercitar aquesta facultat si fossin els hereus els qui transmetessin la finca? L’apartat 5.2 de la DA 1a de la Llei 41/2007 es refereix a la transmissió efectuada pel «deudor hipotecario», amb la qual cosa el creditor sí que podria exercitar aquesta facultat. Els hereus es convertirien en deutors en les mateixes condicions que el seu antecessor, amb una eficàcia retroactiva des de l’acceptació de l’herència (art. 411-5 CCCat i 1257 CC). No obstant això, els hereus sí que podrien crear drets personals, com un arrendament, o drets reals, com un dret real d’ús o habitació o una servitud.*”

Ante esta situación, ANGUIA RÍOS, considera que si se establece legalmente esta limitación a la libre disposición, sólo podría salvarse por el acuerdo de las partes. De modo que a *sensu contrario*, si quisiéramos establecer una hipoteca inversa donde fuera posible la libre disposición del inmueble sin autorización de la parte acreedora, por un pacto entre las partes, debería realizarse la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad, pues este pacto altera la concepción de este tipo de hipotecas¹⁰⁰⁰. No obstante, aquí comenzaríamos a hablar no de hipotecas que cumplen todos los requisitos normativos, sino de hipotecas de segundo nivel, no constituidas sobre la vivienda habitual, o que no cumplen con todos los requisitos exigidos, por lo que la libertad de pactos será la norma. Pero también podríamos entender que no se les aplica lo dispuesto en el párrafo 2 del punto 5 de la DA. Así, autores como ÁLVAREZ ÁLVAREZ, consideran que si ponemos este punto en relación con el punto 1 de la DAP, donde describe o define lo que podemos considerar hipoteca inversa de modo que la deuda solo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario, no podría enajenarse la vivienda hipotecada¹⁰⁰¹.

Como ya hemos tratado anteriormente, ante la dificultad de las entidades financieras para garantizar una hipoteca que sólo es exigible al fallecimiento del deudor, cada entidad había buscado con anterioridad a la publicación de la ley su propia fórmula jurídica de salvaguardia que le permitiera firmar estas operaciones con cierta garantía de recobro. En el caso de estas hipotecas de “vivienda no habitual” nos volvemos a encontrar con las mismas soluciones: algunas entidades se apoyaban en la obligación *propter rem*, donde quien en cada momento sea propietario de la vivienda será quien responda de la deuda; otra posibilidad es constituir la hipoteca como hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 del CC, limitando la garantía al bien hipotecado, es decir, donde no podrá ejercitar la acción personal contra el resto de los bienes del deudor; incluso existe la opción de que el crédito esté garantizado por la firma de la operación por los herederos del solicitante como avalistas de la hipoteca. En estos casos, los puntos intermedios, comercialización por entidades financieras, régimen de responsabilidad, etc. de la DAP no le afectan, y todos estos temas relativos a las cláusulas de vencimiento anticipado deberán ser resueltos por la autonomía de la

¹⁰⁰⁰ Vid, ANGUIA RÍOS, R. M. “Regulación relativa...”, op. cit., pág. 10.

¹⁰⁰¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 143. Igualmente en este sentido se muestra BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 82.

voluntad del art. 1255 del CC y el resto del Derecho Hipotecario en toda su extensión. Es decir, esta limitación no afecta a las hipotecas inversas sobre inmuebles que no constituyen vivienda habitual o que no cumplen todos los requisitos de la norma.

Las últimas resoluciones de la DGRN han zanjado el tema, considerando que efectivamente no resultan inscribibles las prohibiciones de disponer, conforme a la jurisprudencia del TS, que las admite en el plano obligacional, pero no con transcendencia real, y remarca el hecho de que la Ley 41/2007 ha incluido específicamente esta excepción a la libre enajenación del inmueble, en el caso de la hipoteca inversa en atención especial a su constitución *intuitu personae*, no admitiendo como excepción otro tipo de disposiciones como la constitución de otros derechos reales.¹⁰⁰²

Las causas de vencimiento no van a ser las mismas en todos los ordenamientos. En la nueva figura francesa, *prêt viager hypothécaire*, la venta del inmueble está recogida como una causa habitual de vencimiento del contrato. Así, en caso de alienación del edificio por el prestatario o sus herederos, la oferta de compraventa que tiene del deudor debe ser notificada al acreedor hipotecario, de este modo el acreedor puede oponerse a este acto de cesión, de acuerdo con el art. L314-14 del Code. El texto del artículo no se pronuncia sobre la forma de la notificación, que podrá realizarse mediante una carta certificada. Si el acreedor no se opone, el valor del bien será igualado al importe señalado en el acto de cesión. Si el acreedor no está de acuerdo con el importe, se procedería a la valoración del bien por un experto escogido de común acuerdo entre el acreedor y el prestatario¹⁰⁰³. Debido a que en este caso la deuda estaría limitada al valor de

¹⁰⁰² Resolución de 4 de noviembre de 2010: “por una parte, ha de tenerse en cuenta que la exclusión de dichos pactos se debe entender confirmada por la nueva Ley 41/2007, pues, por un lado, la reitera respecto de la hipoteca mobiliaria en su disposición final Tercera – modificación del artículo 2 de la Ley de 16 de diciembre de 1954–. Y, por otro lado, si bien se admite dicho pacto, como supuesto de excepción, en el caso precisamente de la hipoteca inversa –vid. disposición adicional Primera, número 5– (en atención al carácter «intuitu personae» de esta hipoteca), se limita al supuesto de la transmisión –sin extenderse a la constitución de gravámenes o derechos reales limitados– y condicionado a que se conceda al deudor la facultad de «sustituir la garantía de manera suficiente», en aplicación de la norma imperativa contenida en el artículo 1129 n.º 3 del Código Civil, lo que ratifica la ilegalidad, y consiguiente rechazo registral, del pacto si no consta la indicada salvedad, como sucede en el presente caso.”

¹⁰⁰³ Article L314-14 “En cas d’aliénation de l’immeuble par l’emprunteur ou ses héritiers, le projet de cession est notifié au créancier hypothécaire. En cas de contestation par celui-ci de la valeur de l’immeuble retenue dans l’acte de cession, il est procédé à l’estimation du bien par un expert choisi d’un commun accord par le créancier et l’emprunteur ou désigné sur requête.

la vivienda, la ley permite al acreedor instar el embargo y la venta del inmueble, o la adjudicación judicial o el pacto comisorio.

Las causas de vencimiento ordinario en Estados Unidos se amplían a tres, ya que la deuda será exigible cuanto el deudor o deudores fallezcan, se venda la vivienda o los deudores se trasladen a vivir a otra residencia, siempre cuando el traslado de residencia sea la ausencia de la misma durante doce meses consecutivos, es decir, de manera definitiva, “*permanent move*”¹⁰⁰⁴.

Igualmente en Reino Unido y Estados Unidos, como hemos señalado una causa de vencimiento de la hipoteca es la venta del inmueble, debido a que la vivienda es la única garantía de la que goza la hipoteca. El modelo americano introdujo en el año 1982, la cláusula *due-on sale* en las hipotecas ordinarias y de forma genérica en la hipoteca inversa, prohibiendo la venta del inmueble sin la autorización del prestamista, y en caso de que efectivamente se realice la venta, se declara vencido el préstamo¹⁰⁰⁵. El hecho de que la venta del inmueble produzca de forma automática el vencimiento de la hipoteca beneficia al acreedor hipotecario, pero es la única forma de sostener un mercado hipotecario donde la principal garantía en muchos Estados es la real sobre la vivienda¹⁰⁰⁶. Al igual que la venta del inmueble, en el caso americano, serán causa de vencimiento los supuestos de concurso de acreedores, donación, traslado de residencia, los delitos de fraude o falsa declaración, expropiación de la vivienda, dejar de pagar los impuestos sobre la propiedad o dejar de tener la vivienda asegurada, en estos

Si la valeur de l'immeuble s'avère finalement inférieure à cette estimation, la créance du prêteur est alors plafonnée :

- soit au prix d'adjudication de l'immeuble si le créancier hypothécaire fait procéder à la saisie et à la vente du bien en vertu de son droit de suite ;

- soit à la valeur d'expertise de l'immeuble si le créancier hypothécaire demande l'attribution judiciaire du bien ou se prévaut du pacte comissoire par lui conclu.

Les dispositions du présent article s'appliquent également au démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué.

¹⁰⁰⁴ LUQUE JIMÉNEZ, M^a C., op. cit., págs. 251 y ss. FEDERAL FINANCIAL INSTITUTIONS EXAMINATION COUNCIL. “Reverse...”, op. cit., pág.16. Por lo general, “mudarse de manera definitiva” significa que ninguno de los prestatarios vive en la casa durante un año completo, sin interrupción.

¹⁰⁰⁵ Podríamos traducir, como “debido en caso de venta” Garn–St. Germain Depository Institutions Act. Section 341a of the Act, Title 12, U.S. Code, Section 1701j-3: “*the term “due-on-sale clause” means a contract provision which authorizes a lender, at its option, to declare due and payable sums secured by the lender’s security instrument if all or any part of the property, or an interest therein, securing the real property loan is sold or transferred without the lender’s prior written consent;*”

¹⁰⁰⁶ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 156.

casos se resolverá el contrato y la entidad acreedora exigirá que se pague la deuda¹⁰⁰⁷.

De hecho, el prestatario en las hipotecas de HECM se comprometen a pagar los impuestos del inmueble, a mantener la vivienda en buen estado, a asegurar la casa y a no abandonarla, donarla o venderla. Así en caso de incumplir alguna de estas condiciones, la hipoteca inversa se hace exigible¹⁰⁰⁸.

4.2. MENOSCABO DEL INMUEBLE. DISMINUCIÓN DE SU VALOR.

La propia DAP hace una llamada a la legislación que en cada caso resulte aplicable, en toda la materia no prevista por la propia disposición y su normativa de desarrollo. Por lo tanto, en cuanto se refiera a la conservación de la finca hipotecaria tendremos que acudir al Código Civil y a la Ley Hipotecaria.

En la fase de seguridad de la hipoteca, debemos recordar que es importante que la garantía persista tanto en su valor en uso, como en su valor en cambio. Y realmente, son pocas las facultades que tiene a su alcance el acreedor hipotecario para proteger el bien ante un mal uso o un uso inadecuado por parte del deudor.

Parece lógico que si el acreedor cuando concede la hipoteca no valora la garantía patrimonial de su deudor, es decir, no valora el resto del patrimonio del deudor, y menos pensando en qué bienes pueden quedar dentro de unos años como posibles “*bienes de la herencia*”, siendo esta la única garantía añadida a la hipotecaria, al menos es importante que pueda vigilar, de alguna forma, su garantía hipotecaria. Sin embargo un riesgo que acecha al valor del inmueble es la dejadez en acometer obras de mantenimiento o mejora de la vivienda. En general, las personas de mayor edad apenas suelen invertir en el mantenimiento de sus viviendas y, a juicio de algunos autores, la hipoteca vitalicia, acentuaría esta tendencia. Cuando existe una incertidumbre sobre si el bien va a permanecer o no en el patrimonio familiar, no siempre se llevarán a cabo obras de reparación

¹⁰⁰⁷ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 6, puede incluir cláusulas de “aceleración” del vencimiento que hacen obligatorio su pago. Por lo general, tales cláusulas tienen que ver con cambios que puedan afectar la garantía del préstamo para el prestador. Por ejemplo:

- el alquiler de toda la vivienda o una parte de ella;
- el agregado de otra persona al título de propiedad de la vivienda;
- cambios en las normas que se aplican a la zona en que esta la vivienda;
- la adquisición de nuevas deudas garantizadas por la vivienda.

¹⁰⁰⁸ AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP), op. cit., pág. 8.; igualmente, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 28.

costosas cuando se desconoce si serán disfrutadas por la familia durante mucho tiempo. El prestamista se enfrenta a un problema de riesgo moral¹⁰⁰⁹. Aunque los contratos suelen llevar al clausulado la obligación de realizar un mantenimiento adecuado de la vivienda, el prestamista no suele ejercitar ninguna facultad para vigilar que efectivamente se estén tomando las medidas oportunas. Se podría considerar casi una intromisión en la intimidad del prestatario, sobre todo, si el cliente es especialmente vulnerable por razones de enfermedad, edad, etc.

No es de extrañar que en todos estos años, haya dejado de hacer las reformas oportunas en la vivienda, y si la situación económica familiar no ha sido buena, incluso puede haber dejado de pagar la comunidad de propietarios, y demás impuestos, más aún, si se trata de un deudor sin descendientes, con lo que ya no entraña ningún deseo de conservar un patrimonio, en buenas condiciones para sus herederos. Por múltiples razones, el estado de la vivienda en el momento del vencimiento, pueden no ser el más adecuado. Por lo tanto, aunque tradicionalmente, las entidades financieras no hagan un seguimiento de facto, de la utilización por los propietarios de los bienes hipotecados, y se considere como una prerrogativa infundada y excesiva, creada a favor del acreedor hipotecario y en contra del deudor hipotecario, parece que en estos casos no es desaconsejada¹⁰¹⁰.

Como en el caso de cualquier hipoteca, lo único que se exige al propietario es que administre el bien con los parámetros de un bonus pater familias. El art. 1129 del CC., establece el vencimiento anticipado de las obligaciones aplazadas por este motivo: *“perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 3.- Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas...a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras”*¹⁰¹¹. Este artículo aborda con carácter general el vencimiento anticipado, lo que conlleva la posibilidad de la inmediata exigibilidad del cumplimiento de la obligación por parte del acreedor, la llamada pérdida o caducidad del beneficio del plazo. Sin embargo, en la hipoteca inversa nos encontramos con que no se puede anticipar el plazo de vencimiento si no es por

¹⁰⁰⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, I. y otros, op. cit., pág. 84.: *“Una posible solución a los dilemas de riesgo moral asociados a la conservación del inmueble podría ser el establecimiento de un precio medio de mantenimiento que se incluyese dentro de los gastos de la hipoteca inversa, al menos para cubrir los gastos originados una vez que la deuda supera el valor patrimonial.”*

¹⁰¹⁰ Tal y como afirma, LASARTE ÁLVAREZ, C., “Principios de Derecho Civil Derechos reales...”, op. cit., pág. 119.

¹⁰¹¹ En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C., “Principios de Derecho Civil de Obligaciones...”, op. cit., pág. 135.

el fallecimiento del solicitante. Sería necesario que la disminución de la garantía sea de cierta magnitud¹⁰¹². En este sentido no sería suficiente el mero temor de que la garantía disminuya para acudir al 1129.3 CC. En este sentido la DGRN no es partidaria de acudir a este artículo por una disminución del valor, muchas veces no duradera en el tiempo¹⁰¹³.

JIMÉNEZ CLAR aboga por el vencimiento anticipado en el caso de que la situación deba su origen a actos o acciones imputables al deudor, en cuyo caso debería sufrir sus consecuencias, que sería la declaración de vencimiento anticipado¹⁰¹⁴. Efectivamente podría iniciarse una acción de devastación del art. 117 de la LH¹⁰¹⁵. El acreedor debe tener acción suficiente para dirigirse contra el deudor cuando de forma voluntaria e intencionada deteriore sensiblemente la garantía hipotecaria. El acreedor puede obligar al propietario, mediante la correspondiente intervención judicial, a hacer o dejar de hacer cuanto convenga para mantener inalterable el valor de la vivienda, evitando su insuficiencia, su disminución de valor que puede ser determinante en el momento de la ejecución¹⁰¹⁶. Y en todo caso, ante una conducta reincidente por parte del deudor,

¹⁰¹² ZURITA MARTIN, Isabel. “La nueva...” op cit., pág. 1300.

¹⁰¹³ Resolución de la DGRN 9114 de 8 de noviembre de 1993. “*referente al vencimiento anticipado del préstamo, y consiguientemente de la hipoteca «en caso de que el valor de la finca disminuyera a juicio de peritos de forma que no cubra el importe garantizado», pues aunque un pacto de este tipo se limita a dar concreción -lo que siempre es deseable- a una de las facultades que integran el crédito hipotecario conforme al art. 1129.3.º del Código Civil, la generalidad con que aparece redactado, frente a los supuestos contemplados en la legislación hipotecaria -arts. 117 de la Ley y 5 de la Ley de Mercado Hipotecario (RCL 1981\900 y ApNDL 8840) que se han admitido por este Centro cuando se trasladan a otros supuestos de créditos hipotecarios-, agudiza la falta de determinación del contenido del derecho real, ya que una breve disminución incluso transitoria del valor del bien hipotecado, podría dar lugar a la resolución de la garantía, todo ello en contra del principio de libre circulación de los bienes y de la eficacia «erga omnes» de todo derecho real.*”

¹⁰¹⁴ JIMÉNEZ CLAR, A. J. op. cit., pág.125. El autor se plantea si la desaparición de la función de garantía de la hipoteca comportaría el vencimiento anticipado de la garantía y una posible ejecución de ésta, con la subsiguiente pérdida del valor en uso de la vivienda por el deudor. El autor se llega a plantear si una disminución de acuerdo con el art. 29 del RD 685/1982 de desarrollo de la Ley del Mercado Hipotecario por razones de mercado o si por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado disminuyera en más de un 20% se podría exigir la ampliación de la hipoteca al deudor, pero hemos de tener en cuenta que esta circunstancia se daría en el ámbito del mercado secundario, si utilizamos la hipoteca inversa para la cobertura de emisión de bonos y cédulas hipotecarias.

¹⁰¹⁵ Art. 117 de la LH.: “*Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez....si después insistiere el propietario en el abuso, dictaré el juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial.*”

¹⁰¹⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derechos reales...*, op. cit., pág. 118.

que suponga la continuidad en su conducta perjudicial para el bien, puede llevarle a que se le prive de la posesión del bien y el Juez dicte providencia poniendo el inmueble bajo administración judicial, para evitar que siga deteriorando el inmueble (arts. 715 y ss. de LEC). La posesión del inmueble es un derecho del propietario que la hipoteca inversa intenta proteger por todos los medios. Pero en este caso, nos encontramos ante dos intereses legítimos encontrados, el valor en uso para el deudor, y el valor económico de realización que defiende el acreedor.

Una vez más el ordenamiento francés resulta muy expeditivo en esta ocasión, de modo que establece de forma específica para esta figura que el deudor deberá mantener el bien en buen estado de conservación, como un *bon père de famille*, y no cambiar su destino, ni disminuir su valor, -hasta aquí de forma similar a nuestro art. 1129 CC-, pero dejando libre acceso a la entidad financiera para comprobar en cualquier momento el estado de la vivienda, y estableciendo como sanción por el incumplimiento de esta obligación el decaimiento del término, es decir, el reembolso inmediato del crédito, art. L 314-8 del Code¹⁰¹⁷.

