

# ESTUDIOS



# La anticresis como instrumento jurídico-privado de financiación para la asistencia de personas declaradas dependientes

## *Antichresis as a private legal instrument of financing for the care of persons declared dependent*

por

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN

*Catedrático de Derecho de la Universidad de Granada*

*Facultad de Derecho. Plaza de la Universidad, s/n, 18071, Granada*

*RESUMEN:* Es objeto de estudio el contrato de préstamo garantizado mediante un derecho real de anticresis para financiar tanto la estancia de una persona declarada dependiente en una residencia de mayores como la asistencia domiciliaria. Una singularidad de esta anticresis es que el acreedor anticrético se compromete a arrendar la vivienda entregada en garantía para pagar con las rentas los intereses del préstamo, así como para amortizar el capital concedido.

*ABSTRACT:* The subject of this study is the loan contract secured by a right in rem of antichresis to finance both the stay of a person declared dependent in a nursing home and home care. A singularity of this antichresis is that the antichresis creditor undertakes to lease the property given as security to pay the interest on the loan with the rents and the capital refund granted.

*PALABRAS CLAVE:* Préstamo. Derecho real de anticresis. Residencia de mayores. Asistencia domiciliaria. Personas declaradas dependientes. Vivienda arrendada.

*KEYWORDS: Loan. Right in rem of antichresis. Nursing home. Home care, declared dependents. Rented house.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICO-PRIVADOS ASISTENCIALES PARA PERSONAS MAYORES Y DEPENDIENTES.—III. LA ANTICRESIS ASISTENCIAL COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA.—IV. EL MARCO LEGAL DE LA ANTICRESIS CONSTITUIDA EN BENEFICIO DE UNA PERSONA DECLARADA DEPENDIENTE.—V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ANTICRESIS CONSTITUIDA EN BENEFICIO DE UNA PERSONA DECLARADA DEPENDIENTE SEGÚN LA LCCI. 1. EL DEUDOR ANTICRÉTICO. 2. EL ACREEDOR ANTICRÉTICO. 3. EL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO. 4. LA CONCESIÓN DEL CRÉDITO. 5. LA VIVIENDA CUYA POSESIÓN SE ENTREGA EN GARANTÍA. 6. EL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA POR EL ACREEDOR ANTICRÉTICO. 7. EL RENDIMIENTO NETO DEL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA. 8. CONSERVACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE LA VIVIENDA DADA EN GARANTÍA. 9. EL DERECHO DE RETENCIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA. 10. LA VENTA DE LA VIVIENDA ARRENDADA. 11. LA VENTA JUDICIAL DE LA VIVIENDA ARRENDADA. 12. LA POSICIÓN DEL ACREEDOR ANTICRÉTICO EN RELACIÓN CON OTROS ACREEDORES. 13. LA CESIÓN DE DERECHOS DEL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO. 14. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO.—VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, incorpora en la disposición final vigésima novena una modificación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En concreto, se introduce la disposición adicional décima tercera en la Ley 5/2019, cuya redacción —un tanto farragosa, defectuosamente escrita y excesivamente larga— es la siguiente: “Los créditos inmobiliarios concedidos de conformidad con lo establecido en la presente ley, a personas que tengan declarado administrativamente un grado de dependencia 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, que tengan como garantía un derecho real de anticresis, cuyo importe se destine, principalmente, a financiar el coste de los cuidados de una persona dependiente, y que la vivienda garante vaya destinada al mercado de alquiler, tendrán el mismo tratamiento que la hipoteca inversa con respecto al Impuesto sobre actos jurídicos documentados, aranceles notariales y registrales, en los términos establecidos por 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”. Además, se dice en la misma que: “En la escritura pública de crédito deberá constar el destino del crédito y el compromiso del acreditado de destinar los fondos recibidos a satisfacer principalmente los costes de estancia en una residencia de mayores u otros costes asistenciales domiciliarios, además del compromiso de destinar la vivienda gravada con anticresis al mercado de alquiler”. Termina diciendo la disposición que “El mismo régimen se aplicará también a la cancelación de los créditos con garantía de anticresis que reúnan los requisitos del párrafo anterior<sup>1</sup>.

La disposición adicional transcrita acoge una figura jurídica hasta ahora bastante desconocida en los medios financieros y en el mundo notarial. Pero lo verdaderamente sorprendente es el uso real de esta figura a instancia de algunas entidades de crédito<sup>2</sup>, haciendo resucitar un derecho real de garantía casi olvidado y desterrado por su poca utilidad como instrumento de garantía<sup>3 4</sup>. En la doctrina también se había detectado este nuevo instrumento de conversión de activos inmobiliarios<sup>5</sup>, así como su creciente utilización e interés del mismo en el mercado financiero.

La nueva disposición adicional, incorporada a la Ley de los Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante, LCCI) resuelve una cuestión tributaria y de reparto de gastos en el momento de la constitución de una anticresis mediante escritura pública cuyo objetivo es la financiación de la asistencia de personas declaradas dependientes. El supuesto concreto que se contempla es el siguiente: la constitución de un préstamo garantizado mediante el derecho real de anticresis en escritura pública (que no es un requisito de validez de la anticresis según se colige del Código civil), en la que debe constar el destino del crédito (es un elemento de tipificación de esta nueva figura), consistente en financiar la residencia en mayores o la asistencia en domicilio de personas que han sido declaradas dependientes (otro elemento de tipificación). En garantía se entrega una vivienda (que no es la vivienda habitual, como en la hipoteca inversa), la cual se destina al mercado de alquiler. Es requisito subjetivo que el prestatario sea una persona que previamente haya sido declarada en situación de dependencia de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

Estos requisitos mínimos reducen considerablemente el ámbito de aplicación de la disposición adicional a esta anticresis, que puede denominarse «anticresis asistencial». Pero nada impide, en virtud de la autonomía privada (art. 1255 CC), la constitución de otras anticresis con finalidades también asistenciales, como, p. e., cuando una persona de avanzada edad o una persona con discapacidad, pero sin ser persona declarada dependiente, necesita de otros ingresos complementarios para poder financiar la estancia en una residencia de mayores

o remunerar a terceras personas para que la asisten en el domicilio. Incluso, si el prestamista y el prestatario no quieren acogerse a la disposición adicional, celebrando el contrato de préstamo anticrético en documento privado, no supone ninguna infracción legal, sino una simple renuncia a las ventajas tributarias y de naturaleza arancelaria que ahora se contempla en la LCCI. La nueva disposición adicional no contempla un régimen legal pormenorizado de esta anticresis objeto de nuestro estudio.

La principal finalidad de la norma insertada por la Ley 31/2022 es que el régimen de determinados gastos tributarios y arancelarios sea el mismo que rige para la hipoteca inversa.

El origen de esta norma se debe probablemente a las dudas que las primeras escrituras de anticresis planteaban sobre el tipo de tributación y los aranceles notariales y registrales. Al parecer también hubo alguna controversia sobre la aplicación o no de la LCCI a esta singular anticresis. Estas dudas han quedado resueltas con esta modificación de la LCCI. Surgirán seguramente ahora nuevas controversias en la praxis financiera, notarial y registral. Algunas de ellas trataremos de examinar en este estudio.

## II. OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICO-PRIVADOS ASISTENCIALES PARA PERSONAS MAYORES Y DEPENDIENTES

Son muchas las personas que por circunstancias muy diversas necesitan de ingresos complementarios, pero tienen un patrimonio que le genera poco rendimiento económico o ninguno. En lugar de desprenderse de sus bienes, con la consiguiente descapitalización patrimonial, prefieren obtener un rendimiento económico a través de otros medios, siendo el instrumento más común el arrendamiento, sobre todo cuando son inmuebles. Pero a veces optan por darlos en garantía de un crédito que un particular, un profesional o una entidad crediticia les concede. Las personas de cierta edad avanzada y las personas en situación de dependencia se encuentran entre las que necesitan en ocasiones un apoyo financiero para cuando ingresan en una residencia de mayores o precisan asistencia domiciliaria. Cualquiera de nosotros conoce situaciones en las que el apoyo económico no solo es necesario sino imprescindible por los elevados costes que supone estar ingresado en una residencia de mayores o requerir de la asistencia de terceras personas en su domicilio.

Son muy diversos los instrumentos jurídicos privados específicos de conversión de activos inmobiliarios para poder financiar este tipo de prestaciones<sup>6</sup>. Cabe citar, en primer lugar, por su cercanía a la anticresis asistencial, la hipoteca inversa. Aun siendo muchas las diferencias que separan ambas instituciones,

tienen en común que son garantías reales de un crédito que se concede por una tercera persona, solo que la anticresis asistencial es una garantía más débil que la hipoteca inversa, ya que, como cualquier anticresis, no es ejecutable (el titular del real de anticresis solo tiene un derecho de retención, según los arts. 1886 y 1866.2 CC, así como la opción de instar la venta judicial en caso de impago, según el art. 1884-2 CC), salvo que se haya insertado un pacto marciano (no es contrario al art. 1884 CC). A diferencia de la hipoteca inversa, la anticresis no requiere para su constitución la inscripción en el Registro de la Propiedad, aunque fuese deseable para su eficacia *erga omnes* (la doctrina registral habla entonces de inscripción conformadora, configuradora o cuasi-constitutiva).

Ahondaremos a lo largo de este estudio en las similitudes y diferencias entre ambas garantías reales.

Entre los contratos de conversión de activos inmobiliarios de origen financiero pueden señalarse la vivienda-pensión (venta de la misma a cambio de un seguro de vida-ahorro por vida), cesión por alquiler (del que se encarga una empresa que trabaja en el mercado de alquiler) o la hipoteca-pensión (muy similar a la hipoteca inversa).

Una figura acaso más atractiva que las anteriores para convertir activos inmobiliarios es la renta vitalicia, regulada en los artículos 1802-1808 CC, cuya función de apoyo económico es tenida en cuenta para las personas en situación de discapacidad cuando quien las asista es un curador (cfr. art. 287.9.º CC después de la Ley 8/2021, de 2 de junio —entre las figuras análogas al que se refiere el precepto, podría incluirse cualquier tipo de anticresis asistencial—). El poder de configuración de la renta vitalicia es mucho mayor que la hipoteca inversa o la anticresis asistencial. Así, p. e., el interesado en una renta vitalicia puede transmitir no solo la vivienda sino cualquier otro activo patrimonial. Pero por su carácter vitalicio (art. 1802 CC) puede resultar gravosa esta figura para quien se compromete a pagar una renta periódica hasta la muerte del beneficiario, aun cuando el obligado a pagar la renta recibe como garantía el dominio del bien cedido por aquél (art. 1802 CC).

Próximo a la renta vitalicia está el censo reservativo, en virtud del cual el censalista cede el pleno dominio de un inmueble a cambio de percibir una pensión periódica por el censatario si así se pacta (arts. 1607 y 1663 CC; éste remite al art. 1657 CC<sup>7</sup>).

Otra figura, igualmente cercana a la renta vitalicia, es el contrato de alimentos (arts. 1791-1797 CC), que puede ser vitalicio, pero de contornos más amplios, al comprender, cuando así se pacta, toda clase de alimentos (art. 1791 CC), siendo un contrato de carácter personalísimo.

Finalmente, cabe señalar otros instrumentos jurídicos privados para asistir económicamente a ciertas personas sin que por ello se tenga que entregar a cam-

bio la posesión o el dominio de un bien, como el seguro de vida (art. 83 LCS), cualquier plan de pensiones, incluidos los que ofrecen las mutualidades de profesionales, o el seguro de dependencia (cfr. la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre).

El abanico, como vemos, es amplio. Podríamos también añadir el usufructo vitalicio (sucesivo en el caso de que sean dos los titulares), la donación modal, la donación con reserva de usufructo, la venta en garantía, el usufructo en garantía o de seguridad de una obligación dineraria<sup>8</sup>.