Otra situación muy diferente se produciría cuando la disminución del valor de la vivienda se deba a causas propias de los mercados, lejos de la intervención del deudor. Podemos plantear si es ajustado a Derecho considerar como causa de vencimiento anticipado que el valor de la vivienda hubiera disminuido en tal medida en el mercado inmobiliario que la entidad acreedora intentara ampliar su garantía hipotecaria, o porque la vida del prestatario se hubiera alargado tanto que se conozca ya de antemano, que el valor de la vivienda no va a resultar suficiente para saldar la deuda. Nos planteamos si en este momento se puede acudir al art. 115 de la LH para ampliar la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados¹⁰¹⁸. Este artículo se utiliza para garantizar los intereses vencidos del art. 114 LH, y en el caso de la hipoteca inversa, la hipoteca

¹⁰¹⁷ Art. L. 314-8: "L'emprunteur doit apporter à l'immeuble hypothéqué tous les soins d'un bon père de famille. Ainsi qu'il est dit à l'article 1 188 du code civil, le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait, il a diminué la valeur de la sûreté qu'il avait donnée par le contrat à son créancier. Le débiteur perd également le bénéfice du terme lorsqu'il change l'affectation du bien hypothéqué ou lorsqu'il refuse au créancier l'accès de l'immeuble hypothéqué pour s'assurer de son bon état d'entretien et de conservation".

¹⁰¹⁸ De acuerdo con MIQUEL SILVESTRE, José A., op. cit., pág. 3 "La hipoteca inversa es peculiar por cuanto prescinde totalmente de la capacidad de pago del prestatario y se apoya por completo en la garantía, así que es lógico que cualquier acreedor pretenda en caso de no poder elegir a su deudor (en el caso de la hipoteca inversa, el deudor lo elige la Ley y el prestatario) que la garantía se quede lo más quieta posible".

se realizará, por lo general por el 100% de la finca, de modo que no resulta posible su aplicación.

Podríamos recurrir por analogía al art. 163 LH en cuanto a la facultad de solicitar la ampliación de las hipotecas legales, pero supone un privilegio de éstas.

Aunque algún autor lo propugne, y en el ámbito de la emisión de títulos en el mercado secundario por parte de las entidades financieras, si se admite la ampliación de la hipoteca por diferencias de valor de mercado¹⁰¹⁹. El hecho de que una crisis inmobiliaria disminuyera drásticamente el valor de la vivienda, de modo que la garantía inicial deviniera insuficiente, de modo que dejaría de ser garantía suficiente cubrir el importe total de la deuda, no sería motivo suficiente para solicitar la ampliación de garantías, ni para declarar el vencimiento del crédito. Igualmente podemos argumentar que en el caso de la hipoteca inversa son problemáticos los vencimientos anticipados por causas ajenas a la voluntad del deudor, principalmente porque la depreciación, siendo una causa externa pondría en una situación muy desfavorable al deudor, puesto que la ejecución de la garantía le privaría además del uso de la vivienda. Como hemos comentado en otros capítulos la depreciación de la vivienda forma parte de la incertidumbre propia de cualquier hipoteca; tanto el deudor como el acreedor deben asumir la apreciación como la depreciación de valor como circunstancia inherente a la hipoteca inversa, que al prolongarse en el tiempo se ve afectada por los avatares de los mercados.

4.3. FALTA DE RESIDENCIA HABITUAL. EL ARRENDAMIENTO.

Al legislador español no le preocupa si se mantiene la característica de residencia habitual para la vivienda tras la constitución de la hipoteca. Como hemos visto fue un tema debatido a través de distintas Enmiendas, pero la

¹⁰¹⁹ A este respecto el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, que deroga el anterior Real Decreto RD 685/1982, recoge como en el caso de emisiones de títulos por parte de las entidades financieras, el art. 9, titulado Ampliación de hipoteca, permite que si "... por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20%, y con ello se superasen, en función del principal pendiente de amortizar, los límites a que se refiere el artículo 5.1, la entidad acreedora, previa tasación realizada por una sociedad homologada independiente, podrá exigir del deudor la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el préstamo o crédito que garantiza."

redacción no se pronuncia sobre las consecuencias de que la vivienda sea posteriormente alquilada, se traslade la residencia habitual del deudor a una residencia de mayores o a casa de un familiar y, por tanto, la vivienda hipotecada pierda la característica de vivienda habitual¹⁰²⁰. De acuerdo con el texto definitivo de la norma, la pérdida de esta condición no tiene ninguna consecuencia jurídica, algo que llama la atención, sobre todo porque podría dar lugar a actuaciones que burlen la ley¹⁰²¹. Por el contrario, en la mayoría de los países estudiados se considera este aspecto como causa de vencimiento anticipado del crédito.

Por un lado, no tiene sentido impedir que se realice una hipoteca de primer nivel sobre una vivienda que no sea residencia habitual, exigiendo toda una serie de requisitos de forma taxativa, y acto seguido permitir que la vivienda quede desocupada o alquilada, sin tener ninguna consecuencia jurídica. Pero creemos que la intención del legislador es evitar por un lado que se especulara con la propiedad, dando mayores prerrogativas a la residencia habitual y, por otro lado, no desea entrar en la posterior situación del deudor, que por su edad y salud puede verse obligado a tomar otras decisiones con respecto a su residencia no previstas en un primer momento, y salvo que la entidad acreedora reclame está falta de consonancia, permite de este modo mayor flexibilidad al desarrollo de la hipoteca, y acomodo a las circunstancias de la vida del deudor. Al mismo tiempo se evita así que el deudor se enfrente en vida al pago de la deuda, y a la posibilidad de ejecución forzosa de su vivienda¹⁰²².

Un supuesto similar lo encontramos cuando se realiza la atribución judicial del uso del inmueble gravado al cónyuge del deudor tras un procedimiento de separación o divorcio, o a su conviviente, o en el caso de una alteración dominical entre cónyuges como producto de la liquidación de la sociedad de gananciales¹⁰²³. Salvo en este último supuesto en que nos encontraríamos con una transmisión de la propiedad del bien, y por lo tanto como hemos apuntado anteriormente se debe realizar un cambio de garantía o la

¹⁰²⁰ CORDERO LOBATO, E. La hipoteca inversa. op. cit., pág. 497: “Sin perjuicio de lo previsto para los casos de transmisión voluntaria de la vivienda, la Ley no exige que la misma continúe siendo el domicilio habitual del deudor durante toda la duración de la hipoteca, por lo que, una vez constituida la hipoteca, el ulterior destino del inmueble es irrelevante.”

¹⁰²¹ En este sentido MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 174.

¹⁰²² Siguiendo a MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 176.

¹⁰²³ CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., op. cit., pág. 1; BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 82.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 59.

entidad tendrá derecho a resolver el contrato, en los demás escenarios se produce un cambio del uso con posterioridad a la constitución.

Con respecto al mantenimiento de la residencia habitual a lo largo de la vida de la hipoteca, será muy importante a falta de una normativa legal clara, el clausulado de la escritura, donde habrá entidades financieras que puedan aceptar el alquiler o la cesión de uso de la vivienda, y otras que lo prohíban específicamente¹⁰²⁴. De este modo, este requisito dependerá de un pacto de voluntades entre ambas partes del contrato.

Así mismo, se discute doctrinalmente si el propietario conserva la facultad de alquilar el inmueble hipotecado, de modo que pudiera sacar un mayor rendimiento económico al mismo, para incrementar su pensión, ya que el objeto final de la constitución de la hipoteca es la obtención de mayores ingresos, sin considerar el alquiler como un acto dispositivo de la propiedad, que es el punto donde se centra la hipoteca inversa. Así, algunas entidades han permitido la posibilidad de arrendar la vivienda hipotecada haciéndola más atractiva para el deudor que piensa en la posibilidad de abandonar la misma en un futuro y trasladarse a una residencia o con sus familiares. Debemos tener en cuenta que un alquiler posterior, no dejaría de ser otra fuente de ingresos para el deudor¹⁰²⁵. La valoración económica del derecho de uso de la vivienda es importante para un deudor que necesita exprimir al máximo su derecho de propiedad. Igualmente, podemos considerar que la prohibición de arrendar va contra la libertad del dominio y al mismo tiempo puede no resultar acertado limitar la disposición o el uso por el acreditado del bien, ya que contradice la función social de la figura. Los beneficios para el deudor serían muchos, -una segunda renta-, mientras que el perjuicio para el acreedor, sería el posible conflicto ante la ejecución del bien y de los derechos reconocidos al arrendatario en la Ley de Arrendamiento Urbanos, con la consiguiente depreciación del bien a efectos de ejecución al existir un arrendamiento con derecho a permanecer en la vivienda. No obstante, el arrendamiento supone un riesgo importante para el acreedor en el supuesto de un vencimiento del préstamo, debido a la devaluación de la vivienda que supone en el momento de la enajenación, forzosa o voluntaria, debiendo respetar los plazos establecidos en la LAU (arts. 9 y 13), ya que prevalecen los plazos de

¹⁰²⁴ BERROCAL LANZAROT, A. I., op. cit., pág. 79; igualmente ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 168, cree que no estaría de más que se dijera expresamente que es posible alquilar la vivienda.

¹⁰²⁵ BALAGUE, C., op. cit., pág. 36.

duración del arrendamiento de vivienda sobre la ejecución hipotecaria¹⁰²⁶. En definitiva si se estableciera un arrendamiento, aunque fuera con el consentimiento del acreedor, éste se podría ver perjudicado ante una eventual ejecución de la hipoteca¹⁰²⁷.

La norma no se había pronunciado con la suficiente claridad sobre las consecuencias jurídicas de que la vivienda sea alquilada. Sin embargo, la DGRN en varias resoluciones del año 2008 ha permitido en este punto, la inscripción de cláusulas firmadas por convención entre los contratantes donde se permite la resolución del préstamo en el caso de que la vivienda deje de ser habitual, en contra de la tradición de esta Dirección General que reiteradamente en el pasado ha impedido el acceso al Registro de la Propiedad de este tipo de cláusulas, como hemos visto. Los hechos son los siguientes: Senior Money (Spain) Finance Limited, solicita la inscripción de una cláusula financiera, por la que el acreedor puede requerir el pago de la deuda pendiente en el caso de que el último residente nombrado haya dejado de residir en la finca, especificando qué se entiende por dejar de residir (mantenerse ausente seis meses, se tenga o no intención de regresar), con independencia de la prueba extrarregistral que deba practicarse¹⁰²⁸. La DGRN, admite esta inscripción afirmando que *“debe admitirse la inscripción de la cláusula hipotecaria ahora discutida, la cual guarda similitud en su formulación, con los requisitos exigidos ex lege, actualmente, para la existencia de la llamada hipoteca*

¹⁰²⁶ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, art. 13: *“Resolución del derecho del arrendador. 1. Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1.”*

¹⁰²⁷ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 178. apunta como durante los cinco primeros años del arrendamiento, el derecho del arrendatario a permanecer en la vivienda es prácticamente inatacable y no se verá alterado ni siquiera por una eventual ejecución forzosa.; igualmente SIMÓN MORENO, Héctor, op. cit., pág. 57.

¹⁰²⁸ Resolución de la DGRN, 19 de mayo 2008: *”...el importe del préstamo se reembolsará: a) cuando se formaliza la venta de la finca o b) cuando la entidad prestamista presente un requerimiento de pago por la deuda pendiente, añadiendo que “mientras el prestatario no haya incumplido la presente escritura” la entidad prestamista sólo podrá requerir el pago en una serie de casos: a) seis meses desde la muerte del último residente nombrado o b) que el último residente nombrado hay dejado de residir en la finca, especificando qué se entiende por dejar de residir (mantenerse ausente seis meses, se tenga o no intención de regresar). ...debe admitirse la inscripción de la cláusula hipotecaria ahora discutida, la cual guarda similitud en su formulación, con los requisitos exigidos ex lege, actualmente, para la existencia de la llamada hipoteca inversa...”*, al igual que en otras Resoluciones de la DGRN de 6762 y 6761 de 19 de marzo de 2008, 6763 de 22 marzo de 2008, 6764 y 6765 de 24 de marzo de 2008 y 6767 de 25 de marzo de 2008.

inversa... ". Aunque si repasamos el tenor de la letra de la norma, esta situación no está recogida, pues no se incluye la falta de residencia habitual como causa de vencimiento anticipado.

Sin embargo, dentro de nuestro país, se han firmando hipotecas cercanas a la inversa, formuladas por bancos extranjeros, junto con otras hipotecas que se intentan ajustar a la Ley 41/2007. De hecho algunas hipotecas permiten en la escritura la posibilidad de alquilar la vivienda o cambiar de residencia, por ejemplo en el caso de tener que trasladarse a una residencia¹⁰²⁹.

En Estados Unidos se entiende como causa común de cancelación de la hipoteca el abandono de forma permanente del domicilio, cuando no se ha habitado en la casa durante doce meses consecutivos¹⁰³⁰. Pero debemos tener en cuenta -como apunta MARTINEZ ESCRIBANO- que en el sistema norteamericano la protección de la apariencia posesoria tiene gran importancia también para los bienes inmuebles, lo que explica que la hipoteca inversa se limite a la vivienda habitual y que se exija al deudor hipotecario la permanencia en la vivienda durante toda la vida del préstamo¹⁰³¹. En nuestro derecho, debemos entender la posesión como una facultad de goce, como un derecho en este caso del propietario, pero no como una fórmula de demostración de la propiedad; será el Registro de la Propiedad, y el control jurídico que éste realiza, quien avalará tanto la propiedad como la hipoteca sobre el inmueble, con independencia que quien sea el poseedor en cada momento.

Otros autores ven en la hipoteca inversa un sistema efectivo para la protección de grupos sociales vulnerables y ello requiere que su utilización esté relacionada con el uso del inmueble como medio protector del crédito. Así la pérdida del uso del inmueble permitiría la entrada del vencimiento anticipado como mecanismo regulador de la efectividad de la garantía¹⁰³². Pero no estamos de acuerdo con identificar la finalidad de la hipoteca en parte con el

¹⁰²⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Isidro, y otros, op. cit., pág. 60..

¹⁰³⁰ En este sentido, ZURITA MARTIN, Isabel. "La nueva...", op. cit., pág. 1292, en el mercado americano se añaden como causas de extinción la falta de pago por el deudor de los impuestos sobre la propiedad, o el seguro sobre el inmueble, e incluye además como causa de extinción la venta del inmueble.

¹⁰³¹ MARTINEZ ESCRIBANO, C., op. cit., pág. 176 y ss.: "...El funcionamiento de nuestro Registro de la Propiedad frente al mucho más deficiente modelo americano permite ofrecer fuertes garantías de subsistencia del derecho a través de la inscripción y la protección de la publicidad registral que convierten en innecesario ese contacto permanente entre el deudor y la vivienda hipotecada."

¹⁰³² JIMÉNEZ CLAR, A. J. op. cit., pág. 128. que puntualiza que el legislador sanciona el uso como requisito inicial para la constitución de la hipoteca pero no establece la continuidad de dicha circunstancia como requisito de garantía.

mantenimiento del uso, y creemos que la finalidad de la misma será la que cada deudor decida, que perfectamente podría ser pagar las mensualidades de una residencia.

Las últimas resoluciones de la DGRN, en concreto, la resolución de 4 de noviembre de 2010 se ha pronunciado de forma muy clara sobre el asunto en cuestión. Efectivamente, considera que en algunos momentos la postura de la DGRN ha sido admitir que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos posteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga¹⁰³³, pero cuando el efecto del vencimiento anticipado del préstamo no se restringe a los arrendamientos exentos del principio de purga de las cargas posteriores, entonces las cláusulas que imponen tal vencimiento son nulas por infringir el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Y siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, *“el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 LH). La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no sólo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los artículos 661, 675 y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca – realización de la finca hipotecada”*

En resumen, parece que la Ley 41/2007 contempla como causa de vencimiento anticipado la transmisión de la finca pero no el cambio de uso, no contempla como causa de extinción del préstamo el traslado del deudor a otro domicilio, de modo que el requisito de vivienda habitual, sirve a efectos de constitución, pero permite que la hipoteca continúe, protegiendo al deudor sobre todo en aquellos casos en que el cambio de residencia se debe a motivos derivados de la edad o salud por lo que debe ser ingresado en una residencia o convivir con otros familiares¹⁰³⁴. En el caso del alquiler de la vivienda, el acreedor no podría declarar el vencimiento anticipado del préstamo por no

¹⁰³³ Nos referimos a la aplicación del Art. 13 de la LAU.

¹⁰³⁴ Del mismo modo esta autora, VAÑO VAÑO, María José, op. cit., pág. 587, también comparte la opinión de no establecer un vencimiento anticipado por esta causa.

preverlo expresamente el texto de la Ley¹⁰³⁵, y porque así lo apoya la jurisprudencia del TS y DGRN, tal es el caso del vencimiento anticipado por transmisión de la vivienda donde *ex lege* el legislador ha incorporado una diferencia sustancial en el contexto del Derecho Hipotecario.

Ya hemos mencionado el caso de Francia, donde contrariamente a la exigencia de residencia habitual permite desde el primer momento que se hipoteque una vivienda propiedad del solicitante, no obstante esta vivienda puede ser segunda vivienda o incluso estar cedida en alquiler, etc. Este requisito dependerá del modo en que el legislador decida en cada ordenamiento cómo se conjuga la protección de los mayores y la seguridad en los préstamos hipotecarios. Desde luego, el ordenamiento francés es el más abierto en este sentido, únicamente desea hacer líquido el patrimonio acumulado¹⁰³⁶.

4.4. REEMBOLSO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO POR VOLUNTAD DEL DEUDOR.

Y por supuesto, otra causa lógica, que otros ordenamientos sí destacan específicamente sería, el reembolso anticipado del importe del préstamo, como causa anticipada de la extinción de toda deuda, el pago de la misma, de hecho casi todas las escrituras contemplan esa posibilidad¹⁰³⁷. Lógicamente el obligado al pago será el deudor, y en el caso de ser varios los deudores la responsabilidad entre todos ellos será solidaria, como fórmula habitual utilizada en la constitución de los préstamos.

En esta circunstancia, la entidad financiera puede exigir el cobro de la compensación por desistimiento, teniendo en cuenta que se trata de un préstamo o crédito hipotecario. Efectivamente la hipoteca recae sobre una vivienda y el prestatario es una persona física, de acuerdo con los requisitos exigidos el art. 7 de la Ley. Esta compensación ha sido introducida en la propia Ley 41/2007, y será de *aplicación a los contratos de crédito o préstamos hipotecarios formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*, es decir, a las escrituras otorgadas después del 9 de diciembre de 2007. Por lo tanto, si la

¹⁰³⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 45.

¹⁰³⁶ LAMOISSIÈRE-POUVREAU, C., MASSET-DENÈVR, E., op. cit., pág. 3.

¹⁰³⁷ Se suele pactar una cláusula de vencimiento anticipado con un texto similar al siguiente: *“No obstante el vencimiento final pactado, los acreditados podrán resolver este contrato, en cualquier momento, previo pago y reembolso a la Entidad de todas las cantidades adeudadas y comunicando por escrito su voluntad de resolver el contrato.”*

hipoteca inversa ha sido contratada con posterioridad a esta fecha, en el caso de amortización anticipada, y aunque no se mencione en el contrato, el acreedor podrá exigir una comisión por amortización anticipada, ahora compensación por desistimiento, estipulada por Ley 41/2007¹⁰³⁸. Por el contrario, si hubiera sido firmada con antelación se registrará por lo firmado en la escritura, y siempre de acuerdo a la OM sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, de 5 de mayo de 1994.

Así mismo, la entidad financiera puede exigir como “compensación por desistimiento” en el caso de cancelación anticipada una comisión habitual en los préstamos hipotecarios ordinarios, regulada en art. 8 de la Ley 41/2007¹⁰³⁹, una

¹⁰³⁸ Tal y como afirma ARANGUREN URRIZA, F. J., op. cit., pág. 133, antes el fundamento era contractual, y se incluía la amortización anticipada dentro de las comisiones bancarias como una más, si bien limitada en su cuantía para los supuestos de préstamo a interés variable, por considerar que en estos casos el riesgo era menor para el banco. La nueva normativa parte de la existencia efectiva de un perjuicio económico al banco, cambiando su denominación de comisión por compensación.

¹⁰³⁹ Ley 41/2007, art. 8: *“Compensación por desistimiento. 1. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, que se produzcan en los créditos o préstamos hipotecarios a los que se refiere el artículo anterior de la presente Ley, la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de compensación por desistimiento, no podrá ser superior:*

- i) al 0,5 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o*
- ii) al 0,25 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicado en el número anterior.*

2. Si se hubiese pactado una compensación por desistimiento igual o inferior a la indicada en el apartado anterior, la compensación a percibir por la entidad acreedora será la pactada.”

Art. 9. “Compensación por riesgo de tipo de interés.

1. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de créditos o préstamos hipotecarios que se produzcan dentro de un periodo de revisión de tipos de interés cuya duración pactada sea igual o inferior a doce meses no habrá derecho a percibir por la entidad acreedora cantidad alguna en concepto de compensación por riesgo de tipo de interés.

2. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de los restantes créditos o préstamos hipotecarios, la compensación por riesgo de tipo de interés será la pactada y dependerá de si la cancelación genera una ganancia o una pérdida de capital a la entidad. Se entenderá por ganancia de capital por exposición al riesgo de tipo de interés la diferencia positiva entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito. Cuando dicha diferencia arroje un resultado negativo, se entenderá que existe pérdida de capital para la entidad acreedora.

El valor de mercado del préstamo o crédito se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El contrato de préstamo especificará el índice o tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine el Ministro de Economía y Hacienda.

compensación que se aplica con distinto porcentaje dependiendo del número de años de vigencia del préstamo. También la entidad financiera podrá exigir una compensación por riesgo de tipo de interés en las operaciones a tipo variable y siempre que esté recogida en el contrato. El cobro de esta comisión desde su implantación ha resultado complicado, además de su difícil fórmula de cálculo, se aplica a préstamos donde el periodo de revisión del tipo de interés es superior a un año, pero debemos tener en cuenta que en España la mayoría de los préstamos tienen pactados tipos de interés que se revisan por periodos iguales o inferiores al año. Por otro lado, no se ha establecido un importe o porcentaje máximo a cobrar, sino que solo se podrá una cantidad si la cancelación genera una pérdida de capital para el banco, por ejemplo, que el tipo de interés de mercado es superior al tipo pactado en el préstamo, produciéndose el definido como *daño de refinanciación*¹⁰⁴⁰. Por lo tanto, la intrincada redacción de la misma y la dificultad de las entidades financieras para demostrar la pérdida ha llevado a que hasta el momento resulte difícil su cobro, aunque con la publicación de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre sobre transparencia, en su art. 28 se ha determinado el índice que debe aplicarse en estos casos, abriendo el camino a las entidades financieras para su cobro.

Las entregas para amortizar el préstamo hipotecario que realiza el deudor, podrían tratarse de una amortización total o parcial de la deuda, o podría haberse pactado que en el caso de amortización parcial, el importe repuesto, pueda volver a ser dispuesto por el deudor a través de una nueva disposición. Curiosamente aquí se plantea que generalmente la amortización parcial o la entrega a cuenta se aplica primero a los intereses devengados y no cobrados y *a posteriori* al capital, art. 318 del CCo, pero en este caso, los intereses no son exigibles hasta el vencimiento, el fallecimiento del deudor, luego las cantidades anticipadas sólo

En caso de cancelación parcial se le aplicará al resultado de la fórmula anterior el porcentaje del capital pendiente que se amortiza.

3. La entidad acreedora no podrá percibir compensación por riesgo de tipo de interés en el caso de que la cancelación del crédito o préstamo genere una ganancia de capital a su favor.

4. El contrato deberá especificar cuál de las dos modalidades siguientes para el cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés será aplicable:

Un porcentaje fijo establecido en el contrato, que deberá aplicarse sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación.

La pérdida, total o parcial, que la cancelación genere a la entidad, calculada de acuerdo al apartado 2. En este caso, el contrato deberá prever que la entidad compense al prestatario de forma simétrica en caso de que la cancelación genere una ganancia de capital para la entidad.”

¹⁰⁴⁰ ARANGUREN URRIZA, Francisco José, op. cit., pág. 138.

serán aplicables al capital, no podrán ser aplicadas por la entidad financiera a intereses, salvo pacto con el deudor.

4.5. OTRAS CAUSAS DE RESCISIÓN.

La doctrina, e incluso la DGRN, consideran necesaria la introducción de nuevos supuestos que permitan el vencimiento de la operación, como la transmisión forzosa del inmueble, incluso la anotación o la práctica de un embargo sobre la finca gravada¹⁰⁴¹.

a.- Falta de pago del seguro sobre la vivienda.

Pero no parece una causa suficiente, más bien sería una facultad del acreedor la de pagar por subrogación la prima del seguro¹⁰⁴².

b.- Incumplimiento de la obligación de pago.

Resulta evidente que esta no puede ser una causa de vencimiento anticipado, ni se puede obligar a abandonar la vivienda por no haber realizado el pago de la hipoteca, a diferencia de las hipotecas convencionales, ni aquellas causas personales del deudor, distintas de su fallecimiento, como hubieran sido en otras hipotecas la declaración de concurso, la pérdida de solvencia, etc.¹⁰⁴³.

En cuanto a la posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura. En este caso siguiendo la RDGRN de 1 de octubre de 2010, que a su vez sigue la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia de 16 de diciembre de 2009 “*resulta desproporcionado atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorio*”. Igualmente recuerda el Tribunal la doctrina de otras sentencias donde solo se admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes. Aclara el Tribunal Supremo que “*de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad*

¹⁰⁴¹ MIQUEL SILVESTRE, J. A., op. cit., pág. 2.

¹⁰⁴² ROMERO CANDAU, Pedro A., op. cit., pág. 317.

¹⁰⁴³ ROMERO CANDAU, P. A., op. cit., pág. 325.

Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio”. Continúa la RDGRN de 1 de octubre de 2010 diciendo que “*declarar el vencimiento de la hipoteca por cualquier incumplimiento, hasta accesorio, vulneraría la letra e) del apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, según la cual es requisito de esta nueva figura de la hipoteca inversa «que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios» –o bien en los casos de transmisión voluntaria de la finca hipotecada sin sustitución suficiente de la garantía–.*”

c.- Embargo de la vivienda.

Sería posible realizar el embargo sobre la vivienda hipotecada por una deuda del deudor, donde figure como titular o como avalista, en una reclamación de una cantidad de dinero. Pero la hipoteca inversa se constituye como primera carga que pesa sobre el bien, o aunque la norma no lo exige, las entidades deberían hacerlo, con lo que la hipoteca inversa no se ve afectada por las cargas posteriores, y tendría prioridad sobre ellas¹⁰⁴⁴.

d.- Contratación de la hipoteca en fraude de acreedores.

Se puede plantear la utilización de esta figura como una fórmula para vaciar de valor el patrimonio del deudor, de modo que el hipotecante utilizase la hipoteca inversa, como un acto, incluido en el art. 1111 del CC., para eludir otras deudas preestablecidas a las que no podrá hacer frente tras contratar una hipoteca inversa y disponer del crédito concedido. Es decir, la hipoteca inversa podría resultar un acto de disposición realizado en fraude de acreedores, de acuerdo con el art. 1291.3 del CC. Así el deudor ha conseguido eludir el derecho de los acreedores vulnerando la norma que establece la responsabilidad universal de su patrimonio, (art. 1911 del CC), consiguiendo que la hipoteca suponga una concreción privilegiada que perjudica al resto de los acreedores, con independencia de que este daño se manifieste en el momento de la futura ejecución de la garantía¹⁰⁴⁵. Consigue situarse en una situación de insolvencia, puesto que si únicamente es propietario de su vivienda habitual, la carga que pesa

¹⁰⁴⁴ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 159.

¹⁰⁴⁵ De acuerdo con MARTÍN PÉREZ, J. A., “De la naturaleza y efectos de la obligaciones, (Arts. 348-352; 774-810; 813-857; 1.111; 1.290-1.299)” en *Jurisprudencia Civil Comentada*, VV.AA. PASQUAU LIAÑO, Miguel. Coord. Editorial Comares. Tomo II. Granada. 2008. Pág. 1948.

ahora sobre la vivienda seguramente haga imposible el pago de otras deudas. Efectivamente, podríamos utilizar la acción pauliana para rescindir esta hipoteca, contra un deudor que ha conseguido imposibilitar directamente a sus acreedores de cobrar sus deudas habiendo dispuesto del único bien que suponía cierta garantía de pago para el acreedor¹⁰⁴⁶. Utilizada esta acción en último término si prosperase, el acreedor conseguiría que el negocio hipotecario resultara rescindido y se procurara la indemnización de los acreedores perjudicados.

En el caso de que las disposiciones de la hipoteca sean en forma de rentas gratuitas¹⁰⁴⁷, es decir donaciones en favor de un beneficiario, además podrían entrar en relación las presunciones del art. 1297.1 del CC, con el art. 643, por lo que se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.

Para que la acción rescisoria o pauliana prospere deberá probarse la intención de fraude¹⁰⁴⁸, y sobre todo el perjuicio ocasionado.

Pero vamos a poner estos conceptos en relación con un concepto denominado *Préstamo Responsable*, recogido en la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, donde se establece que las entidades financieras llevarán a cabo una evaluación de la solvencia, y acudirán a todos los registros oportunos como Registro de la Propiedad o Central de Información de Riesgos del Banco de España donde se verificarán que no existen otras deudas que efectivamente puedan quedar perjudicadas ante la contratación de una hipoteca inversa, o que la valoración de la capacidad del cliente sea suficiente para cumplir con las obligaciones derivadas también de otras deudas o compromisos. Por supuesto nos

¹⁰⁴⁶ Siguiendo al Profesor MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*. José M^a Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1995. Págs 364 y ss.

¹⁰⁴⁷ Comenta MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión...* op. cit., pág. 379. Como en los actos gratuitos se atiende solamente a si perjudican a los acreedores, sin consideración alguna a la idea de fraude, en aplicación de la regla *nemo liberalis nisi liberatus*, nadie debe hacer actos de liberalidad si antes no ha pagado sus deudas.

¹⁰⁴⁸ STS de 7 noviembre RJ 2002\9684, donde: “ *la sentencia acoge y al estimar las numerosas deudas que en el momento de la constitución de la hipoteca tenía don Ignacio M. A., determina la interpretación que ha llevado a estimar la pretensión subsidiaria de rescisión de la hipoteca por fraude de acreedores , toda vez que se daría con la misma extrema dificultad para el cobro del crédito del actor y toda vez que la sentencia admite, como no podía ser de otra forma, la veracidad de la entrega del dinero y la validez del contrato privado determinante del contrato ulterior de hipoteca.*”. Igualmente en la STS de 5 de junio de 2006, la constitución de una hipoteca a favor de un crédito preexistente, “*implica un evidente ánimo de garantizar la posición del Banco frente a los demás acreedores y es suficiente la existencia de scientia fraudis*” dado que la hipoteca comprende casi la totalidad de los bienes de la deudora, cuya situación ha de conocer el Banco acreedor.

quedarán todas aquellas deudas que han quedado en el ámbito estrictamente privado. No obstante, pese a que norma solicita la evaluación de la solvencia, acto seguido, desliga a las entidades de cualquier responsabilidad¹⁰⁴⁹.

Igualmente, puede plantearse qué sucede si quien tenía un patrimonio abundante en el momento de constituir la hipoteca inversa, al morir no deja más bienes en su herencia que el inmueble hipotecado, quizás porque preveía que el valor de la vivienda no sería suficiente para hacer frente a la deuda de intereses acumulados. El acreedor hipotecario podrá acudir a las acciones de protección de su crédito frente a las actuaciones fraudulentas por parte del deudor, es decir, podría utilizar la acción pauliana o revocatoria por fraude de acreedores ex art. 1111 CC. MARTÍN PÉREZ se plantea que aunque solo responde con los bienes de la herencia, es decir, sólo queda sujeto a tal responsabilidad lo que forme parte del caudal relicto, y no “todos sus bienes presentes y futuros”, por lo que no parece que pueda quedar limitada su facultad dispositiva hasta el momento del fallecimiento. Pero a la vez, se hace preciso tener en cuenta que el art. 1111 CC es una norma general de protección de todo derecho de crédito, que afecta a todo deudor y no hay razones para considerar al deudor constituyente de hipoteca inversa como una excepción¹⁰⁵⁰.

Y por último, se podría plantear la posibilidad de constituir una hipoteca inversa, invistiendo a un beneficiario a título gratuito, con el propósito de eludir otros créditos, concluyendo nuevamente en una utilización fraudulenta de la figura hipotecaria, como ya hemos analizado.

e.- Destrucción de la garantía, destrucción de la vivienda

Ya hemos comentado que ante la destrucción del bien se puede plantear si las cantidades percibidas como indemnización por siniestro deben ser destinadas a la reconstrucción del mismo o a la cancelación de la deuda. Debido al destino que la vivienda tiene valor en uso para deudor se hace lógico que el mismo sea la rehabilitación del mismo y continuar con el préstamo hipotecario.

¹⁰⁴⁹ Orden EHA/2899/201. Art. 18.6: ” *La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.* ”

¹⁰⁵⁰ MARTÍN PÉREZ, J. A., “La hipoteca inversa...”, op. cit., pág. 32.

5.LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA

El principio de accesoriedad respecto de la obligación garantizada en el ordenamiento español se recoge en los art. 1876 del CC y 104 de la LH, de modo que la hipoteca sujeta de forma directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea el poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida¹⁰⁵¹. Esto supone para el acreedor hipotecario el *ius distrahendi*, o facultad de le permite instar la realización del bien hipotecado, cualquiera que sea su poseedor, con el fin de cobrar el crédito garantizado con la suma que se obtenga en la subasta, con la facultad de cobrar antes que otros acreedores, *ius praelationis*¹⁰⁵².

Por lo tanto, si no se llega a ningún acuerdo con los herederos, estaremos ante el incumplimiento de la obligación garantizada. Por lo tanto, a la entidad financiera, en el ejercicio de sus facultades y prerrogativas como acreedor hipotecario, le queda expedita la vía para proceder a su cobro por cualquiera de los procedimientos establecidos, deberá ir a la ejecución de la garantía hipotecaria para conseguir la realización del valor. El procedimiento de ejecución de la hipoteca inversa más frecuente será el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, del art. 130 LH y arts. 681 a 698 LEC¹⁰⁵³. Este procedimiento se caracteriza por su sumariedad y limitación de la causas de oposición del ejecutado, puesto que se limitará a la extinción de la garantía u obligación garantizada y error en la determinación de la cantidad exigible¹⁰⁵⁴, y

¹⁰⁵¹ PARDO, C. y NOGUEROLAS, N., op. cit., págs. 1 y ss. La inseparabilidad de la hipoteca en relación con el crédito, como dice M. PEÑA, es consecuencia de la accesoriedad, no de su confusión con el crédito.

¹⁰⁵² Sobre este tema: GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. “Principios...”, op. cit. pág. 35, señala como la hipoteca implica un *ius distrahendi*, sin que puede anteponerse ningún derecho de crédito por muy privilegiado que sea; DE PABLO CONTRERAS, Pedro, “Las cláusulas financieras en la inscripción del derecho real de hipoteca. Trascendencia en el momento de su ejecución (arts.11.1 y 11.2 de la Ley 41/2007)”, en *La reforma del Mercado Hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. Ester Muñiz Espada y otros. Coord. Edisofer, S.L. Madrid, 2009. Págs. 127 y ss.

¹⁰⁵³ En este sentido MURO VILLALÓN, J. V., op. cit. pág. 19.

¹⁰⁵⁴ Art. 695 de LEC: 1. Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2. Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la

reducción de las causas de suspensión del proceso. Para proceder a la realización forzosa del bien no es necesaria una sentencia declarativa, sino que directamente se pasa a la fase de apremio. No requiere el avalúo del bien ni la localización del deudor, basta la fijación de un tipo de subasta y de un domicilio a efecto de notificaciones¹⁰⁵⁵.

Así, la entidad de crédito podrá instar la ejecución directamente contra la vivienda del deudor, arts. 129 y 130 LH¹⁰⁵⁶, sobre la base de los extremos contenidos en el asiendo respectivo y por cualquier de los procedimientos legalmente previstos¹⁰⁵⁷. De modo, que no bastará con el título inscrito, sino que el contenido sólo podrá acreditarse con la certificación registral actual, es decir, contemporánea a la demanda ejecutiva¹⁰⁵⁸.

Como generalmente estos contratos se van a instrumentar mediante el sistema de cuenta corriente, le será de aplicación el art. 153 de la LH, y art. 245 del RH, que instrumentan el procedimiento sumario para las hipotecas que garanticen saldos en cuenta corriente. De modo que será título ejecutivo el certificado que presente la Entidad acreedora del saldo debido, arts. 525, 573, 574, 685 y 695 de la LEC.