### III. LA ANTICRESIS ASISTENCIAL COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA

La Ley 31/2022 atribuye a la anticresis asistencial el carácter de garantía real, según como viene concebida mayoritariamente en el Derecho común, si bien hay un debate que sigue abierto hasta hoy sobre si realmente es un derecho de garantía oponible frente a terceros<sup>9</sup>. Quien recibe un crédito de conformidad con la LCCI debe entregar en garantía anticrética una vivienda al prestamista. Al decir la nueva disposición adicional «vivienda garante», está manifestando claramente que se da en garantía «real» un bien inmueble, si bien lo que se cede es solo la posesión, que es el efecto jurídico más inmediato cuando se constituye una anticresis, junto con la concesión y entrega de un crédito en los términos establecidos en la escritura de constitución. Es opinión generalizada que la anticresis se ejerce normalmente por la posesión del inmueble gravado por parte del deudor anticresista. La posesión directa e inmediata del inmueble es una de las facultades más características de la anticresis a favor del acreedor anticrético<sup>10</sup>. El titular anticrético no tiene otro poder que la obtención de los frutos naturales, industriales o civiles que produzca el inmueble cedido en garantía y, en su caso, el derecho de retenerlo en el caso de que el deudor anticrético tenga deudas pendientes, o de instar la venta judicial. Pero, a diferencia del acreedor hipotecario, el acreedor anticrético no tiene propiamente un derecho de realización del valor. Ello convierte a la anticresis en una garantía real débil, menos aconsejable que la hipoteca.

Al igual que la hipoteca, la anticresis es un derecho real accesorio, pero, entendemos —como la hipoteca— que no estamos ante un contrato único —crédito y garantía real— (cfr. STS 11 de septiembre de 2019, RJ 3343), sino ante un contrato principal —el préstamo— y otro accesorio —la constitución del derecho real de anticresis (así, STS 5 de abril de 2017, RJ 2669, sobre el préstamo hipotecario).

La anticresis es, como cualquier derecho real, un derecho oponible frente a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad si se constituye en escritura

pública. La exigencia de la escritura pública para la constitución de una anticresis en garantía de un crédito a favor de una persona en situación de dependencia no es más que un requisito previo para la inscripción registral, que es contemplada expresamente en el artículo 261-1 RH. A diferencia de la hipoteca, la anticresis, a la que se refiere ahora expresamente la LCCI, nace con el otorgamiento de la escritura pública. Es importante que la anticresis se inscriba en el Registro de la Propiedad para que sea oponible frente a terceros, especialmente relevante sobre todo para el supuesto de que el deudor anticrético disponga en un momento de la vivienda arrendada, y también para que el acreedor anticrético puede hacer valer sus derechos frente a terceros.

El derecho real de anticresis puede ser constituido por un tercero, entregando la posesión del inmueble a una persona distinta del deudor anticrético, el anticresista no deudor, ajeno al contrato de crédito que se garantiza<sup>11</sup>.

La garantía de cualquier anticresis reside en el derecho de retención que tiene el titular anticrético en caso de impago total o parcial del crédito recibido y/o de los intereses por el deudor anticrético. El derecho de retención no deja de ser una figura jurídica controvertida, pero admitida en el ordenamiento jurídico español. En realidad, lo que sucede es que si se extingue la anticresis —p. e., por vencimiento anticipado del acreedor anticrético—, el deudor anticrético no puede pedir a aquél la restitución de la finca —la vivienda— hasta el total pago de las deudas pendientes<sup>12</sup>, a no ser que el acreedor anticrético renuncie al derecho de retención. El deudor, como dice el artículo 1883-1 CC, “no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor”.

La debilidad garantista de la anticresis reside en que el acreedor anticrético no tiene, como el acreedor hipotecario, el derecho de realización del valor del bien dado en garantía, como tampoco lo tiene quien a cuyo favor se constituye una anticresis asistencial sobre una vivienda. La «repersecutoriedad» es una nota esencial de todo derecho real, de la que carece la anticresis. Por ello, no tiene ninguna razón de ser en el Derecho común una cláusula en un contrato de crédito anticrético por la cual el acreedor anticrético renuncia a la realización del valor del inmueble<sup>13</sup> cuya posesión ostenta en garantía del crédito entregado.

Por otra parte, para compensar la prohibición del pacto comisorio, el artículo 1884-2 CC, permite, según la frase segunda, que el acreedor “podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble”. El acreedor puede, pues, en caso de impago, elegir entre reclamar la cantidad debida o instar la venta judicial del inmueble por la vía de apremio. Este derecho no se puede equiparar al *ius distrahendi* que tiene el acreedor hipotecario. El derecho a instar la venta judicial es renunciabile en la anticresis

mediante la oportuna cláusula<sup>14</sup>, pero el *ius distrahendi* no es renunciable en la hipoteca porque desnaturalizaría este derecho real de garantía.

Sería perfectamente factible la inserción de un pacto marciano al que la reciente jurisprudencia registral no se opone si cumple determinados requisitos (concretamente en contratos de opción en garantía —entre las más significativas cabe citar las RRDGSJyFP de 15 de marzo de 2021, BOE 28 de abril de 2021; 13 de noviembre de 2021, BOE 20 de diciembre de 2021; 13 y 18 de julio de 2022, BOE 2 de agosto de 2022 y 4 de agosto de 2022—).

#### IV. EL MARCO LEGAL DE LA ANTICRESIS CONSTITUIDA EN BENEFICIO DE UNA PERSONA DECLARADA DEPENDIENTE

El marco legal principal de la anticresis constituida en beneficio de una persona declarada dependiente es la LCCI, siempre que el prestamista y el prestatario se quieren acoger a las ventajas que dispensa la DA 13.<sup>a</sup> La ubicación de esta anticresis en la LCCI significa que también son de aplicación, cuando proceda, las demás normas reguladoras de los créditos inmobiliarios<sup>15</sup>.

Esta decisión del legislador es, en mi opinión, criticable por diversas razones<sup>16</sup>. La razón principal es que la LCCI regula, entre otros, aquellos contratos de créditos inmobiliarios para los cuales en su garantía se constituye una hipoteca u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial (cfr. art. 2.1, letra a). Entre estos «otros derechos reales» se puede mencionar la anticresis. La *ratio legis* de la LCCI, como también la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, es la protección de los compradores (consumidores) cuando para la adquisición de un bien inmueble de uso residencial necesitan un crédito, siendo la mayoría de las veces necesario constituir una garantía real. Es evidente que la anticresis a la que se refiere específicamente la LCCI después de la modificación de 2022 tiene una función específica y ha de constituirse sobre una vivienda del deudor anticrético. El artículo 2.1, letra a) LCCI tiene un ámbito objetivo de aplicación muy amplio y las garantías reales para garantizar los créditos pueden constituirse sobre cualquier clase de inmueble.

La segunda razón es que resulta un tanto contradictorio que la hipoteca inversa, tan cercana a esta anticresis asistencial, quedó fuera de la LCCI por decisión expresa del legislador. Y, sin embargo, ahora se incluye en la LCCI esta figura anticrética de carácter asistencial. Había varios argumentos para no incluir la hipoteca inversa en la LCCI en los términos previstos en el artículo 2.4, letra f). La principal es la finalidad de esta hipoteca ya que no tiene por función facilitar la adquisición de un bien inmueble. Era, eso sí, una de las opciones que per-

mitía la Directiva 2014/17/UE (cfr. art. 3.3, letra a). Las razones de su exclusión opcional vienen expuestas en el considerando 16: “La presente Directiva no es aplicable a determinados contratos de crédito en que el prestamista desembolsa un importe a tanto alzado, efectúa pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta de un bien inmueble y cuyo objetivo principal consiste en facilitar el consumo, tales como los productos de pensión hipotecaria u otros productos especializados equivalentes. Se trata de contratos de crédito con características específicas que rebasan el ámbito de la presente Directiva. Resulta superfluo, por ejemplo, evaluar la solvencia del consumidor, dado que es el prestamista quien efectúa los pagos al consumidor, y no a la inversa. Las operaciones de ese tipo requieren, entre otras cosas, una información precontractual sustancialmente diferente. Por lo demás, otros productos, tales como la vivienda-pensión, que funcionan de manera análoga a las hipotecas inversas o hipotecas vitalicias, no comportan la concesión de crédito, por lo que siguen fuera del ámbito regulado por la presente Directiva”. Cabría preguntarse si acaso el legislador ha ido más allá de la Directiva 2014/17/UE al incorporar ahora específicamente, *post legem*, esta particular anticresis en la LCCI.

La tercera razón es que, dada la proximidad de esta anticresis con la hipoteca inversa, lo razonable es que si se quería resolver ciertos problemas que está suscitando esta figura en la práctica fuese incorporada en la Ley 41/2007 mediante una disposición adicional. A mi modo de ver, hubiera sido más congruente y más sistemático.

Una razón más es que, como en la hipoteca inversa, no resulta necesario evaluar al prestatario y deudor anticrético.

Ya antes de la última modificación de la LCCI se había planteado en algunos círculos la aplicación de esta Ley a las anticresis asistenciales, que, al parecer, estaban ocupando el interés de ciertas entidades crediticias, pero también de la doctrina. Algunas propuestas de proyecto de constitución de una anticresis con fines asistenciales citan la LCCI como marco legal de su regulación<sup>17</sup>.

Ciertamente, entre los otros derechos reales de garantía constituidos sobre inmuebles de uso residencial que no sea la hipoteca (cfr. art. 2.1, letra a) LCCI) puede incluirse la anticresis<sup>18</sup>. La Directiva 2014/17/UE se refiere también, sin decir más, a otras garantías comparables a la hipoteca (art. 3.1, letra a). En el Derecho comparado europeo hay garantías reales sobre inmuebles muy diversas que no podían quedar fuera de la Directiva. Los sistemas germánicos son un ejemplo de la variedad de garantías reales que permiten asegurar créditos además de la hipoteca. Ahora bien, cabe dudar del acierto del legislador español de incluir en la LCCI solo un tipo de anticresis asistencial, dejando fuera otras a las que se podría aplicar por analogía *legis* tanto la LCCI como la Ley 41/2007.

El marco legal de la anticresis constituida en beneficio de una persona declarada dependiente se complementa con otras leyes básicas, a saber, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, el Texto Refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como los artículos 1881 a 1886 CC. Por norma general, los contratos de crédito garantizados mediante una anticresis de tipo asistencial son redactados, predispuestos e impuestos por entidades crediticias, por lo que es también de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Además de la regulación estatal de la anticresis, son dos los Derechos autonómicos civiles que contienen normas dedicadas a esta garantía. La regulación más completa es en el Código civil catalán, el cual incluye entre las garantías reales la anticresis (art. 569-1, letra c)<sup>19</sup>, con una definición muy completa, que es la siguiente, según el artículo 569-23: “El derecho de anticresis, que puede constituirse sobre un inmueble fructífero en garantía del pago de cualquier obligación, faculta a los acreedores para poseerlo, por sí mismos o por una tercera persona si se ha pactado, y a percibir sus frutos para aplicarlos al pago de los intereses y a la amortización del capital de la obligación garantizada y, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a solicitar la realización del valor”. Una singularidad del Derecho catalán es que la anticresis “debe constituirse necesariamente en escritura pública y solo puede oponerse a terceras personas a partir del momento en que se inscribe en el Registro de la Propiedad” (art. 569-24.2). Atendiendo a la actual regulación normativa de la anticresis, el Derecho civil catalán no solo ha modernizado este derecho real de garantía, sino también resulta más atractivo para los acreedores. Lo que puede explicar el incipiente interés por este instrumento jurídico de conversión de activos patrimoniales por parte de entidades crediticias y otros operadores del mercado financiero afincados en Cataluña.

Sorprende, por ello, que la Asociación de Profesores de Derecho civil en su Propuesta de Código civil (2018) no haya querido modernizar el derecho real de anticresis. En la Exposición de Motivos de esta Propuesta no se da ninguna razón de la supresión de la anticresis.

El Fuero Nuevo de Navarra menciona la anticresis en la Ley 463 y el pacto anticrético en la Ley 471.