Si bien es cierto que contamos a partir de la entrada en vigor de la LEC con otros medios para la realización de los bienes hipotecados en estos casos, que se presentan como otras opciones además de la subasta judicial. El art. 636 de la LEC nos remite al “convenio de realización” o a la enajenación mediante entidad

oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

¹⁰⁵⁵ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. “Principios...”, op. cit. pág. 35.

¹⁰⁵⁶ El artículo 130 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, tras la reforma del art. 11.2 de la Ley 41/2007 queda redactado en los siguientes términos: “*El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*”. Aunque algunos autores han criticado esta redacción, como CANALS BRAGUE, F. op. cit. pág. 16, cuando puntualiza que se han suprimido las palabras referidas al *asiento registral*, dado su carácter constitutivo, y se le añade el título como elemento definidor de los extremos en que debe basarse el procedimiento.

¹⁰⁵⁷ ROCA GUILLAMÓN, Juan. op. cit., pág. 689.

¹⁰⁵⁸ MANZANO FERNÁNDEZ, María Del Mar. op. cit. pág. 1230.

especializada”¹⁰⁵⁹. Así el art. 640 de LEC permite que se lleve a cabo un acuerdo entre las partes para que se quede con el bien quien esté interesado en el. Pero debemos tener en cuenta que únicamente la entidad y el deudor pueden utilizar este sistema si disponen de una persona interesada en la adquisición que esta vivienda y dispuesta a adquirir el bien por “*un precio previsiblemente superior al que podría lograrse mediante subasta judicial*”, algo difícil se conocer *a priori* y requisito que deberá ser entendido como una protección del interés del resto de los interesados, de modo que no hay oposición expresa de las personas afectadas por algún interés, y que no concurren especiales circunstancias que pudieran dar lugar a un modificación del valor de la vivienda. Esta realización mediante convenio judicialmente aprobado, podrá llevarse a efecto, siempre que no afecte a derechos de titulares de otras cargas, (art. 640.3 LEC), si es así el juez deberá pedir conformidad para dictar el auto de aprobación del acuerdo.

Con el mismo fin el convenio de realización por persona o entidad especializada, pública o privada, previsto en el art. 641 y 642 LEC, limita, a falta de acuerdo, que el bien pueda ser realizado por importe inferior al 50% del avalúo, aunque deja libertad al juez para autorizar la enajenación por precio inferior al 70% del valor, salvo que estén de acuerdo todas las partes, hayan asistido o no a la comparecencia.

Algunos autores descartan la posibilidad de que pudiéramos utilizar el procedimiento extrajudicial del art. 235 del RH, reservado para aquellas hipotecas donde la cuantía de la obligación garantizada aparece inicialmente determinada¹⁰⁶⁰; no obstante sí se ha admitido este procedimiento en RDGRN para las hipotecas de máximo¹⁰⁶¹.

Si bien estos procedimientos son sumarios y efectivos, la crisis económica ha provocado que no sean suficientes para atender las nuevas situaciones que se están produciendo.

¹⁰⁵⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derechos reales...*, op. cit., págs. 141 y ss.

¹⁰⁶⁰ ROMERO CANDAU, Pedro A., op. cit., pág. 329.

¹⁰⁶¹ De acuerdo con el Colegio de Notarios y Registradores. Finalmente, en cuanto a la aplicabilidad del procedimiento extrajudicial a la figura hay que tener en cuenta la resolución de la DGRN de 3 de septiembre de 2005, que dispone, contra el tenor literal del art. 235.1 RH que “Respecto del pacto por el que se puede ejecutar la hipoteca mediante la venta extrajudicial de la finca conforme al artículo 1858 del Código Civil, el Registrador suspende su inscripción porque considera que, al tratarse de una hipoteca de máximo, se contradice el artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario. Pero tampoco este defecto puede ser confirmado, toda vez que en este tipo de hipoteca esta Dirección General ha admitido la inscripción de dicho pacto, para el supuesto de que en el momento de la ejecución se pueda determinar la cantidad por la que se lleva a cabo la ejecución (cfr., por todas la Resolución de 9 de octubre de 1997).”

5.1. EL PACTO COMISORIO DEL ORDENAMIENTO FRANCÉS

Como ya hemos comentado en el ordenamiento francés, la hipoteca llega a su vencimiento bien por la defunción del prestatario, o del último copropietario si son varios, salvo en caso de venta del inmueble o de desmembramiento del bien hipotecado. En el momento del óbito, los herederos mismos podrán escoger entre, pagar la deuda, y así quedarse con el bien, o dejar que el banco promueva la venta en subasta para reembolsarse la deuda o, se puede permite la realización de un pacto comisorio¹⁰⁶². A la defunción del prestatario, los herederos están especialmente protegidos, ya que el reembolso del préstamo no podrá en ningún caso representar una carga superior al valor del inmueble a la fecha de defunción. Si el precio del bien se valora por encima de la suma debida, los herederos se beneficiarán por la diferencia entre este valor y el importe del crédito, (art. L314-9 Code)¹⁰⁶³. A la inversa, si el importe de la deuda, capital más intereses, sobrepasa el valor de la vivienda, la pérdida será asumida por el banco¹⁰⁶⁴. Así, se amplían las posibilidades de resolución del préstamo: en el momento de la defunción del prestatario o del último de los co-prestatarios, los herederos pueden pagar la deuda hasta el valor del bien estimado al día de la apertura de la sucesión. Se procederá a una tasación por un experto escogido por acuerdo común por el acreedor y el prestatario. En defecto, y a pesar de las reglas aplicables en materia de aceptación a beneficio de inventario, el acreedor hipotecario puede a su elección, bien realizar el embargo y la venta del edificio,

¹⁰⁶² LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derechos reales...*, op. cit., pág. 17. En el Derecho español el pacto comisorio consistía en la estipulación convencional de que, en caso de incumplimiento la cosa objeto de garantía real pasaría a ser, automáticamente, propiedad del acreedor. La ilicitud del pacto comisorio se explica en términos económicos en que por lo general el valor de las cosas dadas en prenda o hipoteca es bastante inferior al montante de la obligación garantizada y no hay razón para que el acreedor obtenga tal sobreprecio.

¹⁰⁶³ Art. L 314-13 “Lors du décès de l'emprunteur ou du dernier vivant des co-emprunteurs, les héritiers peuvent payer la dette plafonnée à la valeur de l'immeuble estimée au jour de l'ouverture de la succession. Il est procédé à cette estimation en tant que de besoin par un expert choisi d'un commun accord par le créancier et l'emprunteur ou désigné sur requête. A défaut et nonobstant les règles applicables en matière d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, le créancier hypothécaire peut à son choix :

- poursuivre la saisie et la vente de l'immeuble dans les conditions du droit commun, auquel cas la dette est plafonnée au prix de la vente ;

- ou se voir attribuer la propriété de l'immeuble par décision judiciaire ou en vertu d'un pacte commissaire alors même que celui-ci constituait la résidence principale de l'emprunteur.

Le créancier hypothécaire dispose de la même option en cas de succession vacante.

¹⁰⁶⁴ LAMOISSIÈRE-POUVREAU, C., MASSET-DENÈVR, E., op. cit. pág. 4.

siempre el precio por el que se adjudicará será el precio de la venta, o bien, atribuirse la propiedad del edificio por decisión judicial o en virtud de un pacto comisorio. Incluso el acreedor hipotecario dispone de la misma opción en caso de herencia yacente. De este modo, en lugar de llegar al momento de la ejecución de la hipoteca el ordenamiento vecino admite como forma de pago, el pacto comisorio.

En el ordenamiento español, si bien el pacto comisorio no se encuentra expresamente prohibido en el Código Civil para los casos de contratos de prenda e hipoteca, como se desprende de la interpretación del art. 1859 del CC, cuando establece taxativamente la prohibición de apropiación del acreedor: “*el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*”. Sí se encuentra expresamente prohibido para los casos de contratos de anticresis, en virtud de lo dispuesto en el art. 1884.2 del CC. La cuestión principal, al margen del debate doctrinal, estriba en averiguar si del espíritu del artículo 1859 del CC, puede deducirse que queda prohibido el pacto comisorio, o *a contrariis*, hay que interpretar este precepto únicamente ordena la no apropiación de la cosa, para aquellos casos en que no se hubiera pactado. Algunos autores señalan que lo que pretende evitar la norma en el caso de hipoteca es que la obtención de la financiación se realice condicionada a la aceptación del pacto comisorio¹⁰⁶⁵, y por lo tanto sería admisible este pacto cuando se firme el acuerdo de pacto comisorio en un momento posterior, en una negociación después de haberse obtenido la financiación. Al regir el principio de autonomía de la voluntad, el pacto comisorio puede sustituir a este precepto legal, si se estimase su carácter dispositivo y no imperativo. No obstante, autores como LASARTE, señalan que la prohibición legal del pacto comisorio es continuamente burlada en la práctica mediante el recurso a otras figuras legales como la venta con pacto de retro¹⁰⁶⁶.

No obstante, como hemos observado el ordenamiento francés resulta más cercano al pacto marciano¹⁰⁶⁷, como aquel pacto celebrado entre el deudor y el acreedor, que consiste en que ante un incumplimiento de la obligación de pago,

¹⁰⁶⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La hipoteca inversa. Una alternativa...*, op. cit., pág. 118.

¹⁰⁶⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derechos reales...*, op. cit., pág.

17.

¹⁰⁶⁷ Pacto Marciano. Digesto. 20.1.16.9. “*Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla (Marcian., ad form, hypoth)*”. En nuestro Derecho histórico, la prohibición del pacto comisorio se mantuvo firme, tal y como se observa en la Partida V, Título XIII, Leyes 41 y 42.

en el momento del vencimiento de la obligación principal, el acreedor podría quedarse en propiedad con la cosa objeto de la garantía, previa justa valoración de la misma, con deber de reintegrar el excedente de dicha valoración sobre la deuda ejecutada. Pero la reforma francesa del año 2006, no sólo ha aplicado estos principios a esta hipoteca que aquí tratamos, sino que ha generalizado el procedimiento judicial y el pacto comisorio, en una búsqueda para agilizar su economía y vida jurídica¹⁰⁶⁸. Siguiendo a SERRANO DE NICOLÁS, numerosas razones han demostrado que el actual sistema de subasta hipotecaria, tanto judicial como notarial, resulta insuficiente, e insatisfactorio para resolver los casos de ejecución de los inmuebles¹⁰⁶⁹. El autor es partidario de introducir el pacto comisorio como una alternativa, al igual que el ordenamiento francés que lo ha incluido en su día a día como un elemento dinamizador dentro de su plan de modernización de la economía. El principal reproche que se hace tanto a la subasta inmobiliaria como al convenio privado de realización o de realización por personas o entidad especializada, es que estos sistemas deben siempre implicar la máxima garantía formal para el deudor, para evitar que provoquen su indefensión, *“al ver como se queda privado de la finca hipotecada al cabo de un largo tiempo en que se han devengado intereses de demora, cercanos a la usura, y además, el acreedor no cobra su total deuda. Situación sorprendente si se piensa que cuando inicialmente se tasó el bien hipotecado se supone que cuando menos garantizaba la total responsabilidad hipotecaria...”*¹⁰⁷⁰.

En definitiva, las soluciones actuales, no resultan eficaces. Las subastas se resuelven con muchas demoras en el tiempo, y por los precios de adjudicación de los inmuebles resultan muy inferiores al precio de mercado, y a los precios de tasación que se tuvieron en cuenta para el cálculo del importe de hipoteca, no

¹⁰⁶⁸ DELATTRE, F., “Reforme des sûretés. Ordonnance N° 2006-346 du 23 mars 2006”. Numéro spécial juin 2006. Droit des sûretés. 46/2006. pág. 4. *En favorisant le paiement du créancier sur le bien par la généralisation de la possibilité :- de demander l’attribution judiciaire, - de stipuler une attribution conventionnelle – c’est-à-dire un pacte comissoire - même en matière immobilière (sauf toutefois pour la résidence principale du débiteur) et, sous réserve d’expertise. articles 2348 C. civ. (gage sur meubles corporels), 2364 et 2364 (nantissement sur créance) 2459 (hypothèque), 2388 in fine (antichrèse) et article L314-13 C.consom (prêt viager hypothécaire)*L’ordonnance du 23 mars 2006 passe pratiquement de la prohibition quasi-absolue à la validation quasi-générale moyennant expertise

¹⁰⁶⁹ SERRANO DE NICOLÁS, Á, “La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficiente subasta hipotecaria (judicial o notarial)”. *El notario del S. XXI*. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid. Enero/Febrero de 2009. Núm. 23, págs. 2 y ss.; igualmente en su artículo “Régimen jurídico de la hipoteca inversa” Revista de Derecho Privado. Núm. 92/2008. pág. 37.

¹⁰⁷⁰ SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, “La admisión del pacto...”, op. cit., pág. 4.

resultando ventajosos ni para el deudor ni el acreedor. Prueba de la contradicción actual de nuestro sistema son dos sentencias de sendas Audiencias Provinciales. Nos vamos a remitir a una SAP de Navarra de 17 de diciembre de 2010, donde, demagogias aparte sobre la crisis económica y el sistema financiero como causante de la misma, resuelve limitar la responsabilidad del deudor al importe por el que el banco se adjudica la finca en una subasta desierta. El tribunal argumenta que si la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, a los efectos de fijar su valor de subasta. *A sensu contrario*, la SAP de Navarra, sección 3ª, 28 de enero de 2011, interpreta que la petición del banco del resto del importe no satisfecho tras una subasta desierta por el banco obedece al derecho que le asiste conforme al art. 1911 del CC y 105 de la LH, puesto que en ningún momento se firma la hipoteca acogida a una hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 de LH.

El debate está servido, cuestionando en diversos sectores el actual sistema de responsabilidad universal del deudor en el caso de préstamos hipotecarios, debido a situaciones que han saltado a la opinión pública¹⁰⁷¹. Pero entre otros inconvenientes, la vivienda como única garantía obligaría a tener más ahorro previo y a suscribir más seguros, y un cambio en la ley encarecería y limitaría la concesión de créditos ante las menores garantías aportadas por los deudores.

En el momento actual la sociedad se plantea la revisión de las garantías que deben acompañar a la hipoteca, pero debemos tener en cuenta que el concepto de hipoteca está en permanente evolución creando figuras nuevas con especiales garantías como la hipoteca inversa, o hipotecas que hasta el momento

¹⁰⁷¹ SANTOS GONZÁLEZ. Presidente de la AHE, Expansión, 28/01/2011. *“Sin embargo, y a pesar de su gran relevancia, este no puede ser la razón por la cual pretendamos alterar, en ocasiones con un carácter muy populista, las condiciones económicas de un mercado de actuación de más 600.000 millones de euros que tan solo presenta una morosidad del 2,6%. ...Debemos renunciar a medidas que, en el intento de mejorar el funcionamiento del mercado, acaban perjudicando no solo a la mayoría del mismo -que supone el 97,4% restante- sino también a las expectativas de quienes en el futuro quieran acceder al crédito....Nuestra Ley Hipotecaria del año 46 ya contemplaba en su artículo 140 la posibilidad de contratar una hipoteca con la sola garantía de inmuebles. Lo que ocurre es que, como acabamos de decir, no sería conveniente usarlo para bien de los mercados financieros y de los demandantes de hipotecas”* 08/11/2011 *“Por último, cabe destacar que la mayor parte de nuestra estructura legal y financiera del mercado hipotecario es garantista a favor de los títulos hipotecarios (cédulas, bonos, participaciones) en manos de los ahorradores. Esto significa que una parte muy importante de nuestro sistema financiero, y más concreto de nuestro mercado hipotecario, reside en la fortaleza del mismo representado en las garantías”*.

la sociedad no ha demandado en cuanto a número, como la hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 de la LH.

La crisis actual ha llevado a muchos deudores hipotecarios a negociar con sus entidades financieras con el fin de poner solución a préstamos insostenibles con el cambio de las circunstancias laborales y de mercado. La solución la ha aportado el día a día, con negociaciones en un momento posterior, el peor momento para que el deudor negocie, pero al menos se han evitado subastas que en muchos casos hubieran quedado desiertas.

Quizás una posible solución hubiera sido un pacto comisorio en su versión de pacto marciano que aliviara estas situaciones. SERRANO NICOLAS¹⁰⁷² entiende la posibilidad de un pacto comisorio como el otorgamiento de un poder revocable, bajo ciertas circunstancias a la Entidad acreedora para si en un plazo determinado no hubiera cobrado la deuda tras el fallecimiento, pudiera proceder a la venta de la finca hipotecada, con las suficientes garantías en el precio, y que la propia entidad pudiera adquirir la finca hipotecada por un precio tasado al momento de ser exigible la deuda con la entrega a los herederos del sobrante, al modo francés. Se trataría de crear un mercado de venta de inmuebles sin tener que acudir a la siempre dilatada y perjudicial venta judicial. No obstante, una de las soluciones adoptadas ante la demanda popular y política de limitar la responsabilidad del deudor, ha sido precisamente la modificación del art. 671 de la LEC, de modo que si llegado el momento de la subasta, donde se ha llevado a cabo una reducción en el importe exigido para el depósito en un intento de dinamizar las mismas¹⁰⁷³, esta quedase desierta, la entidad bancaria puede adjudicarse el inmueble pero no por el 50% de su valor en subasta, como hasta el momento, sino por el 60% del valor de la tasación, como límite mínimo para la adjudicación del bien, independientemente de la cuantía de la deuda total, de acuerdo con el Real Decreto Ley 8/2011 de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios¹⁰⁷⁴. Esta medida se encontraba entre las posibles soluciones apuntadas desde el Colegio de Registradores serían entre otras, la implantación

¹⁰⁷² SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, op. cit., pág. 53.

¹⁰⁷³ El RD 8/2011, de 1 de julio, ha reducido del 30% al 20% el depósito exigido a los postores de la subasta.

¹⁰⁷⁴ Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. Artículo 2. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El artículo 671 queda modificado como sigue: “*Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación...*”

de un sistema oficial de subastas electrónicas de fincas hipotecadas, una plataforma cuyas pujas serían transmitidas por la web, evitando que quedasen desiertas por su clandestinidad, ya que sólo se anuncian mediante edictos. Igualmente, propugnaban que la adjudicación por el banco de la vivienda subastada pasara del 50% del importe de tasación, elevando ese porcentaje al 75%¹⁰⁷⁵, al que no se ha llegado en el RD 8/2011, y del mismo modo, impidiendo que la entidad bancaria pueda seguir dirigiéndose al deudor cuando se ha podido resarcir con la venta a un tercero del inmueble por un valor superior. Se indica igualmente, que se podrían restringir legalmente los importes máximos de comisiones de cancelación anticipada, apertura, etc., o el interés de demora.

Y en todo caso, la realidad está superando a las vías jurídicas previstas¹⁰⁷⁶. Resulta más frecuente que se llegue entre el deudor y acreedor a un acuerdo de dación en pago, incluso se ha llegado legislativamente a admitir la dación en pago como medio liberatorio de la deuda en supuestos de situación especial de los deudores, pero no como fórmula de pago de los préstamos hipotecarios, en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos¹⁰⁷⁷.

A lo largo de este trabajo muchas veces se ha hecho referencia a la revalorización del inmueble como un factor estadístico más. Un valor que pertenece al propietario de la finca, y factor con el que jugaba a la hora de

¹⁰⁷⁵ Colectivos de abogados, propugnaban un porcentaje del 80% del valor de tasación.

¹⁰⁷⁶ En el año 2009 se produjeron en España entre 30.000 y 40.000 daciones en pago y hasta 44.000 más en 2008, una fórmula que evita la ejecución hipotecaria gracias a un acuerdo entre banco y deudor para entregar la casa en pago de la hipoteca, tal y como sucede en Estados Unidos, donde el mecanismo se conoce como el *efecto sonajero*, (*jingle-mail*, ruido al dejar las llaves en el mostrador) desde la crisis de las hipotecas basura. Los bancos sólo quieren acceder a la dación de pago cuando creen que jamás recuperarán el préstamo, puesto que con ella sólo recuperan una parte del crédito. La dación está en el Código Civil, art. 1175 y se contempla como opción en la Ley Hipotecaria.

¹⁰⁷⁷ Se anima a las entidades financieras a suscribir un Código de Buenas Prácticas cuyo contenido incluye varias acciones. La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización. En segundo lugar, las entidades podrán, en su caso, y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda. Y, finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante de un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.

comprar y vender inmuebles¹⁰⁷⁸. Sin embargo, no se ha querido ver el otro lado de la moneda, la depreciación, que también existe en el mercado inmobiliario y en los últimos años se ha hecho palpable. Muchas familias han adoptado una postura maniquea donde la revalorización es del deudor y sus herederos, y de la depreciación nadie se hace cargo.

Son muchas las propuestas para ajustar la legislación vigente en España, incluso de forma retroactiva, y reasignar el riesgo entre entidades bancarias y particulares. Pero llama la atención cuál es el efecto que produce en el mercado una limitación en la responsabilidad del deudor¹⁰⁷⁹. La demanda de crédito crece, ya que la menor responsabilidad incentiva a las familias más adversas al riesgo, pero en la oferta se produce el efecto contrario, donde las entidades financieras están menos dispuestas a la contratación por una mayor pérdida esperada y mayores costes de financiación. La situación se traduce en una mayor probabilidad de impago y mayor severidad de la pérdida. Ante esta situación, los bancos tenderán a cobrar una mayor prima de riesgo a sus deudores y a rechazar operaciones por carecer de viabilidad económica. Como consecuencia de lo anterior, el volumen de préstamos desciende y el tipo de interés aumenta, ya que si la entidad financiera asume más riesgos, traslada al cliente ese riesgo en forma de mayor coste.

6. PROBLEMAS SOBRE LA EJECUCION DE LA HIPOTECA INVERSA

Al igual que cualquier hipoteca son muchos los problemas que se pueden plantear en el momento de la ejecución hipotecaria, pero queremos resaltar algunos que se agravan en el caso de las hipotecas inversas.

¹⁰⁷⁸ El problema de la pérdida de valor del dinero es uno de los mayores problemas. Un ejemplo americano nos lo puede demostrar con cifras. FINANZIAS.com. 15/06/2011. En el norte de la Las Vega, quienes compraron su vivienda en los últimos cinco años han optado por el default, cuando se declaran en suspensión de pagos, y deciden no seguir pagando la hipoteca y saldar la deuda que le queda con el banco entregándole la vivienda. Los ejemplos se suceden entre quienes compraron su casa, en 2006, cuando costaba 385.000\$, y ahora de acuerdo con las últimas tasaciones de la zona, no costaría más de 180.000\$. Aquellos que atienden sus hipotecas pierden calidad crediticia, pero en el plazo de dos años pueden recuperar prácticamente el mismo nivel. La crisis de precios de la vivienda ha conseguido que si antes pagaban 3000\$ mensuales de hipoteca, ahora viven de alquiler por 1.350\$.

¹⁰⁷⁹ BUIL VILALTA, M. P., MIALET RIGAU, A., op. cit., pág. 3.

a.- Cesionario no inscrito:

El art. 682 de la LEC, introduce la necesidad de inscripción de la cesión del crédito. En la práctica resulta difícil pensar en una subrogación del crédito hipotecario por otra entidad de crédito que no hubiera llevado a efecto la inscripción en el registro.

b.- Determinación del precio de tasación que sirva de tipo de subasta:

La acción hipotecaria se ejercita porque el deudor, en este caso los herederos, no han atendido el previo requerimiento de pago. En la escritura de constitución de la hipoteca se fija de común acuerdo el precio de tasación, en principio inamovible, salvo por el acuerdo de ambas partes y siempre que no perjudique el cambio a acreedores posteriores y se haga constar este cambio en el Registro antes de iniciarse el proceso de ejecución.

c.- Domicilio para requerimientos y notificaciones:

Señala ROCA GUILLAMÓN¹⁰⁸⁰ que hasta que los herederos no hayan aceptado la herencia, no parece posible que se puedan practicar notificaciones y requerimientos que con carácter personal será preciso realizar en la fase de ejecución y en particular el requerimiento de pago. Recordemos la importancia de realizar todas las actuaciones de comunicación, citaciones o emplazamiento de forma individual, evitando así cualquier problema de indefensión o infracción del principio de tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE. No sería de extrañar que en algunos casos la fórmula de citación por medio de edictos, aún siendo un recurso último y residual, sea la única posible para que de forma suficiente se produzcan los efectos requeridos para poder pasar a la fase de ejecución con todas las garantías necesarias.

d.- Herencia Yacente:

Aunque en este tipo de hipotecas sea habitual que los herederos sean desconocidos o indeterminados, o no quieran aceptar la herencia, el art. 6.4 de la LEC admite como partes en el proceso a las masas patrimoniales o patrimonios separados, pudiéndose dirigir la demanda contra la herencia yacente¹⁰⁸¹, y contra quien se acredite sucesor de acuerdo con el art. 538 y 540 de la LEC¹⁰⁸².

¹⁰⁸⁰ ROCA GUILLAMÓN, J. op. cit., pág. 692.

¹⁰⁸¹ MURO VILLALÓN, J.V., op. cit., pág. 20.

¹⁰⁸² Art. 540 LEC. *Ejecutante y ejecutado en casos de sucesión.*

-
- 1. La ejecución podrá despacharse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado.*
 - 2. Para acreditar la sucesión, a los efectos del apartado anterior, habrán de presentarse al tribunal los documentos fehacientes en que aquélla conste. Si el tribunal los considera suficientes a tales efectos, procederá, sin más trámites, a despachar la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor en razón de los documentos presentados.*
 - 3. Si la sucesión no constara en documentos fehacientes o el Tribunal no los considerare suficientes, de la petición que deduzca el ejecutante mandará que el Secretario judicial dé traslado a quien conste como ejecutado en el título y a quien se pretenda que es su sucesor y, oídos todos ellos en comparecencia señalada por el Secretario, el Tribunal decidirá lo que proceda sobre la sucesión a los solos efectos del despacho de la ejecución”.*

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La hipoteca inversa se ha definido como un instrumento jurídico económico dirigido a solucionar demandas sociales, como es la satisfacción de las necesidades durante los últimos años de la vida a través del disfrute del ahorro acumulado en la vivienda habitual. La gran ventaja sobre otras fórmulas jurídicas es el hecho de no perder la propiedad, ni perder tampoco el uso de la vivienda en los últimos años de la vejez, sobre todo de cara a satisfacer el deseo de dejar herencia y la recíproca esperanza de heredar.

La tipificación de la hipoteca inversa ha sido ágil y rápida, de forma que tras aparecer en la práctica bancaria, la Ley 41/2007 tipifica esta figura delimitando quiénes son sus intervinientes y unificando sus características. Hubiera sido deseable que su tipificación fuese introduciendo un artículo en la Ley Hipotecaria en lugar de una Disposición Adicional en la Ley 41/2007 que acomete la modificación de distintas normas, unas relacionadas con el sector hipotecario, otras referentes al derecho de familia o incluso a la 33ª Copa América.

En el orden jurídico, la figura de la hipoteca inversa se ha incorporado a nuestro ordenamiento de un modo algo forzado, sin valorar adecuadamente las implicaciones de esta institución con otras figuras habituales como los regímenes matrimoniales o el Derecho Hereditario, dando lugar a numerosas contradicciones y situaciones difíciles de resolver. Se añade la circunstancia de que es objeto de importantes excepciones al régimen hipotecario ordinario, como son las diferencias establecidas en materia de vencimiento anticipado por transmisión voluntaria del inmueble, limitación de la responsabilidad patrimonial, por lo que debe interpretarse la hipoteca inversa en su sentido más restrictivo, aplicándose solamente a aquellas operaciones que cumplan estrictamente con la DAP de la Ley 41/2007, de hecho es así como la doctrina de la DGT y DGRGN la están restringiendo. Aunque este punto también puede resultar criticable.

Al mismo tiempo, tenemos que mencionar la falta de rigor en la redacción, lo que lleva a numerosas incertidumbres en esta figura jurídica. Podemos destacar la inexactitud en el texto legislativo a la hora de establecer los deudores. Parece que solo existe un único solicitante y el resto de los sujetos deben ser beneficiarios, que deben aceptar o no su posición. Igualmente no están plenamente definidos algunos conceptos cruciales de la hipoteca como qué es la

vivienda habitual, las consecuencias de dejar de ser residencia habitual del deudor, las causas de vencimiento anticipado, etc.

SEGUNDA.- El legislador ha establecido una edad mínima para la contratación de la hipoteca, 65 años, tanto para el solicitante como el beneficiario. Sin embargo, como hemos visto en el caso de los matrimonios o situaciones de copropiedad de la vivienda, en algunos casos, el límite legal puede ser incluso una barrera que dificulta el acceso a esta financiación a determinadas situaciones dignas de protección, por ejemplo: el hecho de que uno de los cónyuges sea menor de 65 años, la propiedad de la vivienda sea compartida por el solicitante y sus hijos. En estas ocasiones, si desean la contratación de una hipoteca inversa, deberán prescindir de las ventajas de la hipoteca inversa regulada, y acudir a las condiciones de la hipoteca inversa que le ofrezca el mercado, o contratar por el importe que resulte de su porcentaje de propiedad. Debería ser el mercado quien regulase por criterios de rentabilidad, la edad a la que se debe contratar una hipoteca inversa.

TERCERA.- Se ha reservado la contratación para dependientes que se encuentre en una situación de dependencia severa o gran dependencia para acceder a este tipo de préstamos. Pero, no vemos razón alguna para impedir la posibilidad de contratación a discapacitados, personas con dependencia moderada, o enfermedad de larga duración. Algunas Enmiendas parlamentarias apuntaron en su momento esta posibilidad, y estamos de acuerdo en que igualmente estas personas necesitan unos ingresos extraordinarios, en un momento puntual, y que podrían conseguir por esta vía. Cabría la posibilidad de que el tiempo que falta para su fallecimiento sea mucho mayor que para alguien mayor de 65 años, con lo cual, la operación puede no interesar ni al acreedor, ni al deudor; pero en todo caso, se debería a una evaluación del binomio entre la rentabilidad de la operación y necesidad puntual del importe dispuesto.

Hemos analizado el seguro de dependencia, puesto que se presenta como una alternativa o contrato complementario, pero es una figura poco o nada desarrollada en España, que necesitará un mayor apoyo legislativo para consolidarse y ser una alternativa eficaz. Para este fin, es necesario que la legislación llene los vacíos existentes, que hasta el momento se supone los está complementando la legislación del seguro de vida, pero sin tradición histórica en nuestro país, ni legislación existente, va a ser complicado que cuaje en nuestra

sociedad el seguro de dependencia, a pesar de la necesidad social de cubrir este riesgo.

CUARTA.- La elección de quién o quiénes serán los beneficiarios en el préstamo hipotecario, será una facultad del deudor, que puede designar o no, a una segunda o tercera personas como receptor de parte o todas las disposiciones de capital que se realicen. Mencionaremos que, sobre todo de cara a evitar problemas con los herederos del deudor en el momento del vencimiento, quizás hubiera sido necesario limitar el número de beneficiarios, o al menos introducir algún tipo de parentesco o relación entre ellos y el deudor, evitando así excentricidades.

QUINTA.- La norma delimita el acreedor de este préstamo hipotecario, las entidades de crédito y aseguradores, en un intento de defender al deudor. Estas entidades están sometidas a controles por parte del Banco de España, Dirección General de Seguros, y sujetas a la normativa sobre transparencia, en concreto la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que trata de concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia. No obstante, se debería haber restringido la contratación a las entidades de crédito, siempre intentando proteger más eficazmente al consumidor. Si bien es cierto que estas entidades aseguradoras tienen más experiencia en su sector, el ámbito del seguro, la hipoteca inversa, según el diseño del ordenamiento español no se basa en el seguro, sino en el crédito. No cabe duda que a *sensu contrario*, sí hubieran sido estas entidades aseguradoras, quizás las entidades más adecuadas para la gestión de la hipoteca inversa como un seguro.

La Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre ha regulado el régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa pendiente de concretar desde la Ley 41/2007. La Orden normaliza toda la información que la entidad financiera debe prestar al futuro deudor antes de la formalización de la hipoteca, de forma concreta y clara. A través de la Ficha de Información Personalizada se presenta la oferta por escrito, individualizada, donde se deben contener todas las condiciones financieras del futuro préstamo, reglada en cuanto a contenido y orden, para que resulten más fácilmente comparables entre sí, y por supuesto resulta vinculante respecto a la entidad financiera, que queda obligada a firmar la operación en las condiciones que incorpore.

Sin embargo, por otro lado, sorprende cuando incluye como “servicio de asesoramiento”, definido como *toda recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado*, como un servicio más que le debe prestar la entidad financiera, y además establece una comisión que le puede cobrar al cliente. Carece de sentido que quien va a ser la otra contraparte sea a su vez, quien te asesore en la contratación.

SEXTA.- El papel que van a jugar los herederos en el momento del vencimiento de la hipoteca va a ser sustancial, sin embargo no son parte del contrato, y pueden no conocer la existencia del mismo. Ellos van a decidir si se hacen cargo de la deuda o por el contrario la hipoteca va a finalizar en un procedimiento de ejecución. En primer lugar, la determinación de quiénes son los herederos es esencial para poder notificarles la existencia de la hipoteca inversa, puesto que pueden incluso desconocer su existencia y, por supuesto, el estado de la deuda.

Hubiera sido adecuado establecer de forma legislativa un plazo tras el fallecimiento del deudor para la liquidación de la operación, de forma que no fuese necesario que de forma individual se establezca un pacto entre las partes, o estar al arbitrio de la entidad financiera que establecerá un periodo estandarizado para todas las operaciones que contrate. En el trámite parlamentario se hablaba de dos años, aunque puede parecer un plazo excesivo si tenemos en cuenta que al llegar al fallecimiento del deudor la hipoteca puede estar totalmente dispuesta y es por tanto el momento en que la hipoteca genera más intereses. Al final no se estableció ninguna norma, y quizás un año como plazo máximo hubiera sido una buena referencia.

SÉPTIMA.- El hecho de legislar un segundo tipo de hipoteca inversa, donde la garantía hipotecaria no la constituya la vivienda habitual, y por lo tanto el sistema de responsabilidad no sea el mismo, ni el sistema de exenciones fiscales, etc., nos puede llevar a que en caso de conflicto o problemas entre deudor y acreedor, la entidad financiera desee demostrar que no se trataba de una hipoteca acogida a la DAP de la Ley 41/2007. Al mismo tiempo llama la atención la falta de precisión en el momento de establecer las características de las hipotecas sobre otros bienes distintos de la vivienda habitual, no quedando clara en la norma qué apartados de la misma le serán de aplicación.

Pese a que el legislador ha intentado crear una segunda hipoteca inversa para el caso de que se constituya sobre otros inmuebles, distintos de la vivienda habitual, en realidad, ha legislado con unos parámetros tan estrictos por razón de edad o propiedad que ha conseguido que muchas hipotecas sobre la residencia habitual no se ajusten a la DAP en otros aspectos.

OCTAVA.- No parece muy lógico el hecho de obligar a que la vivienda sea residencia habitual del deudor. Parece que el motivo principal para exigir este requisito es efectivamente que esta hipoteca no se convierta en una fórmula de especulación inmobiliaria, pero en la realidad nos encontramos que es muy posible que una persona de avanzada edad necesite abandonar su vivienda para ir a vivir en una residencia, o en casa de un familiar, y en ese momento sería oportuno que la hipoteca le permitiera celebrar otros negocios jurídicos sobre su vivienda que le permitieran mayores ingresos como el alquiler, y otras posibilidades de disposición.

NOVENA.- Algunos autores afirman que la Ley 41/2007 preve una excepción *ex lege* al principio de responsabilidad universal del deudor, del art. 1911 del CC, cuando la norma establece que si los *herederos del deudor hipotecario deciden no rembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia.*

En este sentido, consideramos que en la hipoteca inversa las garantías real y personal del deudor son las que dicta el Derecho Hipotecario para cualquier hipoteca. Responderán ante al acreedor por la deuda al vencimiento, la garantía patrimonial universal del deudor y la carga hipotecaria. Efectivamente en vida del deudor, el crédito o préstamo está garantizado con todos los bienes del deudor, presentes y futuros y, una vez fallecido, la operación sigue garantizada con todos sus bienes presentes y futuros, que son los bienes que formar parte de su herencia, porque no hay posibilidad de que otros bienes se sumen a su patrimonio. La garantía es la misma, el factor que ha variado la situación es el momento de vencimiento de la deuda. En conclusión, lo que sí resulta novedoso es que hay establecido una excepción a la transmisión de la deuda al patrimonio de los herederos.

DÉCIMA.- La hipoteca inversa se puede plantear bajo la figura del préstamo o del crédito hipotecario. Utilizar una u otra fórmula plantea problemas puesto que no conocemos el momento de fallecimiento del solicitante y por tanto

no conocemos el vencimiento de la hipoteca de cara a establecer la responsabilidad hipotecaria por ambas deudas, capital e intereses. Dentro de las hipotecas de máximo o de seguridad, se encuentra la hipoteca en cuenta corriente de crédito donde el principio de determinación se flexibiliza, de forma que el crédito que aseguran puede no haber nacido o no ser posible inicialmente determinar su cuantía. Definida en el art. 153 de la LH, y añadido el art. 153 bis en la Ley 41/2007, parece ser el instrumento financiera que mejor se adapta a las características de la hipoteca inversa. Se la solución así disposición de la norma en cuanto que permite no aplicar el párrafo segundo del art. 114, es decir, permitir que la hipoteca asegure intereses por encima de los cinco años de vigencia, lo que podría suponer incrementar de forma desmesurada la responsabilidad hipotecaria.