## V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ANTICRESIS CONSTITUIDA EN BENEFICIO DE UNA PERSONA DECLARADA DEPENDIENTE SEGÚN LA LCCI

### 1. EL DEUDOR ANTICRÉTICO

Aquellas personas que se encuentren en una situación de dependencia según la Ley 39/2006 pueden ser declaradas por la Administración «personas dependientes».

Se entiende por dependencia, según el artículo 2.2 de esta Ley, “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”. Cuando se dan estas situaciones, la persona puede acogerse a esta normativa para ser declarada dependiente (sobre el procedimiento, arts. 28 y ss.) para poder obtener así los beneficios que concede la Ley (arts. 13 y ss.), según los diversos grados de dependencia (cfr. art. 26). La declaración de dependencia de una persona se desvincula del eventual régimen de discapacidad en la que puede encontrarse, si bien, de acuerdo con la Ley 8/2021, de 2 de junio, esa persona tiene la misma capacidad jurídica que la persona sin discapacidad.

Mientras no sea reconocida la dependencia por la Administración, no puede concederse un préstamo con garantía anticrética que tenga por función ayudar económicamente a la persona en situación de dependencia si uno se quiere acoger a los beneficios de la DA 13.<sup>a</sup> LCCI. Conocida la lentitud en la concesión de declaraciones de dependencia por parte de la Administración, es un factor que desincentiva en el mercado de crédito la anticresis como garantía para financiar determinados recursos económicos a favor de esas personas. Ello sin perjuicio de que se prepare algún borrador o proyecto de futura constitución de una anticresis de tipo asistencial. Incluso una promesa o un precontrato de préstamo anticrético.

Para la concesión de un crédito garantizado con una anticresis resulta indiferente el grado de dependencia en que se encuentre la persona, como también la modificación del grado de dependencia durante la vigencia del préstamo anticrético. Es una de las diferencias con la hipoteca inversa en la que para su constitución el deudor hipotecario ha de tener un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento (DA 1.<sup>a</sup>, ap. 1, letra a, de la Ley 41/2007). No basta, por tanto, con que sea declarado dependiente.

Quien solicita el crédito anticrético es la persona declarada dependiente, con o sin apoyo según la discapacidad que tenga, o su representante (el curador en caso de que la persona dependiente tenga una gran discapacidad). En la praxis contractual se denomina al prestatario persona «acreditada».

Precisamente por ser una persona declarada dependiente, la cual necesita medios económicos para entrar en una residencia de mayores o poder ser asistida en su domicilio, no parece razonable que sea evaluada su solvencia económica, como obliga el artículo 11.1 de la LCCI (según el considerando 16 de la Directiva 2014/17/UE, «resulta superfluo, por ejemplo, evaluar la solvencia del consumidor, dado que es el prestamista quien efectúa los pagos al consumidor, y no a la inversa») <sup>20</sup>. En todo caso, según este precepto, se pueden valorar los ingresos

presentes, los que sean previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la declaración de dependencia y la jubilación. Pero si el prestamista considera que con el alquiler de la vivienda entregada en garantía puede ser suficiente, podría renunciar a la evaluación de la solvencia económica del prestatario.

La declaración de dependencia no está vinculada a ninguna edad (art. 5.1 de la Ley 39/2006). Pero por norma general, en la praxis, el crédito anticrético se concederá a personas de la tercera edad. Solo así se evitará, por un lado, que el deudor reciba cantidades irrisorias; por otro, se evita también el riesgo de que la cantidad final debida supere la cifra máxima de responsabilidad anticrética, lo que perjudicaría a la entidad acreedora<sup>21</sup>, y al propio deudor. Para que no resulte antieconómico para ninguna de las partes, es aconsejable establecer un plazo de duración del crédito anticrético no demasiado largo, en todo caso susceptible de ser prorrogado, ampliando el capital.

Las personas declaradas dependientes padecen con frecuencia de enfermedades más o menos graves. Cualquier cláusula que restrinja sus derechos concedidos por un contrato de crédito anticrético con fines asistenciales por causas relacionadas con la salud debe considerarse nula a tenor de lo dispuesto por la DA Única del TRLGDCU, incorporada por la Ley 4/2018, de 11 de junio<sup>22</sup>.

Puede darse el caso de que dos personas hayan sido declaradas dependientes (p. e., un matrimonio, una pareja de hecho u otras situaciones de vínculo personal) y soliciten conjuntamente un crédito anticrético asistencial. Aunque se pida conjuntamente el préstamo, siendo requisito previo la declaración de dependencia de cada uno de los solicitantes, el régimen del crédito ha de regirse por las reglas de la mancomunidad simple o parciaria (art. 1138 CC). Por lo que respecta a los actos jurídicos en relación con la vivienda, se debe estar a su régimen jurídico (privativo, ganancial, común).

El deudor que obtiene el crédito anticrético ha de ser tratado en las relaciones con el prestamista como un prestatario-consumidor en los términos de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, a la que remite la Directiva 2014/17/UE [cfr. art. 4-1) de esta Directiva].

La remoción de la declaración de dependencia no debería ser causa inmediata para la extinción y, en su caso, cancelación del derecho anticrético si las necesidades de apoyo económico son las mismas que cuando se concertó el crédito.

## 2. EL ACREEDOR ANTICRÉTICO

La sujeción del crédito anticrético asistencial a favor de una persona declarada dependiente a la LCCI exige a quien concede este crédito inmobiliario sea

una persona física o jurídica que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos a los que se refiere el artículo 2.1, letra a) y b) [art. 4-1)]. Por una parte, están las entidades de crédito; por otra, las entidades no crediticias (prestamistas privados) y los prestamistas profesionales. En la praxis contractual se denomina al prestamista «acreditante». Deberían quedar fuera los prestamistas con finalidad exclusivamente inversora, ya que el crédito anticrético asistencial a favor de una persona declarada dependiente no responde a esa finalidad. Existen algunas diferencias con quienes pueden conceder un crédito garantizado con una hipoteca inversa, que solo puede ser concedido por entidades de crédito, por establecimientos financieros de crédito y por entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que a las entidades aseguradoras imponga su normativa sectorial (DA 1.<sup>a</sup>, ap. 2, de la Ley 41/2007).

Se debe tomar especial cautela cuando quien concede el crédito anticrético asistencial es un prestamista profesional, ya que son más proclives a aprovecharse de las necesidades económicas de sus potenciales clientes, imponiéndoles generalmente condiciones gravosas, como sucede en otros préstamos profesionales<sup>23</sup>.

### 3. EL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO

La LCCI define el contrato de préstamo por el cual “un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, en forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar” [art. 4-3)]. Por otra parte, la LCCI precisa en el artículo 2.3 que las referencias que se realizan a los préstamos se entenderán indistintamente a préstamos y créditos. El contrato más común de los créditos inmobiliarios es el préstamo. Son contratos de financiación a los que se refiere la LCCI. El contrato de crédito anticrético, de cualquier tipo, es un contrato de financiación, siendo un tanto singular cuando tiene fines asistenciales. Como cualquier contrato de financiación, se caracteriza por la concesión de una suma de dinero que se debe devolver en un plazo a cambio de un interés remuneratorio. Por norma general, también estos contratos de financiación son contratos de adhesión, sujetos, por tanto, a la LCGC y al TRLGDCU.

Debe precisarse que el contrato de crédito anticrético al que nos referimos no es un mero o puro contrato de crédito anticrético con una función exclusivamente liquidatoria, y menos aún un pacto anticrético<sup>24</sup>

El contrato de crédito anticrético asistencial a favor de una persona declarada dependiente ha de responder a una causa específica, cual es la financiación de

la estancia de esa persona en una residencia de cuidados (residencia de mayores) o de la asistencia necesaria (de todo tipo) en su domicilio. Es una causa subjetiva que concurre con la causa onerosa del contrato de crédito y la causa de garantía de la anticresis. Son causas entrelazadas, que, aunque no pueden fragmentarse, cuando el crédito anticrético es objeto de inscripción, el registrador deberá calificar la causa de la anticresis, sin perjuicio de extender su calificación al contrato de crédito en aras del cumplimiento de las normas imperativas que rigen (LCGC, TRLGDCU y LCCI). No estamos ante un solo contrato con dos facetas —préstamo y garantía— como en alguna sentencia se ha afirmado (cfr. STS 11 de septiembre de 2019).

Este contrato de crédito anticrético ha de otorgarse en escritura pública, según la LCCI. Esta exigencia formal no constituye en absoluto un requisito *ad substantiam*, en todo caso es un requisito obligatorio, pero solo a los efectos de la aplicación de la DA 13.<sup>a</sup> LCCI. Se puede constituir perfectamente una anticresis asistencial con los mismos fines en documento privado (podrían estar interesado en ello los prestamistas profesionales). A diferencia de la hipoteca, y también de la hipoteca inversa, la anticresis se rige por la libertad de forma. Solo que en este supuesto legal se exige la escritura pública para poder acogerse a los beneficios previstos.

La transparencia material, uno de los aspectos centrales de la LCCI, sobre todo de los préstamos hipotecarios, debe cuidarse y controlarse igualmente cuando se concierta un crédito anticrético, con algunas particularidades que se deben tener en cuenta en el momento del otorgamiento del acta notarial de «transparencia material».

Pero antes de la celebración del contrato de crédito anticrético, ¿ha de cumplir el prestamista del crédito anticrético con las obligaciones de información que impone el artículo 10 LCCI?<sup>25</sup> Además de la información en la publicidad y la información general (arts. 6 y 9 LCCI), el prestamista debe proporcionar al prestatario antes de celebrar el contrato de crédito una información personalizada, no tanto para comparar otros créditos anticréticos —ya que apenas se ofertan en el mercado de créditos— como para analizar la conveniencia de celebrar o no este contrato, una vez que el prestatario haya dado la información necesaria sobre sus necesidades de financiación (ingreso en una residencia o asistencia domiciliaria), que nunca será inferior a diez días naturales, respecto del momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo (art. 10.1 LCCI). La información personalizada se facilitará mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (art. 10.2 LCCI; cfr. art. 14.1, letras a y c de la misma Ley). El prestamista ha de cumplimentar el modelo de la denominada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), según el Anexo I de la LCCI. Esta ficha equivale a una oferta vinculante, que deberá mantenerse durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá de ser de diez días (art. 14.1, letra a, LCCI).

Al mismo tiempo, se debe proporcionar al prestatario una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se le informará de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes del contrato de crédito anticrético (art. 14.1, letra b, LCCI). A su vez, se debe estar, por lo que respecta a la información precontractual que se debe prestar, a los artículos 20, 21 y 22 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Por último, sería deseable un asesoramiento independiente, previsto en el artículo 19 LCCI, para mayores garantías del deudor anticrético. En la hipoteca inversa es un deber legal de las entidades de crédito<sup>26</sup>.

Una vez que se presente al notario el contrato de crédito anticrético, se deberán cumplimentar los requisitos de comprobación de la transparencia material según el artículo 15 LCCI. Una vez elegido el notario por el prestatario y asignada la operación crediticia, procede por el notario descargar la documentación enviada a través de la plataforma<sup>27</sup>, la cual, como mínimo, debe responder a la que se determina en el citado artículo 15 (entre la documentación más relevante está la FEIN, la FiAE, una copia del proyecto de contrato, la manifestación firmada del prestatario por la que se declara que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido).

En esta fase de la contratación hay un momento importante. El notario debe informar y asesorar al prestatario sobre cada uno de los documentos que se han presentado y referidos al producto de financiación ofertado, asegurándose de que el prestatario los conozca y los comprenda, así como también el clausulado del contrato de crédito anticrético (tanto del crédito como del derecho real de garantía). Tratándose el prestatario de una persona declarada dependiente, el notario debe ser especialmente diligente en su labor informadora y asesora, al ser, por su edad más o menos avanzada, consumidor vulnerable (cfr. art. 3.2 TRLGDCU; también arts. 17.3, 20.2 y 60.1-2 de la misma Ley). Es importante que se informe y se asesore debidamente sobre la finalidad de la anticresis, el capital que se entregue, las rentas que se obtengan y su imputación a los intereses y al capital entregado, la duración del contrato crediticio, las disposiciones relacionadas con el futuro arrendamiento de la vivienda, el régimen de gestión y administración de la vivienda dada en garantía tanto cuando es arrendada como cuando no lo es, la extinción del contrato, el derecho de retención y la venta judicial en su caso para imputar el precio de la venta a los intereses y al capital no satisfechos por el deudor anticrético.