DÉCIMO PRIMERA.- Los incentivos fiscales a la contratación de hipotecas inversas, han resultado muy exiguos, limitándose a la reducción en el Impuesto de Trasmisiones y Actos Jurídicos Documentados, y aranceles notariales, puesto que a efectos de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la exención se limita a que la obtención de rentas periódicas producto del inmueble, vivienda habitual, no suponga una carga fiscal. Es decir, se limita a no gravar las rentas producto de la hipoteca inversa. Algunos autores han apuntado que la Administración debería haber realizado un esfuerzo tanto en ventajas fiscales como en otras medidas de subsidiación de intereses, reducción de comisiones bancarias, titulización de este tipo de hipoteca y su comercialización en el mercado secundario, etc. Por ejemplo, se debería apoyar más esta figura a través de instancias como el Instituto de Crédito Oficial, que en otras ocasiones ha coadyuvado a la financiación de rentas de emancipación, acceso a la vivienda, etc.

DÉCIMO SEGUNDA.- Se ha establecido la absoluta libertad del deudor en la forma de disponer de su crédito, esta situación presenta ventajas e inconvenientes. Quizás, uno de los puntos débiles de esta hipoteca sea la posibilidad de que tras una renta temporal, la persona mayor haya superado la edad inicialmente calculada, de forma que en el momento de mayor dependencia, se pueda encontrar sin recursos. Es posible que fuera necesario establecer como obligatorio un seguro de supervivencia que aumentase las garantías económicas para los mayores en estos casos, puesto que puede convertirse en un serio inconveniente de esta figura.

DÉCIMO TERCERA.- El acceso al Registro de la Propiedad de todas las cláusulas unidas a la hipoteca inversa no ha sido uniforme, en una primera fase hubo un rechazo por parte de los Registradores a incorporar cláusulas como las de vencimiento anticipado. Ha sido tras las Resoluciones de la DGRN publicadas en el año 2010, dando una nueva interpretación del art. 12 de la LH, modificada en la Ley 41/2007, cuando se permite el acceso de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981. De este modo han podido acceder al Registro cláusulas como el vencimiento anticipado, la excepción al art. 114 LH, la limitación de la responsabilidad a los bienes de la herencia, etc.

DÉCIMO CUARTA.- Llegado el caso de ejecución de la hipoteca inversa, ésta debe tener dos características determinantes, debe ser rápida en el tiempo y eficiente, en cuanto a conseguir que el importe obtenido en la misma sea suficiente para cubrir la deuda. De que la ejecución no se demore en el tiempo y consiga una realización rentable, dependerá en último término que la hipoteca inversa haya resultado financieramente rentable o, por el contrario, haya resultado muy gravosa para el deudor, y una operación con un elevado riesgo para el acreedor. Con objeto de conseguir estos resultados se deben buscar otros mecanismos de realización del valor de la vivienda, bien como se ha apuntado a lo largo de este trabajo, siguiendo el Derecho francés, el pacto comisorio, o en un momento último, incorporar en algunos extremos la dación en pago.

DÉCIMO QUINTA.- Igualmente, podemos fijarnos en otros países que nos muestran nuevos caminos y utilidades de la hipoteca inversa, como su utilización desde el año 2009, para la adquisición de vivienda, en EEUU, o se podría plantear la posibilidad de transferir la garantía hipotecaria a otro inmueble para facilitar que los mayores o dependientes pudieran cambiar de domicilio, a otro más adaptado a las necesidades derivadas del envejecimiento, o a sus deseos.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS 6 de febrero 1906. Pacto de anatocismo.
STS 21 de octubre 1911. Pacto de anatocismo.
STS 25 de mayo 1945. Pacto de anatocismo.
STS 20 de diciembre de 1987. Ley Azcárate.
STS 8 de noviembre 1994. Pacto de anatocismo.
STS 27 de marzo de 1999. Definición de préstamo.
STS 16 de mayo de 2000 La sociedad de gananciales como comunidad germánica.
STS 21 de diciembre de 2000. Publicidad de la subasta.
STS 5 de junio de 2006. Rescisión de hipoteca por fraude de acreedores.
STS 7 noviembre RJ 2002. Rescisión de hipoteca por fraude de acreedores.
STS 4 de junio de 2009. Pacto de anatocismo.
STS 16 de diciembre de 2009
STS 12 de noviembre de 2010. Cuenta de crédito.
STS 25 de febrero de 2011. La sociedad de gananciales como comunidad germánica.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIAS DE LA UE

Tribunal de Justicia de la UE de 4 de junio de 2009.

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Ciudad Real, 2306/1995, 30 diciembre 1995. Definición de vivienda familiar.
SAP La Coruña 17 octubre 1994, 611-612/1995. Atribución del uso de la vivienda familiar.
SAP Palma de Mallorca, 648/1998, 19 enero 1998. Definición de vivienda familiar.
SAP Álava, 672 de 13 de abril de 2011. Tipo de interés de demora abusivo.
SAP Álava, 217/ 2011, de 14 de abril de 2011. Normativa MIFID.
SAP de Albacete 96/2006, sección 2ª 19 de abril de 2006. JUR 2006\144228. Ingreso en una residencia contra la voluntad de la anciana.
SAP de Navarra, sección 2ª, 17 de diciembre de 2010.
SAP de Navarra, sección 3ª, 28 de enero de 2011.
SAP de La Coruña 63/2009 de 13 febrero JUR 2009\190148 Simulación de contrato de vitalicio

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León núm. 6/2011 de 11 marzo (AC 2011\179).
Cláusulas suelo y techo.

Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla Sentencia núm. 246/2010 de 30 septiembre
(AC 2010\1550). Cláusulas suelo y techo.

Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante. Sentencia núm. 407/2010 de 16 de
septiembre. Cláusulas suelo y techo.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª.
Sentencia núm. 3009/2011 de 2 mayo (JUR\2011\249262).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO

RDGRN de 31 de octubre de 1984 (RJ 1984/5202). Tipo de interés variable.

RDGRN de 23 de octubre de 1987 (RJ 1987/7660). Especificidad de los intereses
separados de la deuda.

RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722). Cuenta corriente de crédito.

RDGRN de 8 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9114). Vencimiento anticipado por
disminución del valor del inmueble. Vencimiento anticipado por la venta del inmueble.

RDGRN de 15 de julio de 1998 (RJ 1998/5969).

RDGRN de 24 de julio de 1998 (RJ 1998/5979). Negación de inscripción de la hipoteca
de máximo.

RDGRN de 25 junio de 2001 (RJ 2001/5687). Capital e intereses bajo una
responsabilidad máxima.

RDGRN de 21 de febrero de 2002 (RJ 2002/5819). Información préstamos
transfronterizos.

RSGRN de 3 de abril de 2003 (RJ 2003/ 9051). Accesoriedad de la hipoteca respecto de
la deuda garantizada.

RDGRN de 28 de mayo de 2005 (RJ 2005/8339). Inscripción de hipoteca flotante.

RDGRN de 25 de junio de 2005 (RJ 2005/14299). Nombramiento judicial de un
administrador de la herencia yacente, en procedimientos judiciales seguidos contra
herederos indeterminados.

RDGRN de 1 junio de 2006 (RJ 2006/12902).

RDGRN de 21 de diciembre de 2007 (RJ 2008/0690) Deja a los tribunales de justicia la
cuestión de los intereses de demora.

RDGRN de 14 de enero de 2008 (RJ 2008/1524)

RDGRN de 1 de febrero de 2008 (RJ 2008/3560)

RDGRN de 8 de febrero de 2008 (RJ 2008/3561)
RDGRN de 8 de febrero de 2008 (RJ 2008/3613)
RDGRN de 22 de febrero de 2008 (RJ 2008/5056)
RDGRN de 28 de febrero de 2008 (RJ 2008/5215)
RDGRN de 29 de febrero de 2008 (RJ 2008/5216)
RDGRN de 29 febrero de 2008 (RJ 2008\5269) Subrogación de créditos.
RDGRN de 29 de febrero de 2008 (RJ 2008/5811). Subrogación del acreedor en crédito hipotecario y transcripción de cláusulas financieras.
RDGRN de 1 de marzo de 2008 (RJ 2008/5217)
RDGRN de 6 de marzo de 2008 (RJ 2008/5856) Subrogación de préstamo hipotecario.
RDGRN de 14 de marzo de 2008 (RJ 2008/5813). Hipoteca cercana a la Inversa.
RDGRN de 15 de marzo de 2008 (RJ 2008/5855)
RRDGRN de 19 de marzo de 2008 (RJ 2008/6762 y 6761). Hipoteca cercana a la Inversa.
RDGRN de 22 marzo de 2008 (RJ 2008/6763). Hipoteca cercana a la Inversa.
RRDGRN de 24 de marzo de 2008 (RJ 2008/6764 y 6765). Hipoteca cercana a la Inversa.
RDGRN de 25 de marzo de 2008 (RJ 2008/6767). Interpretación de hipotecas anteriores a ley 41/2007.
RDGRN de 27 de marzo de 2008 (RJ 2008/6770). Ampliación Exprés de la hipoteca.
RDGRN de 6 de mayo de 2008 (RJ 2008/8977). Anatocismo.
RDGRN de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008/9910).
RDGRN de 16 de mayo de 2008 (RJ 2008/991).
RDGRN de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/9882)
RDGRN de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008/9883)
RDGRN de 24 de julio de 2008 (RJ 2008/13574). Transcripción de cláusulas financieras.
RDGRN de 1 de octubre de 2009 (RJ 2010/0349). Capital e intereses bajo una responsabilidad máxima.
RDGRN de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2009/349). Negativa a la inscripción del uso de la vivienda familiar.
RDGRN de 27 de julio de 2010 (RJ 2010/5398). Nombramiento de un administrador de la herencia.
RDGRN de 28 de septiembre de 2010 (RJ 2010/17511). Inscripción del uso de la vivienda
RDGRN de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010/17184). Hipoteca Inversa.
RDGRN de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010/20105). Hipoteca Inversa.
RDGRN de 21 de diciembre de 2010 (RJ 2010/2814). Hipoteca Inversa.
RDGRN de 11 de enero de 2011 (RJ 2011/2815). Hipoteca Inversa.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

DGT. V 2215-07 de 29 de octubre de 2007. Disposición de la hipoteca inversa no sujeta al impuesto IRPF.

DGT. V 1590-08 de 28 de Julio de 2008 y V 0943-08 de 13 de mayo de 2008. No exención del alquiler de la vivienda como ayuda sufragar gastos de dependencia.

DGT. V 1716- 08. Impuesto sobre la Renta.

DGT. V 1686- 08 de 16 de septiembre de 2008. Exención de la transmisión de la propiedad del impuesto. Venta de la nuda propiedad.

DGT. V 0846-09 de 22 de abril de 2009. Tratamiento de la sociedad de gananciales.

DGT. V 1039-09 de 11 de mayo de 2009. Aportaciones a planes de pensiones tras la jubilación.

DGT. V 1169-09 de 20 de mayo de 2009. Solicitante nudo propietario y un hijo usufructuario de la vivienda.

DGT. V 1170-09 de 20 de mayo de 2009 y V 0876-09 de 23 de abril de 2009. Vivienda donde residen el anciano, propiedad de un hijo.

DGT. V 1235-09 de 26 de mayo de 2009. No admite hipoteca si no es propietario el mayor de 65 años.

DGT. V 1249-09 de 27 de mayo de 2009. Venta de la nuda propiedad de la vivienda a cambio de una renta vitalicia.

DGT. V 1410-09 de 16 de junio de 2009. Tratamiento de la copropiedad de la vivienda.

DGT. V 0400-10 de 4 de marzo del 2010. Concepto de vivienda habitual.

DGT. V 0779-10 Aportación a préstamo por la sociedad de gananciales.

DGT. V 2788-11 Tratamiento fiscal de las disposiciones de la hipoteca inversa.

TABLAS ESTADÍSTICAS.

Evolución del Número de hipotecas en EEUU.

Datos del programa por año fiscal, Octubre 2009 – octubre 2011 en dólares.

Fiscal Year	Number of Loans	Average Expected Interest Rate	Average Property Value	Average Maximum Claim	Average Initial Prin Limit	Average Borrower Age	Borrower(s)		
							Single Female	Single Male	Multiple
1990	157	9,8	108,7	84,2	39,0	76,7	57,3%	16,6%	26,1%
1991	389	9,3	126,4	97,5	43,5	76,5	56,0%	13,9%	30,1%
1992	1.019	8,9	124,7	97,4	48,6	76,6	57,7%	15,0%	27,3%
1993	1.964	7,6	119,7	97,9	52,6	75,7	55,0%	14,4%	30,7%
1994	3.365	7,6	124,9	103,8	58,0	75,2	54,8%	14,5%	30,8%
1995	4.166	8,6	124,8	105,4	54,3	76,0	56,5%	13,5%	30,0%
1996	3.596	6,8	117,2	103,3	57,3	75,9	56,4%	12,5%	31,1%
1997	5.208	8,1	117,5	105,2	58,0	75,9	56,6%	13,2%	30,2%
1998	7.895	7,4	118,7	107,0	64,3	75,7	56,0%	14,1%	29,9%
1999	7.923	6,5	131,9	117,8	81,6	75,3	54,8%	14,5%	30,7%
2000	6.637	7,3	141,7	124,6	78,6	76,0	56,8%	13,0%	30,2%
2001	7.789	6,7	167,1	140,6	97,4	75,5	54,5%	13,7%	31,9%
2002	13.048	6,4	178,0	151,3	110,0	75,1	51,4%	14,0%	34,7%
2003	18.084	5,4	197,6	165,9	131,3	74,3	48,6%	14,2%	37,2%
2004	37.790	5,8	219,4	182,2	133,9	74,3	48,6%	15,2%	36,2%
2005	43.082	5,7	254,9	206,0	144,4	73,8	46,0%	16,1%	37,9%
2006	76.280	6,0	289,7	235,6	158,9	73,8	44,5%	16,7%	38,8%
2007	107.368	6,0	261,9	229,3	155,7	73,5	44,6%	18,2%	37,2%
2008	112.015	5,4	239,3	216,4	153,7	73,1	43,8%	20,6%	35,6%
2009	114.641	5,5	283,3	263,2	184,0	72,9	41,2%	21,8%	37,0%
2010	79.692	5,7	281,2	267,4	176,6	72,9	42,7%	21,8%	35,4%
2011	66.497								

Source: HUD Office of Evaluation, 2011. (2011 según año fiscal 1 oct – 30 sept)

Total Equity Release Sold in 2007

Country	Total Volume of Equity Release				
	Outstanding (Millions of €)	Discounted	Bill	Average Loan Value (€)	Number of Contracts
Austria	n/a			n/a	n/a
Bulgaria	n/a			n/a	n/a
Finland	n/a			n/a	n/a
France	20.0			100 000	200
Germany	10.0			100 000	100
Hungary	3.2			n/a	n/a
Ireland	n/a			n/a	n/a
Italy	74.3			247 500	300
Holland	n/a			n/a	n/a
Romania	n/a			n/a	n/a
Spain	1 268.0			352 222	3 600
Sweden	110.0			44 000	2 500
United Kingdom	1 825.0			55 303	33 000
Total	3 310.5			83 387	39 700

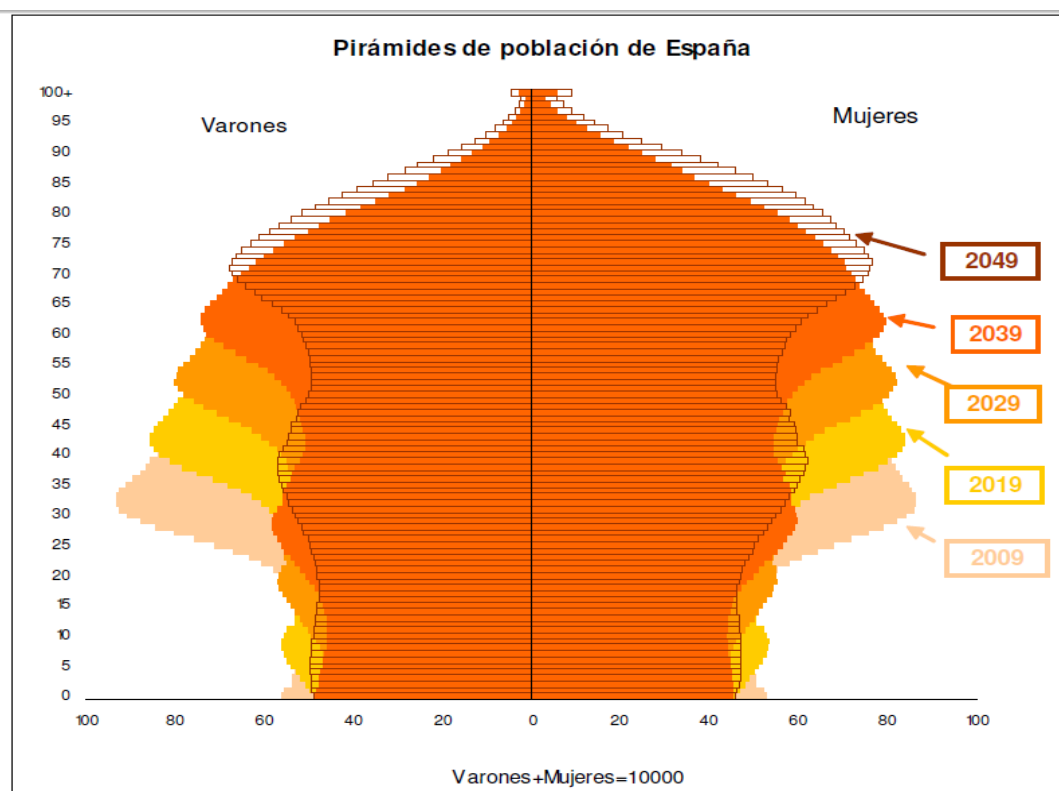
Source: IFS

Crecimiento de la población de España

Años	Población residente a 1 de enero	Crecimiento poblacional	
		Absoluto	Relativo (%)
2009	45.828.172		
2019	46.955.030	1.126.858	2,46
2029	47.517.722	562.692	1,20
2039	47.903.099	385.376	0,81
2049	47.966.653	63.555	0,13

Fuente: INE. Proyección de Población a Largo Plazo.