El test que se realice al deudor anticrético ha de hacerse conforme a las características de esta singular anticresis (*vid.* art. 15.2 LCCI).

De acuerdo con el artículo 15.2 y 3 LCCI, procede después extender el acta de «transparencia material», cuyo cumplimiento es necesariamente previo a la autorización de la escritura del contrato de crédito anticrético (*vid.* art. 22.2 LCCI).

Por lo que respecta a los gastos que toda escritura pública lleva consigo, el régimen de la escritura del crédito anticrético a favor de una persona declarada

independiente es el mismo de la hipoteca inversa por mor de la DA 13.<sup>a</sup> LCCI, la cual remite a la DA 1.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007. Esta dispone en tres apartados: “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” (ap. 7). “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” (ap. 8). “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” (ap. 9).

Estas especificaciones no rigen para los demás créditos anticréticos, incluso los de tipo asistencial, que, cuando se rigen por la LCCI, en concreto: El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite (art. 14, letra e, ii). Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista (art. 14, letra e, iii). Y el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable (art. 14, letra e, iv).

El contrato de crédito anticrético podría ser objeto de cualquier modificación posterior. Pensemos que el deudor anticrético quiere volver a su casa para recibir asistencia domiciliaria, o, a la inversa, después de tener asistencia domiciliaria quiere ingresar en una residencia de mayores. Ello puede incidir, en su caso, en el crédito concedido inicialmente.

Señalar, finalmente, que el prestatario-persona declarada dependiente puede desistir del contrato de préstamo anticrético durante un periodo de catorce días naturales si así se prevé en la FEIN<sup>28</sup>.

#### 4. LA CONCESIÓN DEL CRÉDITO

Por norma general, en el contrato de crédito anticrético se concede una suma máxima durante un tiempo. Para que el deudor anticrético pueda disponer inmediatamente mediante transferencia, se le concede una disposición inicial por una determinada cantidad, fraccionada normalmente por meses, destinada a la

cobertura de las necesidades asistenciales iniciales del beneficiario. Concluido este primer período, del restante crédito se dispondrá por norma general mensualmente, ya que los pagos a las residencias de mayores y a la asistencia domiciliaria son mensuales, hasta el límite máximo del saldo disponible. En el caso de que el prestatario fallezca antes del plazo de vigencia del contrato de crédito anticrético, éste se extingue en ese momento, con la consiguiente liquidación.

Por norma general, la entrega del crédito se produce mediante pagos periódicos durante un plazo determinado, pactándose la devolución del importe, más los intereses y comisiones, de una sola vez, una vez transcurrido el plazo del vencimiento pactado y, previsiblemente, una vez fallecido el acreditado<sup>29</sup>.

La comisión de apertura, por sí misma puede ser abusiva ya que no forma parte del núcleo esencial de cualquier contrato de crédito, concretamente del precio (así la STJUE 16 de marzo de 2023, asunto C565/2<sup>30</sup>1; en contra, la STS 23 enero 2019, que entiende que solo está sujeta al control de transparencia formal y material<sup>31</sup>). La LCCI ha establecido un régimen imperativo para la cláusula de comisión de apertura. En el artículo 14.4, frase primera, determina: Si se se pactase, “la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo.

Por norma general, se introduce una cláusula de ampliación de capital por otro período máximo, que puede ser en las mismas condiciones que el contrato de crédito anticrético inicial.

Al ser el contrato de crédito anticrético un contrato de financiación, se fija el correspondiente tipo de interés remuneratorio, ya establecido en la FEIN y en la FIAE, que puede ser fijo, variable o una combinación de ambos. En cuanto a la TAE, su cálculo se hará conforme a la parte I del Anexo II de la LCCI. Si se trata de un interés variable, se debe fijar un índice objetivo, de acuerdo con el artículo 85.3 TRLGDCU. Siendo un contrato sujeto a la LCCI, se debe estar en cuanto a la transparencia y regulación del interés remuneratorio a lo dispuesto en los artículos 6.1, 6.1, letras e y g, 14.1, letras b, c y e, 14.2, 14.5, 21, así como en el artículo 7.3 de la Orden EHA/2899/2011.

A su vez, se fijará el interés de demora por retraso en el pago de los intereses remuneratorios y del capital. Surge la duda si es de aplicación el artículo 22 LCCI ya que el régimen de demora que establece es solo cuando el préstamo es hipotecario. La mención exclusiva del préstamo hipotecario en el citado precepto, que se debe principalmente a excluir de esta norma a los préstamos sin garantía real, hace pensar que queda fuera de su ámbito el derecho real de anticresis. Por consiguiente, los límites del interés de demora devendrán de la protección que dispensa el TRLGDCU a las cláusulas de interés que sean abusivas por mor de su artículo 85.6.

Por el singular funcionamiento de este contrato de crédito anticrético, en interés del beneficiario, puede resultar oportuna la apertura de una cuenta en la que, por una parte, se adeudan las disposiciones de crédito en cada período, y, por otra, se abonan en ella, previa deducción de cargas, contribuciones, intereses y capital, las rentas netas obtenidas en su caso con el alquiler de la vivienda dada en garantía —rentas netas positivas—, lo que permite dar a conocer en cada momento el débito y el crédito del beneficiario, así como facilitará en su momento la liquidación final del préstamo.

Excepcionalmente, el crédito anticrético que se concede puede cubrir los costes de las obras de adecuación de la vivienda; puede resultar incluso óptimo para el futuro alquiler de la vivienda.

En aras del principio de determinación, al ser garantizado el crédito mediante anticresis, se debe especificar si la garantía se extiende únicamente a las obligaciones de pago de las disposiciones anuales más los intereses y comisiones aplicados, o si, por el contrario, asegura también los importes que tenga que abonar el deudor por razón de los costes de obras, seguros o administración. Debe, igualmente, precisarse si los intereses correspondientes al “capital debido” deben considerarse devengados solo por los importes dispuestos del crédito o también por las deudas generadas por razón de los costes de obra, seguro y administración abonados por el prestamista<sup>32</sup>.

## 5. LA VIVIENDA CUYA POSESIÓN SE ENTREGA EN GARANTÍA

La LCCI ha prescindido de cualquier definición de los inmuebles que son destinatarios de su regulación, y menos aún va a definir la vivienda cuya posesión se entrega en garantía de un crédito anticrético. La LCCI no exige que el deudor anticrético tenga un título dominical de la vivienda —también podría ser titular de un derecho de usufructo—, pero se presupone que el prestamista solo concederá un crédito anticrético en el caso de que aquél sea propietario. La vivienda debe estar libre de arrendatarios y de ocupantes. Únicamente así tiene garantizado el acreedor anticrético un amplio poder de gestión para el alquiler de la vivienda y el derecho de pedir la venta judicial de resultar impagado total o parcialmente el crédito concedido y/o los intereses. La vivienda puede ser entregada en garantía por un tercero, que, cuando se concede el préstamo, tiene la condición de anticresista no deudor.

A diferencia de la hipoteca inversa, en la que la vivienda hipotecada puede ser también una vivienda habitual del deudor hipotecario (DA 1.ª, aps. 1 y 10, de la Ley 41/2007)<sup>33</sup>, según se deriva de la LCCI, puede ser cualquier vivienda que no sea la habitual del deudor anticrético. No es que excluya expresamente la

vivienda habitual, pero es razonable que la vivienda que se dé en garantía no sea la habitual porque en cualquier momento puede querer el prestatario volver a ella si no quiere permanecer en la residencia después de la concesión del crédito. Al referirse la LCCI sin más a la vivienda, puede ser cualquier espacio habitable por una o varias personas (vivienda o casa rural, vivienda ocupada en parte en suelo de situación rústica y urbana, una casa prefabricada). De acuerdo con el artículo 2.1 de la LAU, “se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario”. La vivienda que se dé en arrendamiento puede ser con o sin muebles, y junto a la vivienda se puede alquilar, en su caso, un trastero, un garaje o cualquier otro espacio accesorio a la vivienda<sup>34</sup>. La garantía anticrética no se extiende, sin embargo, a los bienes muebles que hubiera en la vivienda arrendada. Quizá, por ello, se prefiere dar en garantía una vivienda sin muebles. Al propio acreedor anticrético no le interesa para no tener más responsabilidades de gestión que las que le corresponden cuando adquiere la posesión de la vivienda y después cuando es arrendada. Puede ser también una vivienda futura —que se adquiere próximamente o que se va a construir o está en fase de construcción—, quedando pendiente la concesión del crédito a la entrega efectiva de la vivienda. El contrato de un crédito anticrético puede estar sometido a una condición.

Alguna duda puede plantear cuando la vivienda es la segunda residencia del deudor anticrético. Mientras no sea la vivienda residencial principal, se debe entender que estaría comprendida en la DA 13.<sup>a</sup> LCCI. Por lo que respecta a las viviendas protegidas, habrá que estar a su régimen jurídico específico, si bien, por su finalidad, no deberían servir de garantía de un crédito anticrético, teniendo en cuenta, además, que la vivienda en propiedad seguramente tiene el carácter de habitual.

No parece que la LCCI en su DA 13.<sup>a</sup> niegue que el derecho real de anticresis se pueda constituir sobre más de una vivienda para poder acogerse a los beneficios fiscales y de determinados gastos notariales y registrales<sup>35</sup>.

Además de cualquier acreditación por parte del deudor anticrético para demostrar que la vivienda que se entrega no es habitual, está la propia manifestación del prestatario —que es determinante, salvo que haya datos que demuestran lo contrario—, además de los datos registrales y su referencia catastral. En la escritura de un crédito anticrético a favor de una persona declarada dependiente deberá, en su caso, constar que la vivienda que se entrega no es habitual, o manifestar que es una vivienda habitable, pero para evitar cualquier duda o confusión sería aconsejable que conste que la vivienda no es habitual (cfr. el art. 21.3 LH).

A diferencia de la hipoteca inversa constituida sobre una vivienda habitual y de la hipoteca para la garantía de préstamos inmobiliarios sujetas a la DA 1.<sup>a</sup> de

la Ley 41/2007<sup>36</sup> y de la LCCI<sup>37</sup> no considero que sea preceptiva la tasación de la vivienda, como tampoco es un requisito para las demás hipotecas sujetas a la LH<sup>38</sup> <sup>39</sup>. La principal razón es que la vivienda no constituye la garantía esencial del crédito anticrético. El valor del inmueble no es un elemento delimitador de la cuantía máxima para conceder el crédito con fines asistenciales. Con la vivienda el deudor anticrético no pretende licuar su patrimonio inmobiliario, como sucede, sin embargo, en la hipoteca inversa constituida sobre una vivienda habitual<sup>40</sup>. No hay, como en las hipotecas sujetas a la LH, una deuda decreciente o creciente que exige mayores garantías que la anticresis asistencial en la que la deuda es lineal. De ahí, que en las hipotecas reguladas principalmente por la LH se fije un porcentaje máximo en relación con el valor del inmueble. Comúnmente el importe máximo a financiar por ejemplo para una vivienda habitual es del 80%, y del 60% en caso de que se trate de una segunda vivienda. Por otra parte, la anticresis no permite propiamente la realización del valor del inmueble garante, aunque sería aconsejable en todo caso, sobre todo con vista a la eventual venta judicial de la vivienda por impago total o parcial de los intereses y/o del capital recibido.

En el Derecho civil catalán se permite realizar el valor del inmueble gravado por un derecho de anticresis, además mediante la venta directa, por subasta pública notarial (cfr. arts. 560-26 y 569-7 del Código civil de Cataluña). En este caso, sí sería oportuno que previamente se hubiera tasado la vivienda dada en garantía.

Tampoco es preceptivo, como en la hipoteca inversa<sup>41</sup>, que el deudor anticrético concierte un seguro contra daños, si bien puede ser muy aconsejable en propio interés suyo. El seguro debería estar vigente durante toda la duración del crédito. El acreedor anticrético podría exigir que el seguro cubriese el valor del crédito máximo.

## 6. EL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA POR EL ACREEDOR ANTICRÉTICO

La vivienda cuya posesión se entrega en garantía de un crédito anticrético a favor de una persona declarada dependiente debe ser arrendada. Según la DA 13.<sup>a</sup> LCCI, el acreedor anticrético asume el compromiso de destinar la vivienda gravada con anticresis al mercado de alquiler. No es necesario que el arrendamiento se destine a vivienda habitual, si bien puede interesar al acreedor anticrético que tenga ese destino para asegurarse que el arrendamiento perdure en el tiempo en que se concede el crédito anticrético, sin perjuicio del plazo mínimo y de las prórrogas a que ésta sometido en virtud de los artículos 9 y 10 LAU.

El acreedor anticrético está facultado, como el propietario, el nudo propietario, el usufructuario o el superficiario, para arrendar el inmueble entregado por el deudor anticrético. Debemos tener presente que la anticresis es un derecho real que se ejerce normalmente por la posesión del inmueble gravado por parte del anticresista, titular del derecho<sup>42</sup>. Ello implica al menos el uso y goce del inmueble entregado. El artículo 13.2 LAU se refiere a los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble. Una de las posibilidades que tiene el acreedor anticrético es su explotación directa o indirecta, pero también puede darlo en arrendamiento a un tercero a cambio de una renta<sup>43</sup>, prevista ahora expresamente en la DA 13.<sup>a</sup> LCCI. El arrendamiento que suscriba el acreedor anticrético con un tercero es un arrendamiento sobre cosa ajena. Esta posibilidad no está exenta de problemas<sup>44</sup>, en particular en cuanto a la duración del derecho real de anticresis y su incidencia en el arrendamiento de vivienda que se rige por la LAU. Sería aconsejable que la duración del crédito anticrético fuese aproximadamente la misma que el arrendamiento de vivienda, de acuerdo con los plazos, incluso superior con vista a las prórrogas que pudieran darse.

Por norma general, el contrato de arrendamiento de vivienda que se suscriba será el que está regulado en la LAU, aunque cabría otro tipo de arrendamiento (p. e., arrendamientos con fines de explotación turística, o arrendamientos de temporada; cfr. art. 5 LAU, en particular la letra e). Se parte de la presunción de que estos arrendamientos son contratos no negociados. El anticresista deberá procurar que las cláusulas sean transparentes y conformes a la buena fe *ex* artículos 80 y ss. TRLGDCU<sup>45</sup>.

En virtud de la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de sus créditos (art. 1881 CC). En el supuesto específicamente previsto en la LCCI, el acreedor, cuando haya tomado posesión de la vivienda, la debe arrendar para que con las rentas que obtenga pueda satisfacer los intereses y amortizar el capital recibido por el deudor anticrético.

En atención a la duración de un crédito anticrético que ha de financiar la estancia de una persona declarada dependiente en una residencia de mayores o la ayuda domiciliaria, es preferible que el arrendamiento de vivienda sea el regulado por la LAU (arts. 6 y ss.), cuya duración mínima es de cinco o siete años según el prestamista sea una persona física o una persona jurídica (la LCCI permite que el prestamista inmobiliario sea también una persona física según el art. 4-2).

Por lo que respecta a la renta, el titular anticrético es libre de fijar la cuantía (art. 17.1 LAU; art. 1555-1.º CC), pero parece razonable, incluso exigible, que en la misma escritura de anticresis se fijen algunos criterios, sobre todo en razón

del cálculo de las posibles rentas que se pueden obtener y su imputación al capital recibido y a los intereses por pagar. Ello interesa particularmente al deudor anticrético. Para su información, se puede indicar el precio estimado para el inmueble en el mercado de alquiler correspondiente al año de la constitución de la anticresis —el mínimo y el máximo—.

Se debe prever en el contrato de crédito anticrético a quién corresponde el pago de los suministros (electricidad, agua y gas) mientras la vivienda no esté alquilada, y a partir del momento de su arrendamiento a un tercero. A falta de pacto, dispone el artículo 1882-1 CC, que el acreedor está obligado a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca. Cualquier gasto, contribución o carga que corresponda a la vivienda es, en principio, según el artículo 1882-1 y 2 CC, del acreedor. Esta obligación del acreedor no se establece en razón de la propia garantía ni tampoco en razón al *ius fruendi* propio del derecho de goce, sino que encuentra su justificación y razón de ser exclusivamente en el hecho de la posesión<sup>46</sup>. En un contrato de adhesión una cláusula que establece que es cargo del deudor anticrético debería considerarse abusiva de conformidad con el artículo 82.1 TRLGDCU.

En su calidad de arrendador, el prestamista debe quedar autorizado para llevar a cabo el cambio de titularidad de los suministros.

El anticresista no puede asegurar que sea arrendada la vivienda dada en garantía, si bien se podría fijar un plazo mínimo, que de cumplirse sin que se hubiese arrendada la vivienda podría ser causa de extinción al menos de la anticresis, la cual debe preverse en el contrato, y en su sustitución se podría pactar alguna otra garantía personal o real, en el mismo contrato de crédito o después de la extinción de la anticresis.

No parece aconsejable que la vivienda dada en garantía puede ser cedida o subarrendada de acuerdo con el artículo 16 LAU, por lo que parece oportuno que la escritura anticrética contenga una expresa cláusula de prohibición de estos contratos. No le interesa al anticresista, porque dificulta la gestión, así como la rendición de cuentas frente al propietario. Y además, no concuerda con la finalidad de esta anticresis asistencial, cuyo régimen jurídico se focaliza en la vivienda que se da en garantía.

Por último, cabe preguntarse si la extinción la anticresis causa al mismo tiempo la extinción del contrato de arrendamiento en el caso de que éste tuviera una vigencia superior a la anticresis. Es un supuesto que no está previsto en la LAU ni en el Código civil. Acercándonos, no obstante, al artículo 13.2 LAU, podemos comprobar que se refiere exclusivamente a repercusión de la extinción de un derecho real de goce, o incluso de naturaleza personal según la doctrina, en el contrato de arrendamiento de vivienda. Dice el precepto que “los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho

de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador...<sup>247</sup>. En el Código civil, según el artículo 480, el arrendamiento concertado por el usufructuario con otro se extingue a la vez que se extingue el usufructo. Dado que la anticresis es un derecho real de garantía, ninguno de los dos preceptos citados es de aplicación. A nuestro juicio, el arrendamiento de vivienda subsiste aun después de la extinción de la anticresis, ya que no tiene ninguna correlación directa con la cesión del uso por parte de quien era el anticresista y arrendador al mismo tiempo. Por lo tanto, el que era deudor anticrético se subroga como arrendador en el contrato de arrendamiento que había concertado anteriormente el acreedor anticrético con un tercero.

## 7. EL RENDIMIENTO NETO DEL ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA

El núcleo central, visto desde el acreedor anticrético, pero también del deudor anticrético, es el rendimiento neto del arrendamiento de la vivienda a un tercero.

Es característico de la anticresis la obtención de frutos del inmueble cuya posesión se entrega al acreedor anticrético, siendo su obligación de aplicar los frutos al pago de los intereses y del capital de su crédito (art. 1882 CC). Si los frutos que se obtienen son superiores a la deuda (intereses y capital del préstamo), después de haberse pagado con los frutos además las contribuciones y cargas correspondientes, la diferencia que hubiera deberá ser entregada al deudor anticrético —rendimiento neto positivo—. Por otra parte, dispone el artículo 1883 CC que el deudor anticrético no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor.

Centrémonos, pues, en primer lugar, en el derecho de obtener los frutos que se logren con el arrendamiento de la vivienda. Las rentas que se reciben son frutos civiles (art. 355-3 CC), son rendimientos según la doctrina moderna<sup>48</sup>. El anticresista no puede disponer libremente de las rentas, no es titular de este crédito, sino que tiene la obligación de aplicar los frutos a las contribuciones y cargas *ex* artículo 1882 CC.

Por consiguiente, el prestamista/arrendador debe deducir de las rentas las contribuciones y cargas que pesan sobre la vivienda arrendada (como, p. e., el impuesto de bienes inmuebles, las cuotas de la comunidad), así como los gastos necesarios para su conservación (p. e., la instalación y mantenimiento de un sistema de alarma de seguridad; o un seguro de responsabilidad por daños) y reparación. Se trata de obligaciones legales. Mientras estas deudas no se hayan deducido, las rentas obtenidas son rendimientos brutos. Por norma general, el

acreedor anticrético realiza previamente los pagos correspondientes que pesan sobre la vivienda arrendada<sup>49</sup>.

Entre costes más específicos a deducir, cabe incluir el coste de la administración de la vivienda mientras no esté arrendada, así como los honorarios de gestión del arrendamiento cuando se arrienda, que se incrementará con el IVA. Son gastos de producción que deben ser asumidos por el deudor anticrético<sup>50</sup>.

Una vez realizados los pagos correspondientes, el prestamista puede imputar al rendimiento neto primero los intereses y después el capital prestado. Es decir, ha de existir una deuda preexistente (líquida, exigible y vencida) derivado del préstamo concedido, con sus correspondientes intereses pactados. El verbo «aplicar» que usa el artículo 1881 CC significa concretamente imputar las rentas primero a los intereses y después al capital del crédito<sup>51</sup>.

Al deudor anticrético se le debe garantizar, mediante el oportuno pacto, una rendición de cuenta periódica de la gestión realizada por el acreedor anticrético (cfr. art. 569-25.4 Código civil catalán)<sup>52</sup>.

#### 8. CONSERVACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE LA VIVIENDA DADA EN GARANTÍA

Una singularidad de la anticresis es que el acreedor anticrético no solo tiene el derecho de obtener los frutos que puede producir el inmueble entregado en garantía sino que también tiene la obligación de obtenerlos. Este derecho y esta obligación de la precepción de los frutos no resultan independientes respecto del propio fin que se persigue con la anticresis, la cual no tiene un carácter autónomo, sino que tiene un destino predeterminado, establecido de antemano<sup>53</sup>.

En la anticresis a favor de una persona declarada dependiente, el acreedor anticrético tiene la obligación —no es un mero compromiso— de arrendar la vivienda para que con las rentas que obtenga se pague, en primer lugar, todas las contribuciones y cargas que el arrendamiento lleva consigo (cfr. art. 1882-3 CC), para después imputar lo que queda —rentas netas— al pago de los intereses y del capital anticrético.

Desde el momento en que el acreedor anticrético entra en posesión de la vivienda, tiene la obligación de conservarla, administrarla y gestionarla, siendo esta obligación de mayor contenido a partir de su arrendamiento. Esta obligación termina con la extinción de la anticresis.

Una entidad crediticia no siempre querrá asumir la conservación, administración y gestión de la vivienda dada en garantía y de su arrendamiento. Puede contratar a una empresa gestora de inmuebles (a veces forma parte del grupo de empresas de la entidad prestamista), en cuyo contrato de gestión se deberán detallar los servicios que se deben prestar y la calidad de los mismos.

Por lo que respecta a los gastos de gestión para el alquiler de la vivienda, de no ser alquilada se podrían reducir en proporción al tiempo que la vivienda queda vacía.

En el contrato del crédito anticrético de cualquier tipo en el que se acuerda el arrendamiento de una vivienda cedida a favor del acreedor se deben establecer, en su caso, a modo de propuesta, las oportunas cláusulas de conservación, administración y gestión del contrato de arrendamiento. Aunque es el acreedor anticrético quien arrienda la vivienda, es, finalmente, en beneficio del deudor anticrético. No es que el acreedor anticrético actúe propiamente como un gestor o mandatario, pero debe actuar siempre en interés de aquel.