La simulación realizada muestra también el progresivo envejecimiento al que se enfrenta nuestra estructura demográfica, que se observa de forma evidente en la evolución de la pirámide poblacional de España resultante:



Fuente: Proyección de Población a Largo Plazo

INEbase / Demografía y población /

De hecho, los mayores crecimientos absolutos y relativos en los próximos 40 años se concentrarían en las edades avanzadas. Concretamente, el grupo de edad de mayores de 64 años se duplicaría en tamaño y pasaría a constituir el 31,9% de la población total de España. Por otro lado, de mantenerse los ritmos actuales de reducción de la incidencia de la mortalidad por edad sobre la población de España, La esperanza de vida al nacimiento alcanzó los 78,66 años en los hombres y los 84,65 en las mujeres en 2050, incrementándose desde 2007 en 6,5 y 5,8 años, respectivamente.

Evolución de la Esperanza de Vida Población Pensionista					
Esperanza de Vida Pensionistas de la Seguridad Social	2008	2050	2060	Aumento Esperanza de vida 2008-2050	Aumento Esperanza de vida 2008-2060
JUBILACION					
Esperanza a los 65 años	20	22,82	23	2,8	3
Esperanza a los 80 años	9	10,39	11	1,5	2
VIUDEDAD					
Esperanza a los 65 años	21,52	24,6	24,89	3,1	3,4
Esperanza a los 80 años	10	11,65	12	2	2
INCAPACIDAD					
Esperanza a los 65 años	16	18,25	18	1,9	2
Esperanza a los 80 años	7,82	9,01	9,15	1,2	1,3

Elaboración propia

Fuente: Datos INE/Seguridad Social

REPERCUSIÓN DE LA REFORMA LABORAL EN EL IMPORTE FINAL DE LAS PENSIONES

EJEMPLOS	Años	Legislación		Reducción (%)
		Vigente	Nueva	
Salario pensionable: 30.000,00 euros	30.000 €			
Edad de jubilación	65	25.288	23.459	
Años cotizados	38,5			-7,23
Edad de jubilación	65	25.288	18.943	
Años cotizados	35			-25,09
Edad de jubilación	67	26.299	22.286	
Años cotizados	35			-15.26
Salario pensionable: 45.000,00 euros	45.000 €			
Edad de jubilación	65	34.970	34.970	
Años cotizados	38,5			0
Edad de jubilación	65	34.970	31.108	
Años cotizados	35			-11,05
Edad de jubilación	67	34.970	34.970	
Años cotizados	35			0

Fuente: Expansión, 21/02/2011.

Evolución del precio de la vivienda en España	
Vivienda libre	Serie 1995-2009. Base 2005
Año	Precio/m2
1996	692,30
1997	711,65
1998	752,95
1999	810,65
2000	880,23
2001	967,00
2002	1119,10
2003	1316,28
2004	1545,95
2005	1761,00
2006	1944,28
2007	2056,45
2008	2071,08
2009	1892,30
2010	1825,50
2011	1701,80

Elaboración propia

Fuente: www.fomento.es

Año	Número de Hipotecas Inversas	% Variación	Valor medio de la vivienda
2007	Inicio de la comercialización		
2008	2.500	80%	350.000
2009	2.700	8%	461.000
2010	2.991	10,70%	437.000

Elaboración propia.

Datos obtenidos www.optimamayores.com

BIBLIOGRAFÍA

AMERICAN ASSOCIATION OF RETIRED PERSONS (AARP) *Home Made Money*, 2007, www.aarp.org/money/revmort. 24/02/2011. Washington, D.C.

ALONSO, Francisco; BLANCO, Roberto; DEL RIO, Ana. “Créditos hipotecarios a tipo de interés fijo frente a tipo variable: comparación de riesgos e implicaciones macroeconómicas”. *Boletín Económico*. Banco de España. Abril, 2004. págs. 73-83.

ALONSO PÉREZ, Mariano, “Diversas formas de valorar la ancianidad y sus consecuencias”. *Protección jurídica de los mayores*. La Ley, Madrid, 2004. Págs. 2-27.

ALMAGRO MARTIN, Carmen. “Incentivos fiscales sobre la vivienda en los impuestos sobre la renta y patrimonio”. *Quincena Fiscal Aranzadi*, Núm. 10/2008. Editorial Aranzadi, Pamplona 2008. págs. 1-45.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar. *La hipoteca inversa*, Obra no publicada, cedida por gentileza de la autora. Segovia, 2007.

----- *La hipoteca inversa. Una alternativa económica en tiempos de crisis*. Lex Nova, S.A. Valladolid, 2009.

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar, “Calificación del Registrador respecto a las cláusulas del préstamo hipotecario. Cobertura de intereses remuneratorios en hipoteca inversa y cláusulas de vencimiento anticipado”. *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2011. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011

ANGUITA RÍOS, Rosa María. *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*. Dyckinson, D.L. Madrid, 2006.

----- “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”. *El Consultor Inmobiliario*, Núm. 83. Octubre 2007. Editorial La Ley. págs. 1-13.

----- “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”. *El Consultor Inmobiliario*, Núm. 87. Febrero 2008. Editorial La Ley. págs. 1-16.

----- “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”. *Diario La ley*, Núm. 6875. Febrero 2008. págs. 1-16.

ARANGUREN URRIZA, Francisco José, “Habilitación Legal para la Reforma de la Normativa sobre Transparencia en Préstamos y Créditos Hipotecarios Nueva Normativa

sobre Amortización Anticipada.”, en *Hacia un nuevo Derechos Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario*, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio, Coord. Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008. Págs. 101-139.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis. *La hipoteca Global, valoración y crítica*. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones, 2004.

ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA. www.ahe.es/bocms/sites/ahe/pages/25/10/2009.

ASOCIACIÓN DE INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA (INVERCO) www.inverco.es/documentos/publicaciones_04/10/2010.

ASOCIACIÓN NACIONAL DE ASESORES FINANCIEROS. www.anaf.es. 10/10/2010.

AZOFRA VEGA, Fernando. “La reforma de la Ley Hipotecaria: las oportunidades perdidas”. *Diario La Ley*, núm. 6909, 24/03/2008. págs. 1-18.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *La renta Vitalicia Onerosa: Estudio jurisprudencial y breve ensayo doctrinal*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1995.

BALAGUÉ, Carmen, “Cómo convertir la vivienda en dinero. Reflexiones entorno a la hipoteca inversa, dos caras de una misma moneda. (incluye modelo)”. *Revista del sector Inmobiliario*, núm. 64, 2006. págs. 34-51.

BANCO DE ESPAÑA. *Informe Anual 2006*. Madrid, 2007 <http://www.bde.es/informes/be/infanu/infanu.htm>.

----- *Encuesta Financiera de las Familia (EFF): Métodos, Resultados, y Cambios entre 2002 Y 2005*. [Fecha de publicación: 02/01/2008]. <http://www.bde.es/informes/be/infanu/2006/inf2006.pdf>. Madrid, 2008.

----- *Encuesta Financiera de las Familia (EFF) 2008: Métodos, Resultados, y Cambios desde 2005*. [Fecha de publicación: 20/12/2010]. <http://www.bde.es/informes>. Madrid, 2010.

----- “Funciones, la supervisión bancaria” [Fecha de publicación 30/04/08]. <http://www.bde.es/infoinst/funciones/supervis.htm>

BAZ IZQUIERDO, Fernando. *Derecho Inmobiliario e Hipotecario Inglés y su comparación con el sistema inmobiliario Español*. Edersa. Jaén, 1980.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*. Centro de Estudios Registrales, D.L. Madrid, 2000.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “Hipoteca inversa y otros instrumentos financieros afines”, *Academia Sevillana del Notariado*, págs. 27-178.

BILBAO ESTRADA, Iñigo y SANTANA MOLINA, Juan Carlos, “La futura regulación del régimen de las hipotecas inversas: aspectos jurídico privados y fiscales” *Tribuna Fiscal*, CISS, Valencia, Febrero 2007, págs. 22-27.

BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

BLAY BERRUETA, Daniel, *Sistemas de Cofinanciación de la Dependencia: Seguro Privado frente a Hipoteca Inversa*. Fundación Maphre. Madrid. 2007.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Enmiendas al Proyecto de ley, Núm. 127-7 de 9 de mayo de 2007 y Núm. 127-10 de 21 de noviembre de 2007.
<http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro/index>

BUIL VILALTA, M^a Pilar, MIALET RIGAU, Anna, “La responsabilidad limitada en los créditos hipotecarios: mitos y realidades”, *Estudios y Análisis Económico*, www.lacaixa.es. Barcelona. Septiembre 2011.

CANALS BRAGUE, Fernando, “El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)”, *Diario La Ley*, núm. 6691, Año 2007. Págs. 1-17.

CARBAJO VASCO, Domingo, “Novedades sobre la dependencia y la discapacidad en la reforma del impuesto de la renta de las personas físicas”, *Crónica Tributaria*, Ministerio de Hacienda, núm. 129/2008. Págs. 35-54.

CARRASCO PERERA, Ángel y CORDERO LOBATO, Encarna. “La hipoteca inversa y el aseguramiento de intereses o de por qué tiene que ser revocada la doctrina de la DGRN sobre el anatocismo”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 741/2001. págs. 1-4.
----- junto a CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los derechos de garantía*. Tom. I Garantías personales Hipoteca. Thomson-Aranzadi, 2^a ed. Pamplona, 2008.

----- “Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2010: Registro de la Propiedad”. *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil*, núm. 86. Año 2011. Págs. 1159-1206.

CASTILLO MARTINEZ, Carolina del Castillo. *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*. Aranzadi, D.L. Pamplona 1999.

CECCHINI ROSELL, Xavier. *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*. Titant lo Blanch. Valencia, 1996.

CLARENCE, Rose, “The effective use of reverse mortgages in retirement”. *Journal of Financial Service Professionals*, Jul-2009, Vol. 63. Issue 4, Radford Virginia. EEUU, 2009. p. 67-74.

COLOMER FERRÁNDIZ, Carlos, “Fiscalidad de los préstamos hipotecarios, la hipoteca flotante y la hipoteca inversa”, en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España. Madrid, 2009.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro Verde, el Crédito Hipotecario en la UE*. Bruselas, 19.07.2005. COM (2005) 327 final.

----- *Libro Blanco, sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE*. Bruselas, 18 de diciembre de 2007.

----- *RECOMENDACION DE LA COMISION, relativa a la información precontractual que deben proporcionar a los consumidores las entidades de crédito que ofrecen préstamos a la vivienda*. Bruselas, 1 de Marzo de 2001.

----- *Acuerdo Europeo relativo a un Código de Conducta Voluntario sobre Información Precontractual para Créditos Vivienda, CODIGO DE CONDUCTA* Bruselas, 2001. http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/code_en.htm#register.

----- *PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial*, COM (2011) 142 final. Bruselas, 31 de marzo de 2011.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES. Publicaciones de la CNMV, www.cnmv.es/inversores/esp/. En línea, 25/05/2011.

CONSULTORA OPTIMA MAYORES, *Informe Anual Hipoteca Inversa 2008*. [Fecha de publicación, Febrero 2009] <http://www.optimamayores.com/>.

----- *Informe Anual Hipoteca Inversa 2009*. <http://www.optimamayores.com/>

CORDERO LOBATO, Encarna. “Proyectadas novedades en materia hipotecaria”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 732/2007. Pamplona 2007. págs. 1-8.

----- *La hipoteca Global, la determinabilidad del crédito garantizado*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1997.

----- La hipoteca inversa. En *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Dtra. María del Carmen García Garnica. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2011. págs 493-504.

COSTA FONT, Joan; GIL TRASFÍ, Joan; MASCARILLA MIRÓ, Oscar. *Preferencias de la población ante la financiación de la dependencia: La hipoteca inversa en España*. Fundación de Estudios de Economía Aplicada. Diciembre, 2006.

----- *Capacidad de la Vivienda en Propiedad como Instrumento de Financiación de las Personas Mayores en España*. Premio Edad y Vida 2005. Centre d’Anàlisi Econòmica i de les Polítiques Social, CAEPS-Universitat de Barcelona, 2006. LSE Health and Social Care, -London School of Economics. Londres.

----- “La vivienda pensión y la hipoteca inversa como fuente de financiación de los mayores en España”. *Informes Portal Mayores*. Núm. 75. [Fecha de publicación: 26/10/2007]. <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos>. Madrid, 2007.

COUNCIL OF MORTGAGES LENDERS, *Equity release guide – unlocking the value of your home*. Documento informativo sobre la movilización de capital (*Equity release*). Agosto 2006. <http://www.cml.org.uk>

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, MARTINEZ DE AGUILLE ALDAZ, C, PÉREZ ALVAREZ, M.A. *Curso de Derecho Civil Vol. III. Derechos Reales*. Ed. Colex Madrid, 2008.

-----“Las cláusulas financieras en la inscripción del derecho real de hipoteca. Trascendencia en el momento de su ejecución (arts.11.1 y 11.2 de la Ley 41/2007)”. En *La reforma del Mercado Hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. VV.AA. Coord. Ester Muñoz Espada. Edisofer, S.L. Madrid, 2009. Págs. 127-144.

DEL POZO, Elis, “Mensual de Pensiones. Febrero”. *Periódico Expansión*, 15/02/2010.

DELATTRE, Françoise. “Reforme des sûretés. Ordonnance N° 2006-346 du 23 mars 2006”. Numéro spécial juin 2006. *Droit des sûretés*. 46/2006.

DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, “Resumen y comentarios de Resoluciones de la DGRN”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725. Págs. 1571-1608.

DÍAZ MORENO, Alberto, “Reforma del Mercado hipotecario. Coeficientes de inversión y recursos propios”, *Derechos de los Negocios*, núm. 209, Febrero 2008. La Ley, Madrid, 2008. Págs. 47-52.

DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús, *El contrato aleatorio*. Editorial Comares. Granada, 2004.

DÍEZ PICAZO, Luís, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídicos-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Editorial Tecnos. Madrid, 1978.

----- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.III Las relaciones jurídicos-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Editorial Civitas. Ed. 4º. Madrid, 1995.

DÍEZ PICAZO, Luís y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I. Editorial Tecnos. Madrid. 1995.

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS <http://www.dgsfp.meh.es/reclamaciones> 16/02/2011.

DOLING, John, “Home ownership as wealth over the life cycle” en DEHOW project Demographic Change and Housing Wealth, University of Birmingham, Brussels, 2010. <http://www.demhow.bham.ac.uk/index.shtml>

-----“How would housing wealth perform as a pension?”

-----“Releasing Housing Equity”

----- “Can home ownership contribute to the income needs of older people?”

DOMINGUEZ LUENGO, Andrés, “Titulo XII De los contratos aleatorios o de suerte”. En *Comentarios al Código Civil*. Coord el mismo, Ed. Lex Nova. Valladolid, 2010.

----- *Comentarios al Código Civil*. Dtor. Andrés Dominguez Luengo. Lex Nova, Valladolid, 2010.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía, “La hipoteca inversa y otros productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores”, en *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*. DÍAZ PALAREA, M^a Dolores y SANTANA VEGA, Dulce M^a. Coords. Editorial Reus, S.A. Madrid, 2008. págs. 197-211.

FEDERAL FINANCIAL INSTITUTIONS EXAMINATION COUNCIL. *Reverse Mortgages Products: Guidance for Managing Compliance and Reputation Risks*. Docket No.2009-0001. Washington, 2009.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, “Housing Finance and Financial Stability – Back to Basics?” en *Informe de estabilidad financiera*. Abril, 2011.

FREIRE BARRAL, Gonzalo, “La incidencia de la situación familiar en el otorgamiento del testamento notarial. Una aproximación práctica. Págs. 83-101. VVAA. *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Dyckinson, S.L. Madrid 2010.

GARCIA GIL, Francisco Javier. *La compraventa de vivienda con préstamo hipotecario*. DAPP Publicaciones Jurídicas. Pamplona 2008.

----- El préstamo hipotecario y la ejecución sumaria de la garantía por impago. DAPP Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2011.

GARCIA PÉREZ, Rosa “Titularidad y sujetos constituyentes des patrimonio especialmente protegido del discapacitado”, en *Protección del Patrimonio familiar*. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, GARCÍA PÉREZ, Rosa, Coords. Tirant lo Blanch. Valencia 2006. págs. 107-154.

GÓMEZ DE LA SERNA Y VIÑAL, Rafael y ALONSO-CUEVILLAS FORTUNA, Ignacio. “Hipoteca inversa: Capitalizando la vejez”, *El Consultor Inmobiliario*, Nº 100, Sección Actualidad profesional, Abril 2009, Editorial LA LEY.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier; DEL POZO CARRASCOSA, Pedro del Pozo. *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Marcial Pons. Madrid, 2000.

----- “Principios que deben regir la reforma del mercado hiptoeccio por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, En *La reforma del Mercado Hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. VV.AA. Coord. Ester Muñoz Espada. Edisofer, S.L. Madrid, 2009. Págs. 31-61.

----- *La Calificación Registral*. Tomo I. Editorial Thomson-Civitas. Pamplona, 2008.

----- *Curso Aula Civil. Los contratos aspectos civiles y registrales*. Dtor. Javier Gómez Gálligo. Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes muebles de España. Madrid, 2006.

----- *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*. Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1992.

GOMEZ ROJO, María Encarnación. *Historia jurídica del anatocismo*. Librerías Proteo y Prometeo. Málaga, 2003.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, “La Permanencia de los Principios de la Ley Hipotecaria de 1861 expuestos y razonados en su excepcional exposición de motivos.” Conferencia de clausura pronunciada el día 10 de noviembre 2010, *VI Edición del Curso Iberoamericano de Derecho Registral*. Córdoba, 2010.

GRIFFOND, Corinne, *Les Viagers Immobiliers en France*, Conseil Economique et Social. 2008.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, “El seguro privado de dependencia como mecanismo de previsión voluntaria de la dependencia”. *RCDI*, Núm. 716. Diciembre 2009. Págs. 2863-2909.

HERRANZ GONZÁLEZ, Rubén. *Hipoteca Inversa y figuras afines*. *Informes Portal Mayores*, Núm. 49. Madrid [Fecha de publicación: 21/03/2006] [//www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf](http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf)

-----“La normativa de desarrollo de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia en las Comunidades Autónomas”. Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, Núm. 76. [Fecha de publicación: 20/11/2007]. Págs. 21. <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos>

HISASHI OHGKI, *Economic Implication and Possible Structure for Reverse Mortgage in Japan*, Japón, 2003.