Entre estas cláusulas, un capítulo importante adquiere el régimen de las obras de reparación y de adecuación de la vivienda a las necesidades correspondientes. Las obras de reparaciones son a cargo del prestamista (art. 1882-2 CC), mientras las obras de adecuación, en cuanto son mejoras, corresponden al prestatario por su condición de propietario.

## 9. EL DERECHO DE RETENCIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA

Un derecho intrínsecamente vinculado a la estructura del derecho real de garantía es el derecho de retención a favor del acreedor anticrético en caso de impago de la deuda garantizada. En virtud del derecho de retención, el acreedor anticrético puede retener —es una facultad que se le concede por ley— la posesión del inmueble (cfr. art. 1886 CC). No es necesario que se inserte una cláusula de retención en el contrato de crédito anticrético, ni tampoco se puede suprimir; en todo caso, cabe renunciar después de su celebración.

A una entidad financiera seguramente no le interesa ejercer este derecho por las implicaciones que supone mantener la posesión de un inmueble cuya propiedad pertenece exclusivamente al deudor anticrético. Se podría pactar, no obstante, que pueda seguir recibiendo frutos para poder compensar las deudas pendientes de pago<sup>54</sup>.

## 10. LA VENTA DE LA VIVIENDA ARRENDADA

Procede examinar la venta de la vivienda arrendada desde dos perspectivas diferentes, con consecuencias jurídicas distintas.

Por una parte, el deudor anticrético sigue siendo propietario de la vivienda cuya posesión ha sido entregada para que sea arrendada por el acreedor anticrético. Por consiguiente, el prestatario tiene pleno poder de disposición sobre la vivienda. Entre las facultades que ostenta, está la venta a un tercero. Ello no

afecta al derecho real de anticresis por su oponibilidad frente a terceros (al menos si está inscrito en el Registro de la Propiedad). Como por norma general el arrendamiento de la vivienda dado en garantía estará sujeto a la LAU, se debería estar a lo dispuesto en el artículo 14 cuando tiene lugar la enajenación, pero se da la particularidad de que el arrendador es otro —el acreedor anticrético—. La paradoja es que el comprador adquiere una vivienda sin poder subrogarse en el contrato de arrendamiento; es, por tanto, ajeno al contrato de arrendamiento celebrado hasta la extinción del derecho real de anticresis. De modo, que el comprador es un tercero tanto para el arrendador como para el arrendatario hasta que no se produzca la extinción del derecho real de anticresis.

No porque se haya vendido la vivienda arrendada puede pedir el prestamista el vencimiento anticipado, a no ser que se haya pactado expresamente por las partes<sup>55</sup>.

El comprador no solo no se subroga en el contrato de arrendamiento sino también en la anticresis que grava la vivienda, concretamente la posesión de la misma. Teniendo en cuenta que la anticresis tiene por función sufragar el coste de una residencia de mayores o de la asistencia domiciliaria, lo procedente es que antes se dé por vencido el préstamo anticrético, pero para ello hace falta que se haya pactado una cláusula de vencimiento anticipado para el caso de la venta —o cualquier otro acto de disposición— de la vivienda arrendada a un tercero.

Una cláusula que prohibiera al prestatario la venta (o cualquier acto de disposición que no fuese incompatible con el arrendamiento) debería considerarse nula tanto si ha sido negociada como si no, porque supone una limitación al ejercicio de una de las potestades más importantes del propietario —podría considerarse una cláusula abusiva al amparo del artículo 82.1 TRLGDCU<sup>56</sup>—. <sup>57</sup>

## 11. LA VENTA JUDICIAL DE LA VIVIENDA ARRENDADA

Está la otra perspectiva, a saber, la venta judicial de la vivienda arrendada por el prestamista y acreedor anticrético para recuperar el importe que le adeuda el prestatario. Para ello, el prestamista tiene un procedimiento previsto en el artículo 1884 CC. El acreedor anticrético no tiene un verdadero *ius distrahendi*<sup>58</sup>, equiparable al que tiene el acreedor hipotecario y el acreedor pignoraticio. Lo que procede, conforme con el artículo 1884-1, frase segunda, es la venta judicial. Según su dicción literal, no se admite un pacto de venta extrajudicial<sup>59</sup>. La venta judicial constituye el acto procesal de apremio más generalmente admitido para la conversión en dinero de bienes del deudor y su entrega al ejecutante en pago de su crédito<sup>60</sup>. La ejecución forzosa no supone la extinción del arrendamiento de

vivienda sujeto a la LAU cuando se cumplen los presupuestos del artículo 13.1-1 y 13.1-2, frase segunda<sup>61</sup>.

La ventaja de que la anticresis, que es objeto de nuestro estudio, se otorgue en escritura pública, es que se puede exigir directamente la ejecución solicitando el embargo de la vivienda dada en garantía por la deuda pendiente, de acuerdo con los artículos 517, 581 y 656 LEC.

En el Código civil catalán se admite, además, por remisión del artículo 569-26, la venta directa (art. 569-5.4, letra d)<sup>62</sup> y la subasta notarial (art. 569-20.4) del inmueble —la vivienda dada en garantía— a instancia del acreedor anticrético (*vid.* también, por este orden, los arts. 569-2.2, 569-2.1 y 569.8)<sup>63</sup>. Para optar por estas vías de ejecución es necesario un requisito, a saber, que se haya inscrito el derecho de anticresis en el Registro de la Propiedad (art. 569-8.1). Cabe concluir, conforme al Derecho civil catalán, que el acreedor anticrético tiene a su favor un verdadero derecho de realización del valor. En consecuencia, el derecho real de anticresis como garantía es un poco más atractivo que en el Derecho nacional.

## 12. LA POSICIÓN DEL ACREEDOR ANTICRÉTICO EN RELACIÓN CON OTROS ACREEDORES

Habida cuenta de que en la ejecución singular rigen los principios de legalidad, especialidad e imperatividad, no cabe conceder, según el Código civil, ninguna preferencia al crédito anticrético, a diferencia del crédito hipotecario (cfr. art. 1923-3.º). Como tampoco el Código civil catalán, a tenor del artículo 569.2-4.

Por lo que respecta a la ejecución universal, según el artículo 270 TRLC, se les reconoce a los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado, el carácter de crédito con privilegio especial (ordinal segundo), después de los créditos garantizados con hipoteca legal o voluntaria, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados (ordinal segundo). Este privilegio especial que se concede al acreedor anticrético frente otros acreedores que no sean acreedores hipotecarios y pignoraticios no está exento de problemas interpretativos, y que son los mismos que en el supuesto que analizamos. Por su específica complejidad, nos remitimos a la doctrina más autorizada<sup>64</sup>.

## 13. LA CESIÓN DE DERECHOS DEL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO

El acreedor anticrético puede ceder a cualquier otra entidad o a un tercero los derechos económicos derivados del contrato de crédito anticrético o su posición contractual en el mismo (cfr. art. 1528 CC). La cesión deberá hacerse en escritura

pública, al igual que se hizo anteriormente de acuerdo con la DA 13.<sup>a</sup> LCCI. Sería muy oportuno, en aras de una mayor protección del deudor anticrético, que se insertara una cláusula obligando al acreedor anticrético a que notificara la cesión de rendimiento de las personas físicas, siendo a cargo del deudor anticrético<sup>65</sup>.

#### 14. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CRÉDITO ANTICRÉTICO

El contrato de crédito anticrético puede extinguirse por cualquier causa. Puede ser por cumplimiento de las obligaciones de las partes, que es el normal de los casos, habiendo llegado el contrato de crédito anticrético a su término. La amortización total de la deuda se obtiene mediante las rentas obtenidas por el alquiler de la vivienda dada en garantía. También es causa de extinción por incumplimiento de cualquiera de las partes instando la acción resolutoria *ex artículo* 1124 CC (p. e., en el caso de que el rendimiento neto sea negativo y el deudor anticrético no pague lo que debe). Es importante respetar la duración del contrato porque es en ese período durante el cual debe cumplir la función asignada, esto es, el pago de una cantidad periódica para sufragar los gastos de alojamiento en una residencia de mayores o de asistencia domiciliaria.

Se puede pactar, no obstante, la cancelación anticipada del crédito anticrético a instancia del beneficiario<sup>66</sup>.

El vencimiento de la obligación de devolver el crédito dispuesto se establece, por norma general, en el momento en que haya transcurrido el plazo establecido, o en el momento del fallecimiento del prestatario. Una cláusula de vencimiento anticipado prevista en el contrato de crédito anticrético con este fin puede hacer ilusoria la confianza que el deudor anticrético haya puesto en este instrumento de financiación. Al menos, tiene a su favor el régimen de vencimiento anticipado, de naturaleza imperativa, previsto en el artículo 24 LCCI<sup>67</sup>, que, en principio, es también aplicable al contrato de crédito anticrético (así, se colige del ap. uno). El vencimiento anticipado puede afectar tanto a la obligación de pago del capital como de los intereses. Cualquier cláusula de vencimiento anticipado contraria a este precepto es nula no por ser abusiva, sino por ilegal (ap. dos). Ahora bien, ésta podría adaptarse, no obstante, a las particularidades del contrato de crédito anticrético a favor de una persona declarada dependiente. Es más, habría que preguntarse si realmente tiene sentido una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de crédito anticrético. Si el acreedor anticrético no obtiene frutos del inmueble no es por una causa imputable al deudor anticrético. La obtención de frutos es un riesgo que debe asumir el acreedor anticrético. No sin razón, el contrato de crédito anticrético es un contrato aleatorio<sup>68</sup>.

Con la muerte de la persona declarada dependiente se extingue la anticresis atendiendo a la función que tiene, pero no así el contrato de crédito, en el que se subrogarán sus herederos. Se podría prever mediante la oportuna cláusula la extinción de la anticresis por la muerte del deudor anticrético, o la cancelación en caso de estar inscrito la anticresis en el Registro la Propiedad. Para el caso de que queden pendientes deudas, se procederá a la correspondiente liquidación. Dijimos más arriba que el arrendamiento de vivienda subsiste aun cuando se haya extinguido la anticresis si la duración es superior al plazo fijado para la anticresis. Mientras no se subroguen los herederos del causante en el contrato de arrendamiento de vivienda, el prestamista puede mantener la posesión de la vivienda arrendada para, en su caso, cubrir con los rendimientos que se obtengan lo que quede por pagar (no son de aplicación, en este caso, los arts. 1881 y 1882 CC). El rendimiento neto positivo que no obstante obtuviera el deudor anticrético y causante entrará en el haber hereditario de sus herederos. Ciertamente, no hay ninguna previsión legal para este supuesto, a diferencia de la hipoteca inversa cuando muere el prestatario o el beneficiario<sup>69</sup>.

El acreedor anticrético deberá restituir cuando antes la posesión de la vivienda cuando se extingue el contrato de crédito anticrético, pudiendo ser oportuno que las partes fijasen un plazo máximo de entrega de la vivienda<sup>70</sup>.

Con la extinción del contrato de crédito habrá que solicitar la cancelación del asiento registral en el caso de que estuviese inscrito el derecho anticrético en el Registro de la Propiedad. Por lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados y de los gastos notariales y registrales, se debe estar, respectivamente, a los apartados siete, ocho y nueve de la DA 1.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007 a la que remite la DA 13.<sup>a</sup> LCCI.

## VI. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

I. Entre los instrumentos jurídicos privados específicos de conversión de activos inmobiliarios para financiar la estancia en una residencia de mayores o la asistencia domiciliaria ha nacido, no hace mucho, una nueva figura. Nos referimos al contrato de crédito anticrético con fines asistenciales al que alude la DA 13.<sup>a</sup> LCCI. Esta disposición no regula este contrato de crédito anticrético, sino que establece solo un régimen de contribuciones y gastos más beneficioso para cuando este contrato se otorga en escritura pública.

II. Surge la obligada pregunta de si este instrumento de conversión de un activo inmobiliario, esto es, la vivienda cuya posesión se entrega al prestamista y acreedor anticrético para garantizar el préstamo, ofrece algunas ventajas que otros instrumentos financieros no proporcionan, como, p. e., la hipoteca inversa.

III. Probablemente la principal ventaja es que el deudor anticrético puede disponer cuanto antes del capital prometido —desembolso inicial de una suma de dinero que se entrega por meses— asegurado mediante la anticresis, al menos desde el momento del otorgamiento de la escritura pública, que es cuando se aplica el régimen de los gastos previstos en la DA 1.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007, sin tener que esperar a la inscripción del derecho real de anticresis en el Registro de la Propiedad.

IV. Otra ventaja para el prestatario, al menos inicial, es que, por regla general, la devolución del total importe, más los intereses y comisiones, se hace de una sola vez, una vez transcurrido el plazo del vencimiento pactado, o antes cuando tenga lugar el fallecimiento del prestatario.

V. Se puede entregar cualquier vivienda, que, por norma general, no es la habitual.

VI. Puede resultar ventajoso que por el arrendamiento de la vivienda cedida al prestamista se obtenga un rendimiento económico, cuyo importe vendrá destinado al pago de las cargas y contribuciones relacionadas con el inmueble, así como al pago de los intereses remuneratorios y a la amortización del capital del que el prestatario ha dispuesto. Con un poco de suerte, el prestatario puede ser al final acreedor de un crédito, una vez deducidos los gastos y los intereses devenidos, y amortizado el capital.

VII. Como en toda anticresis, también este contrato de crédito anticrético tiene un cierto carácter aleatorio, ya que no existe ninguna garantía de que la vivienda sea arrendada o que el arrendamiento concertado con un tercero sea estable. El deudor anticrético es totalmente ajeno al contrato de arrendamiento de la vivienda. La gestión del arrendamiento corresponde exclusivamente al acreedor anticrético. Ello añade una cierta complejidad que en otros instrumentos de conversión de activos inmobiliarios no se da.

VIII. El contrato de crédito anticrético al que se refiere la DA 13.<sup>a</sup> LCCI está sujeto a las normas proteccionistas que esta Ley dispensa al deudor anticrético, con algunas particularidades. El control que ejerce el notario en el momento del otorgamiento de la escritura pública garantiza los derechos del deudor anticrético.

IX. El nuevo régimen del derecho de anticresis en el Código civil catalán hace más atractiva esta garantía real que en el Derecho civil común. Seguramente por ello, el contrato de crédito anticrético objeto de nuestro estudio está teniendo una cierta aceptación en tierras catalanas.

X. Finalmente, señalar que la DA 13.<sup>a</sup> LCCI menciona un tipo de crédito anticrético asistencial, pero puede haber otros que quedan fuera de la cobertura de esta Ley. Incluso no hay ninguna obligación en el Derecho común de concertar este crédito anticrético conforme a la disposición adicional citada. No es necesaria la escritura pública, y menos aún la inscripción en el Registro de la Propiedad. Ello crea una inseguridad jurídica que no es deseable, al contrario de la hipoteca

inversa, que es mucho más garantista. Surge, efectivamente, la duda entonces de cuál es el régimen jurídico aplicable a estas otras anticresis asistenciales.

XI. Cabría también revisar en qué medida la anticresis como instrumento jurídico-privado de financiación pudiera servir para agilizar el mercado de vivienda, pero esto es otro capítulo que necesitaría de un estudio independiente.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGSJyFP de 15 de marzo de 2021, BOE 28 de abril de 2021.
- RDGSJyFP de 13 de noviembre de 2021, BOE 20 de diciembre de 2021.
- RDGSJyFP de 13 de julio de 2022, BOE 2 de agosto de 2022.
- RDGSJyFP de 18 de julio de 2022, BOE 4 de agosto de 2022.
- Resolución de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de Cataluña de 13 de abril de 2022, Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña el 2 de mayo de 2022.
- STJUE 9 de febrero de 2023, RCLI:C:2023:78
- STJUE 16 de marzo de 2023, asunto C565/2, ECLI:EU:C:2023:21.
- STS de 6 de diciembre de 2009, ECLI:TS:8466.
- STS de 5 de abril de 2017, RJ 2669,
- STS de 23 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:102.
- STS de 11 de septiembre de 2019, RJ 3343.
- Informe 10/2017 emitido por la Comisión de Consultas Doctrinales del Colegio de Registradores sobre el proyecto “Pensium” de contrato de crédito con garantía de anticresis.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2020). *Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario*. En K. J. Albiez Dohrmann/M.<sup>a</sup> L. Moreno-Torres Herrera (coords.). *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas (Madrid). Ed. Wolters Kluwer, 69-183.
- (2021). *Los préstamos profesionales inmobiliarios*. En J. L. Pérez-Serrabona González/ F. J. Pérez-Serrabona González (dirs.). *Contratación privada, empresa y responsabilidad*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 675-700.
- ALEGRE DE MIQUEL, J. (2017). *Derecho de anticresis: naturaleza y función*. Barcelona. Ed. Atelier.
- ANDERSON, M. (2021). *Fórmulas anticréticas para financiar la dependencia*. En M. Anderson, M. *et alii* (dirs.). *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea*. Madrid. Ed. Marcial Pons, 161-194.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código civil*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.

- CABANAS TREJO, R. (2020). Objeto y ámbito de aplicación de la Ley. En L. Prats Albentosa (dir.). *Ley de Contratos de Crédito inmobiliario. Estudios y Comentarios*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas Thomson Reuters, 77-123.
- COLÁS ESCANDÓN, A. M.<sup>a</sup> (2013). Comentario del artículo 13 de la LAU. En R. Bercovitz Rodríguez Cano. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 472 ss.
- CORDERO LOBATO, E. (2013). Comentario del artículo 1881 CC. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentarios al Código civil*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 12852-12853.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2012). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomo VI. *Derechos reales*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas, 535 ss.
- GARCÍA-GRANERO FEZ, J. (1945). Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis. *RCDI*, 457-478.
- GUTIÉRREZ PEÑA, I. (2004). *El derecho de anticresis en el Código civil español*. Madrid.
- HERNÁNDEZ MORENO, A. (1991). Comentario del artículo 1881 CC. En C. Paz-Ares Rodríguez et alii (dirs.). *Comentario del Código Civil*, tomo II. Madrid. Ministerio de Justicia, 1926-1929.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). *La hipoteca inversa*. Fundación Registral.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, S. (2023). Declaradas abusivas nueve cláusulas predispuestas para un fondo en un contrato de arrendamiento de vivienda, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 1 ss.
- MATEO Y VILLA, I. (2014). *El Derecho de Retención*, con prólogo de A. Núñez Iglesias. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- PRETEL SERRANO, J. J. (2020). La anticresis. En F. Rivera Fernández, F. et alii (dirs.). *Lecciones de Derecho Privado*, tomo III. Madrid. Ed. Tecnos, 513-519.
- QUESADA PÁEZ, A. (2014). *Soluciones jurídico-privadas al problema de la dependencia*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (2020). Exégesis del artículo 24 de la Ley de Contratos de crédito inmobiliaria (LCCI). En K. J. Albiez Dohrmann/M.<sup>a</sup> L. Moreno-Torres Herrera. *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas (Madrid). Ed. Wolters Kluwer, 475-527.
- SABATER SABATÉ, J. (2017). *La venta judicial de inmuebles*. Barcelona. Ed. J. M. Bosch.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2013). *La hipoteca inversa en el Derecho español*, prólogo de C. Martínez de Aguirre Aldaz, C. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas Thomson Reuters.
- SIMÓN MORENO, H. (2018). *La optimización de la hipoteca inversa desde la perspectiva europea y norteamericana*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.
- TENZA LLORENTE, M.<sup>a</sup> (2022). *La tutela del deudor y del garante hipotecario en la contratación de préstamos inmobiliarios*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- ZURITA MARTÍN, I. (2020). La tasación de los bienes inmuebles. En K. J. Albiez Dohrmann/M.<sup>a</sup> L. Moreno-Torres Herrera. *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas (Madrid). Ed. Wolters Kluwer, 293-312.

## NOTAS

<sup>1</sup> La justificación del Gobierno para incorporar esta DA en la LCCI es la que sigue: “La disposición adicional séptima de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, dispone que, a fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen en la Ley, se promoverá la regulación del tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia. Hacer líquido el valor de las viviendas mediante nuevas fórmulas financieras puede contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tiene España y la mayoría de países desarrollados: la necesidad de incrementar las ventas durante los últimos años de la vida. El sistema de anticipo de alquileres mediante un crédito con garantía de anticresis es una fórmula que permite hacer frente al pago de las necesidades asistenciales de las personas dependientes y permite amortizar el crédito con los rendimientos netos que producen las viviendas garantes como propiedad de las personas mayores o de su entorno familiar. En una de las formulaciones actuales se puede, además, proteger el patrimonio de la persona mayor si junto al sistema de anticipo de alquileres, los acreedores renuncian a la ejecución de la vivienda y limitan la recuperación de la deuda, exclusivamente a la obtención de alquileres, incrementando el parque de viviendas en alquiler. Los alquileres presentes y futuros que producen dichas viviendas sirven de garantía y de instrumento de pago de los créditos y así se consigue aumentar la renta de las personas mayores y ofrecen un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales. La posibilidad de anticipar las rentas futuras de las viviendas y destinarlas a satisfacer las necesidades de la dependencia tienen el consiguiente efecto positivo sobre el bienestar de las personas mayores y sus familias que pueden hacer frente a los costes económicos sobrevenidos de los cuidados de la persona mayor dependiente. Con el objetivo de reducir las cargas impositivas y los costes de la instrumentación jurídica a las personas dependientes y sus familias cuando obtienen liquidez de sus inmuebles en propiedad, le serán también de aplicación las mejoras de tratamiento impositivo y arancelario establecido para las hipotecas inversas”.

<sup>2</sup> Una de las entidades de las que se tiene conocimiento que propone este contrato de financiación es Pensium, una sociedad limitada con sede social en Cataluña.

<sup>3</sup> En su tesis doctoral, GUTIÉRREZ PEÑA, subraya su escasa importancia social y su falta de arraigo en la práctica. La imagen que de ella se ha perpetuado y circula en la comunidad jurídica es que se trata de una figura legal sin posibilidad de aprovechamiento eficaz, aunque este autor entiende que no es una valoración certera (I. GUTIÉRREZ PEÑA (2004). *El derecho de anticresis en el Código civil español*. Madrid, 130). Su deficiente regulación institucional en el Código civil la hace vivir por debajo de sus posibilidades jurídicas, pues su sentido y alcance no aparecen en dicho cuerpo legal enteramente claro (idem). Ello en contraste con el Código civil catalán, en donde se ha modernizado el derecho real de anticresis.

<sup>4</sup> Propuesta de Código civil, 2018, 157.

<sup>5</sup> PRETEL SERRANO (2020), en la lección dedicada a la anticresis, relata un caso práctico de una anticresis asistencial, concretamente en garantía de un crédito para hacer frente a los gastos que se derivarán del ingreso de una persona en una residencia para personas de la tercera edad (J. L. PRETEL SERRANO. (2020). La anticresis. En F. Rivera Fernández, F. *et alii* (dirs.). Lecciones de Derecho Privado, tomo III. Madrid. Ed. Tecnos, 517-518). Se hace eco de esta específica figura —que al parecer tiene una mayor aceptación en Cataluña— M. ANDERSON (2021). Fórmulas anticréticas para financiar la dependencia. En M. Anderson, M. *et alii* (dirs.). *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho*

de la Unión Europea. Madrid. Ed. Marcial Pons, 162-164). Este contrato de crédito anticrético ha llegado a ser calificado por la Resolución de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de Cataluña, dictada con fecha de 13 de abril de 2022 y publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña el 2 de mayo de 2022.