HOLZMANN, Robert y HINZ, Richard, *Old-Age Income Support in the 21st Century: An International Perspective on Pension Systems and Reform*. Banco Mundial. Washington, D.C, 2005.

HUAN, Clarissa; MAHONEY, Jim, “Equity release mortgages” *Housing Finance International*. Jun, 2002.

US. DEPARTAMENT OF HOUSING AND URBAN DEVELOPMENT
www.hud.gov.org

INDICE FOTOCASA. www.fotocasa.es/indice-inmobiliario__fotocasa.aspx.
03/03/2010

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Notas de Prensa, www.ine.es

IÑIGO ARROYO, Leocadio. “La hipoteca inversa (Disposiciones Adicionales 1ª y 4ª de la Ley 41/2007)”. En *La reforma del Mercado Hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. VV.AA. Coord. Ester Muñiz Espada. Edisofer, S.L. Madrid, 2009. Págs. 323-356.

JIMÉNEZ-AYBAR, Iván, CAPARROS CIVERA, Neus. *El acogimiento familiar de adultos mayores en España*” ww.redadultosmayores.com.ar/buscador/files/FAMIL006. Zaragoza, 2006.

JIMÉNEZ CLAR, Antonio J. “La hipoteca inversa como instrumento de protección social”. *RDBB*. Núm. 113/2009. Valladolid, 2009. Págs. 97-142.

JURADO GIL, José, *El Seguro de Vida en España. Factores que influyen en su progreso*, Fundación Mapfre. Madrid, 2009.

LACRUZ BERDEJO, José Luís. *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales*, Dickinson, S.L. 2ª Ed. Madrid, 2004.

----- *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Dyckinson, S.L. 2ª Ed. Madrid, 2005.

----- *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones* Dyckinson, S.L. 2ª Ed. Madrid, 2004.

LAMOISSIÈRE-POUVREAU, Corinne, MASSET-DENÈVR, Emmanuel. *Le Prêt Viager Hypothécaire*. Institut National de la Consommation www.conso.net, 9/12/2010. Págs. 5.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho Civil. Derechos reales y derecho hipotecario*. Tomo V, 5ª Ed. Madrid, 2007.

----- *Principios de Derecho Civil Derechos reales y derecho hipotecario*. Tomo V, 6ª Ed. Madrid, 2008.

----- *Principios de Derecho Civil de Obligaciones*. Tomo II, 6ª Ed. Madrid, 2006.

----- *Practicum de Derecho Civil. Derechos Reales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006.

LECINA GRACIA, José María, “Hipoteca inversa y revalorización de la pensión”, *Revista Actuarios*, Nº 28, Abril 2009. Págs. 101-123.

LLAMAS POMBO, Eugenio, “La tipificación del contrato de alimentos”. *Protección jurídica de los mayores*. La Ley, Madrid, 2004. Págs. 193-222.

LÓPEZ JIMÉNEZ, José María, MUÑOZ DE BENAVIDES, Carmen “Principales novedades de la ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero”. *Diario La Ley*. Núm. 6864. 18 de enero 2008. págs. 1-14.

LÓPEZ NAVARRO, Jorge, “Algunos aspectos de la hipoteca en EEUU”. www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2010/29. 26/10/2010.

LÓPEZ PEÁEZ, Patricia, “La financiación de la calidad de vida de las personas mayores: Renta vitalicia y contrato de alimentos.” *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Núm. 70. Madrid, 2007. Págs. 107-133.

LUCERO ESEVERRI, Roberto A, “Crédito Vitalicio con garantía hipotecaria”, Instituto de Derecho e Integración. *Revista N° 2. Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe*, 2009. Argentina.

LUMBI SEQUEIRA, Jenny Teresa, GONZALEZ PANIAGUA, Andrea, *La Hipoteca Inversa: Criterios para su Regulación en Costa Rica*. Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, tesis para optar al grado de licenciatura en Derecho.

LUQUE JIMÉNEZ, M^a del Carmen, “La nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa”. *RCDI*, Núm. 711, 2009, Págs. 215-260.

MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, *El Seguro de Dependencia: Presente y proyecciones de futuro*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

MANZANO FERNÁNDEZ, María Del Mar. “La hipoteca inversa en el marco de la ley de regulación del mercado hipotecario”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, VV.AA. GÓMEZ GÁLLIGO, Javier. Coord. Editorial Aranzadi. Tomo II. Pamplona. 2008. Págs. 1201-1231.

MARTÍN DIZ, Fernando, *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Comares. Granada 2000.

MARTINEZ ESCRIBANO, Celia, *Hipoteca Inversa*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid 2009.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*. José M^a Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1995.

----- “La hipoteca inversa: la vivienda como instrumento de protección económica de personas mayores o dependientes (especial referencia a la responsabilidad hipotecaria)”, *LANDAS, Internacional Journal of Land Law and Agricultural Science*. Núm. 5 January- July 2011, pags. 26-33.

----- “De la naturaleza y efectos de la obligaciones, (Arts. 348-352; 774-810; 813-857; 1.111; 1.290-1.299)” en *Jurisprudencia Civil Comentada*, VV.AA. PASQUAU LIAÑO, Miguel. Coord. Editorial Comares. Tomo II. Granada. 2008.

MÉNDEZ SERRANO, María del Mar, “El contrato de alimentos vitalicio: una nueva fórmula contractual como alternativa frente a las carencias de la obligación legal de alimentos entre parientes”. *Protección del Patrimonio familiar*, SÁNCHEZ CALERO, F. J., GARCÍA PÉREZ, R., Coords. Tirant lo Blanch. Valencia 2006. Pág. 86 -106.

MIQUEL SILVESTRE, José Antonio. “Hipoteca Inversa. Algunas hipótesis de conflicto”. *Diario La Ley*, Núm. 6924, 14/04/2008.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (IMSERSO) *El Libro Blanco de la Dependencia* [Fecha de publicación: Diciembre 2004]. <http://www.imsersomayores.csic.es/documentacion/documentos/libro-blanco-> Madrid, 2004.

----- *Encuesta mayores 2010*. [Fecha de publicación: Septiembre 2010.]

MINISTERIO DE FOMENTO,
www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/ESTADISTICAS.

MOELLER, Philip, *The New Rules of Reverse Mortgages*, www.usnews.com, 9.02.2009.

MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal. *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*. Cedecs Editorial, S.L. Barcelona, 1999.

MORENO FLÓREZ, Rosa María, “Acogimiento de menores y de personas mayores: nuevas formas de convivencia”, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, VV.AA. Coord. Javier Gómez Gállego. Editorial Aranzadi. Tomo II. Pamplona. 2008. Págs. 645-665.

MORETÓN SANZ, M^a Fernanda, “Derechos y obligaciones de los mayores en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70. 2007, págs.45-69.

MORILLO FERNÁNDEZ, Francisco Javier, “Ley de reforma del mercado hipotecario. El crédito hipotecario inverso”, *El Notario del S. XXI*. Núm. 25, Enero-Febrero 2008, digital. Págs. 1- 9.

MULLINS, Luke, *The Risks and Rewards of Reverse Mortgages*, www.usnews.com, [Fecha de publicación: 2/11/2009.]

MUNUERA CEBRIÁN, Josefina, “Los Instrumentos de Refinanciación tras la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario” *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº 3, Sección Crónica del Mercado de Valores, Julio-Diciembre 2008, Editorial LA LEY, págs. 353-357.

MUÑIZ ESPADA, Esther. *Bases para una propuesta de eurohipoteca*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

MURO VILLALÓN, Jesús Víctor. “La Hipoteca Inversa”, *III Congreso de Registradores de España*. Granada, 2007. págs. 1-26.

MUÑOZ ZORRILLA, M^a Carmen, *El contrato de Alimentos Vitalicio: Configuración y Régimen Jurídico*. Marcial Pons. Madrid 2003.

OLIVIA S. MITCHELL JOHN PIGGOTT, “Unlocking Housing Equity in Japan”. Pension Research Council of the Wharton School of the University of Pennsylvania, Pensilvania, EEUU, 2003.

ONG, Rachel, “Unlocking Housing Equity Through Reverse Mortgages: The Case of Elderly Homeowners in Australia”. *European Journal of Housing Policy*, Vol. 8, No. 1, 61–79, March 2008. Perth, Australia. p. 21.

ORDÁS ALONSO, Marta “A Propósito de la Conveniencia de una Reforma de la Legislación Reguladora de los Contratos de Financiación”. *Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 16/2009 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010. Págs.1-14.

----- “El ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo”. *Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 16/2008 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2008. P.

ORTI BUSTOS, José Antonio, El seguro privado de dependencia. En *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Dtra. María del Carmen García Garnica. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2011. págs 505-530.

PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves *La Hipoteca Inversa: Ventajas e Inconvenientes para los Consumidores*. Centro de estudios de Consumo. Universidad de Castilla la Mancha. Abril, 2009. www.uclm.es/cesco

PARDO, Celestino y NOGUEROLES, Nicolás, “Las causas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios”. *Diario La Ley*, Nº 7293, Sección Doctrina, 27 Nov. 2009, Año XXX, Ref. D-366, Editorial LA LEY. P. 15.

PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre el papel de la mujer en una sociedad que envejece* (2009/2205(INI)), Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. 27/07/2010.

PARRA LUJÁN, M^a Ángeles, “Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”. *RCDI*, núm. 711, Febrero, 2009. Colegios de Registradores de la Propiedad. Madrid, 2009.

PASCUAL, R. *Hacia menos herencia y más renta vitalicia*. www.cincodias.com. [Fecha de publicación: 26/10/2007].

PEREÑA VICENTE, Montserrat. “La protección de la vivienda habitual en los supuestos de sobreendeudamiento y dependencia”. *AC*, núm. 16. Septiembre 2008, págs. 1-19.

----- *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: Las soluciones del Derecho civil*. Universidad Rey Don Juan Carlos. Madrid, 2011.

----- *Dependencia e incapacidad: libertad de elección del ciudadano o del tutor*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2008.

PERISTA, PEDRO, “Strategies and expectations regarding retirement and care and the role of housing equity - the Portuguese Case”, en *DEHOW project Demographic Change and Housing Wealth*, University of Birmingam, Brussels, 2010. <http://www.demhow.bham.ac.uk/index.shtml>. December, 2009.

PÉREZ CASTILLO, Rafael. “Comentarios a la ley 39/2006, de de 14 de Diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de

dependencia” [en línea] *Noticias Jurídicas*, Octubre 2007. <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/>.

PÉREZ HUETE, Joaquín; y otros., “Tratado sobre discapacidad”, en *La protección patrimonial de las personas con discapacidad: un análisis de la Ley 41/2003*. Thomson Aranzadi, 2007, págs. 989-1013.

PÉREZ RIVARÉS, Juan Antonio, “Transparencia en la Contratación de Préstamos Hipotecarios (arts. 1.1 y 1.2 de la Ley 41/2007)”. En *La reforma del Mercado Hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. VV.AA. Coord. Ester Muñiz Espada y otros. Edisofer, S.L. Madrid, 2009. Págs. 61-74.

PILEÑO RODRÍGUEZ, Carmen, “La Hipoteca Inversa: ¿una solución para nuestros mayores?”. *Derecho de los Negocios*, Nº 216, Sección Temas de hoy, Septiembre 2008, pág. 37, Editorial LA LEY, pág. 1-5.

QUESADA PÁEZ, Abigail, “Hipotecas especiales”. *Revista de Derecho Inmobiliario*. Núm. 711. Enero-Febrero 2009. Pág. 1-15.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José. ”Apuntes jurídico-civiles sobre la llamada “hipoteca inversa” inquietudes iniciales sobre la cuestión”. *Consultor Inmobiliario*. Núm. 88. Marzo, 2008.

----- “La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Núm. 81. 2009, págs. 135-148.

RANCAÑO MARTIN, Asunción. “Las medidas fiscales de protección a nuestros mayores en el IRPF” *Quincena Fiscal Aranzadi*, Núm. 3/2008. Pamplona, 2008.

RAMOS CHAPARRO, Enrique J. *La garantía real inmobiliaria. Manuel sistemático de la hipoteca*. Thomsom. Aranzadi. 2008.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luís, “La actualización del Derecho Sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: Conclusiones de una investigación”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. VVAA. Dyckinson, S.L. Madrid 2010. págs. 23-41

REVERSE MORTGAGE, The Official Magazine of the National Reverse Mortgages Lender Association. January-February, 2011 Vol. 4 www.mrmlaonline.org. 27/02/2011.

ROCA GUILLAMÓN, Juan. “La hipoteca inversa como medio de protección económica de los mayores”, en *La familia en el derecho de sucesiones: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, REBOLLEDO VARELA, Ángel Luís. Coord. Dyckinson, S.L. Madrid 2010. Págs. 657-694.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, “Crisis económica y crisis de la legalidad”. *Jueces para la Democracia. Información y Debate*. Núm. 62, Julio 2008, Madrid, 2008. Págs. 27-31.

RODRIGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi. *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo de hipoteca*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, D.L. Madrid, 2006,

----- “Hacia la flexibilización de la hipoteca: La hipoteca flotante como nueva hipoteca de máximo”. *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, VV.AA. Coord. Javier Gómez Gállego. Editorial Aranzadi. Tomo II. Pamplona. 2008. Págs. 1113-1150.

RODRIGUEZ RAMOS, Antonio Manuel. *La renta vitalicia gratuita*. Editorial Comares. Granada, 2006.

ROMERO CANDAU, Pedro Antonio, “La Hipoteca Inversa”, en *Hacia un nuevo Derechos Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario*, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio, Coord. Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008. págs. 307-337.

ROUWENTAL, Jan, *Aging, Homeownership and Mortgage Choice in the Netherlands* Discussion Paper 2007 – 049, June, 2007. VU University and Netspar, Network for Studies on Pensions, Aging and Retirement. Amsterdam, 2007. Netherlands.

RUBIO TORRANO, Enrique. “De la ley que define la hipoteca inversa y regula otras muchas cosas” *Aranzadi civil*. Núm. 3/2007, págs. 2558-2561.

SALOBRAL, Nuria, “La hora de planificar con acierto la Jubilación”, *Periódico Cinco Días*, [publicado 7/11/10]. Madrid, 2010.

SÁEZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, “La transmisión del bien hipotecado en la hipoteca de garantía de rentas y en la hipoteca inversa.” *CEF Legal. Revista práctica de derechos. Comentarios y casos prácticos*. Núm. 98/2008. Pág. 3-33.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Isidro, LÓPEZ ARES, Susana y QUIROGA GARCÍA, Raquel, *Diseño de Hipotecas Inversas en el Mercado Español*, Instituto de Mayores y Servicios Sociales. Marzo, 2007.

SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, y otros. *Derechos reales y registral inmobiliario*. 2ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SASKATCHEWAN LAW REFORM COMMISSION. *Report on Reverse Mortgages*. Canada. Noviembre, 2006.

SEGUROS MAPFRE. “El Seguro de Dependencia II. Experiencia Internacional y Reaseguro”. Trebol. Núm. 34., www.mapfre.com/documentacion/publico. 9/11/2010.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. “Régimen jurídico de la hipoteca inversa” *Revista de Derecho Privado*. Núm. 92/2008. págs. 33-61.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, “La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficiente subasta hipotecaria (judicial o notarial)”. *El notario del S. XXI. Revista Online del Colegio Notarial de Madrid*. Enero/Febrero de 2009. Núm. 23.

SIMÓN MORENO, Héctor, “La Hipoteca Inversa en la LLei 41/2007 del Mercat Hipotecari” Universitat Rovira i Virgili. *Revista Catalana de Dret Privat (Societat Catalana d'Estudis Jurídics)* Vol. 10, 2009, p. 45-75.

TAMAYO CARMONA, Juan A. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*. Editorial Aranzadi, S. A., Navarra 2003.

TAFFIN, Claude. “La hipoteca Inversa o Vitalicia”. Asociación Hipotecaria Española Informes externos. [fecha de publicación 1/3/2006]: www.ahe.es/web_PROFESIONALES/P_informes/principal.shtm.

TORAL LARA, Estrella, *El contrato de renta vitalicia*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2008.

----- “Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable”, *AC*, Núm. 16, Septiembre 2009, págs. 1861-1879.

TORRES GARCIA, Teodora Felipa, “Legítima, legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)”, en *Derecho de sucesiones presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil*. Servicio de publicaciones de la Universida de Murcia, 2006. Págs. 173-227.

----- “Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio”, *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Coord. Teodora F. Torres García. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial. Valladolid, 2005.

URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, “Conclusiones provisionales a propósito de la Ley 41/2007”. *RDBB*, núm. 112, Octubre-Diciembre 2008. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2008.

VAÑO VAÑO, María José, “Aproximación al régimen jurídico de la Hipoteca Inversa”. *Estudios de derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*. Universidad de Valencia, Valencia, 2010. págs. 579-591.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*. Vol. II. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010.

VORMS, Bernard, “Equity Release Products”, en *DEHOW project Demographic Change and Housing Wealth, University of Birmingham*, Brussels, 2010. <http://www.demhow.bham.ac.uk/index.shtml>. December, 2009.

WADE, J.P. *Reverse Mortgages: Best friends, Worst Enemy...Your Choice*. Catapult Publishing. Toronto Ontario. Canadá, 2008.

YAN An, “The Aging of the Population and Housing Reverse Mortgages in China”, *Canadian Social Science*. Vol.4 No.4 August 2008.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luís y otros. *Actualización del derecho de familia y sucesiones*. Dykinson, S.L., Madrid, 2005.

ZURITA MARTIN, Isabel. *Contratos vitalicios*. Marcial Pons. Barcelona, 2001.

----- “La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa”, *RCDI*. Núm. 707/2008, págs. 1275-1320.

SEGUROS AXA WINTERTHUR. www.axawinterthur.es/common/

www.boursorama.com/patrimoine/information

CAJA DE AVILA. www.cajadeavila.es (on line, 27/10/10).

www.themanchester.co.uk

[COLEGIO DE NOTARIOS Y REGISTRADORES](#)

www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/reformadelmercadohipotecario
[en línea] [Fecha de publicación: 07/02/08]

CREDIT FONDIER. www.creditfoncier.fr/.../Pret_Viager_Hypothecaire.shtml

www.normativadependencia.es [en línea] [Fecha: 23/04/11]

SENIORS MONEY www.seniorsmoney.com. [en línea] [Fecha 25/07/09].

http://reversemortgageguides.org/reverse_mortgage/pros_and_cons/ [en línea] [Fecha: 03/09/2010].

[http://www.fanniemae.com/kb/index?page=home&c=homeowners_moreoptions,](http://www.fanniemae.com/kb/index?page=home&c=homeowners_moreoptions) [en línea] [Fecha 05/04/2011].