<sup>6</sup> Vid. I. SÁNCHEZ-VENTURA MORER. (2013). *La hipoteca inversa en el Derecho español*, prólogo de C. Martínez de Aguirre Aldaz, C. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas Thomson Reuters, 70 ss; H. SIMÓN MORENO (2018). *La optimización de la hipoteca inversa desde la perspectiva europea y norteamericana*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 65 ss.); A. QUESADA PÁEZ (2014). *Soluciones jurídico-privadas al problema de la dependencia*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 69 ss.; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO (2009). *La hipoteca inversa*. Fundación Registral, 17 ss. En ninguno de estos estudios se menciona la anticresis con fines asistenciales.

<sup>7</sup> SIMÓN MORENO, 2018, 168.

<sup>8</sup> J. ALEGRE DE MIQUEL (2017). *Derecho de anticresis: naturaleza y función*. Ed. Atelier, 276 ss.). Mencionado por ANDERSON, 2021, 182 ss. Viene regulado en el Código civil catalán en el artículo 561-3.2, letra c).

<sup>9</sup> Por citar uno de los trabajos recientes, *vid.* ANDERSON, 2021, 164-166. Para una visión global de las distintas posturas en el Derecho común, por todos, L. DÍEZ-PICAZO (2012). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomo VI. Derechos reales. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas, 535 ss. Este gran civilista sigue, principalmente, a J. GARCÍA-GRANERO FERÁNDEZ (1945). Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis, RCDI, 457 ss. DÍEZ-PICAZO, después del recorrido por las distintas posiciones doctrinales, afirma que, aunque “la cosa sigue siendo dudosa, hay que decantarse a favor de la consideración del derecho anticrético como un derecho real”. Una posición claramente contraria a la anticresis de considerarla como un derecho real de garantía, entre otros, A. HERNÁNDEZ MORENO(1991). Comentario del artículo 1881 CC. En C. Paz-Ares Rodríguez *et alii* (dirs.). *Comentario del Código Civil*, tomo II. Madrid. Ministerio de Justicia, 1926-1929. En la misma línea, E. CORDERO LOBATO (2013). Comentario del artículo 1881 CC. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir). *Comentarios al Código civil*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 12852.

<sup>10</sup> GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 177.

<sup>11</sup> ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 138 ss.

<sup>12</sup> GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 325 ss.; ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 213.

<sup>13</sup> *Vid.* la escritura objeto de calificación en la Resolución de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de Cataluña, dictada con fecha de 13 de abril de 2022 y publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña el 2 de mayo de 2022. En la escritura se renuncia a la realización del valor ya que en el Derecho civil catalán el acreedor anticrético si tiene a su favor la realización del valor del inmueble dado en garantía (art. 569-23), derecho al cual puede, no obstante, renunciar.

<sup>14</sup> Sobre la renuncia de la venta en la anticresis, ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 237-239.

<sup>15</sup> Antes de esta reforma de la LCCI hubo alguna controversia sobre si era de aplicación la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. En el Informe 10/2017 emitido por la Comisión de Consultas Doctrinales del Colegio de Registradores sobre el proyecto “Pensium” de contrato de crédito con garantía de anticresis, se dice que el contrato que es objeto de dictamen no está sujeto necesariamente a lo previsto en la Ley 16/2011, si bien las partes pueden voluntariamente sujetar el contrato a esta Ley. En el mismo dictamen se analiza la aplicación, en su caso, de la Ley 2/2009, de 31 de marzo y de la DA 1.ª de la Ley 41/2007.

Las reflexiones que se recogen siguen teniendo interés para aquellos contratos anticréticos asistenciales que no cumplen con los requisitos de la DA 13.<sup>a</sup> LCCI.

<sup>16</sup> Ya antes, ANDERSON defendía la no aplicación de la LCCI a este producto financiero, 2021, 188.

<sup>17</sup> TENZA LLORENTE, aun cuando reconoce la similitud de la anticresis asistencial con la hipoteca inversa, defiende la aplicación de la LCCI, si bien tampoco niega la aplicación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores y usuarios de préstamos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamos o crédito, si se cumplen los demás requisitos (M.<sup>a</sup> TENZA LLORENTE (2022). *La tutela del deudor y del garante hipotecario en la contratación de préstamos inmobiliario*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 266). PRETEL SERRANO, (2021, 517-518) también defiende su aplicación a este tipo de anticresis, 518). PRETEL SERRANO también defiende su aplicación a este tipo de anticresis, 2021, 517-518. En contra, sin embargo, ANDERSON, 189.

<sup>18</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2020). *Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario*. En K. J. Albiez Dohrmann/M.<sup>a</sup> L. Moreno-Torres Herrera (coords.). *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas Madrid. Ed. Wolters Kluwer, 141. TENZA LLORENTE, 2022, 265; R. CABANAS TREJO(2020). Objeto y ámbito de aplicación de la Ley. En L. Prats Albentosa (dir.). *Ley de Contratos de Crédito inmobiliario. Estudios y Comentarios*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas Thomson Reuters, 102.

<sup>19</sup> El estudio más completo es de ALEGRE DE MIQUEL, quien, en su monografía, se centra preferentemente en el Derecho civil catalán.

<sup>20</sup> *Vid.* el art. 5.1, letra a, del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera. Así, como la legislación autonómica.

<sup>21</sup> SÁNCHEZ-VENTURA MORER, 2013, 211.

<sup>22</sup> “1. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes, por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud.

2. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que tenga VIH/SIDA u otras condiciones de salud”.

<sup>23</sup> *Vid.* K. J. ALBIEZ DOHRMANN (2021). Los préstamos profesionales inmobiliarios. En J. L. Pérez-Serrabona González/ F. J. Pérez-Serrabona González (dirs.). *Contratación privada, empresa y responsabilidad*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 675 ss.

<sup>24</sup> Para A. HERNÁNDEZ MORENO solo caben estas dos figuras. Este autor es contrario a concebir la anticresis como un derecho real. (A. HERNÁNDEZ MORENO (1991). Comentario del artículo 1881 CC. En C. Paz-Ares Rodríguez et alii (dirs.). *Comentario del Código Civil*, tomo II. Madrid. Ministerio de Justicia, 929).

<sup>25</sup> Sobre la información previa a la constitución de una hipoteca inversa, *vid.* los artículos 32 *septies* a 32 *duocesis* de la Orden EHA/2899/2011.

<sup>26</sup> Las entidades de crédito “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 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” (DA 1.<sup>a</sup> 4 de la Ley 41/2007).

Recomendación que en su día hizo el Informe 10/2017 (citado en la nota 16).

<sup>27</sup> *Vid.* el artículo 11.2 del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril.

<sup>28</sup> Es objeto de calificación de la Resolución de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de Cataluña, dictada con fecha de 13 de abril de 2022 y publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña el 2 de mayo de 2022. Incomprensiblemente, la registradora que califica el contrato de crédito anticrético para financiar el coste de determinadas obras, gastos, impuestos y cuidados asistenciales del acreditado —quien había entregado en garantía una vivienda de su propiedad— suspende la inscripción porque el acreditado no había comunicado al prestamista la facultad concedida a él en una cláusula de querer desistir del contrato. Recuerda la Resolución que el derecho de desistir presupone que el contrato de crédito anticrético ya se ha celebrado (art. 1262 CC), como así fue. Es a partir de este momento, y no antes, cuando el deudor anticrético puede desistir. Es una facultad que corresponde ejercer a él. En el caso concreto, se optó por no desistir. Se estimó, por tanto, el recurso contra la calificación registral.

<sup>29</sup> *Vid.* Informe 10/2017 (citado en la nota 15).

<sup>30</sup> ECLI:EU:C:2023:212.

<sup>31</sup> ECLI:ES:TS:2019:102.

<sup>32</sup> Informe 10/2017 (citado en la nota 16).

<sup>33</sup> *Vid.*, por todos, sobre la vivienda habitual como requisito de la hipoteca inversa, SÁNCHEZ-VENTURA MORER, 2013, 261-270; SIMÓN MORENO, 2018, 117-120.

<sup>34</sup> Así también cuando se constituye una hipoteca inversa, MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2009, 84.

<sup>35</sup> Previsto expresamente en el Derecho civil catalán, en el artículo 569.25.2 de su Código civil. *Vid.* ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 149.

<sup>36</sup> *Vid.* DA 1.<sup>a</sup> 1, letra d), de la Ley 41/2007.

<sup>37</sup> *Vid.* artículo 13 LCCI.

<sup>38</sup> Sobre la exigencia o no de la tasación del inmueble que va a ser hipotecado, *vid.* la reciente Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (BOE 26 de julio de 2021).

<sup>39</sup> Sobre la conveniencia de la existencia de una obligación legal de tasar con carácter general cuando se constituyen hipotecas inmobiliarias, I.ZURITA MARTÍN (2020). La tasación de los bienes inmuebles. En K. J. Albiez Dohrmann/M.<sup>a</sup> L. Moreno-Torres Herrera. *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas (Madrid). Ed. Wolters Kluwer, 298-299.

<sup>40</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2009, 89.

<sup>41</sup> *Vid.* DA 1.<sup>a</sup> 1, letra d, de la Ley 41/2007.

<sup>42</sup> GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 177.

<sup>43</sup> A favor, GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 195; ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 161.

<sup>44</sup> Analizado por GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 195 ss.

<sup>45</sup> *Vid.* S. MARTÍNEZ GÓMEZ (2023). Declaradas abusivas nueve cláusulas predispuestas para un fondo en un contrato de arrendamiento de vivienda, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 1 ss.

<sup>46</sup> ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 171. En cuanto al pago de las contribuciones especiales, *idem* (172-176).

<sup>47</sup> Por todos, A. M.<sup>a</sup> COLÁS ESCANDÓN (2013). Comentario del artículo 13 de la LAU. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 472 ss.

<sup>48</sup> GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 187; ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 158. Cfr. el artículo 511.3 Código civil de Cataluña en el que se dice que el fruto son los productos y los rendi-

mientos. Así también el artículo 321-5.2-3 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil (2018).

<sup>49</sup> ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 172.

<sup>50</sup> *Vid.* sobre el particular, ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 187-189.

<sup>51</sup> ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 166-168.

<sup>52</sup> Informe 10/2017 (citado en la nota 15).

<sup>53</sup> ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 169-170.

<sup>54</sup> Sobre esta cuestión en particular, *vid.* I. MATEO Y VILLA, (2014). *El Derecho de Retención*, con prólogo de A. Núñez Iglesias. Cizur Menor (Navarra). Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 199-201.

<sup>55</sup> A diferencia de la hipoteca inversa. Según la DA 1.ª 5-2 de la Ley 41/2007: “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”.

<sup>56</sup> ANDERSON dice que esta cláusula raya en la «abusividad», 2021,190.

<sup>57</sup> Se puede traer aquí a colación la STS de 6 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TS:8466). En ella se afirma: “No cabe condicionar a un hipotecante —dícese deudor anticrético— con una prohibición de enajenar, ni la transmisión de la finca convierte al adquirente (tercer poseedor en la terminología al uso) en deudor-prestatario; Solo es responsable con el bien hipotecado —dícese la vivienda dada en garantía al acreedor anticrético—, además, en la medida de la hipoteca —dícese anticresis—. Y por otra parte, el deudor prestatario no puede liberarse de la deuda mediante su transmisión a un tercero —que la asume— sin el consentimiento del prestamista acreedor. Que la autorización de éste es necesaria para la sustitución del deudor en el préstamo hipotecario no ofrece duda, pero no se debe confundir con la responsabilidad, que no deuda —se insiste—, que por la hipoteca adquiere el que compra una finca hipotecada. Por otra parte, el distinto tratamiento jurídico de la cesión de crédito y de la asunción de deuda liberatoria se explica por la diferente trascendencia que pueden tener las condiciones de solvencia del “adquirens” (FD 13).

<sup>58</sup> ALEGRE DE MIGUEL, 2017, 245; en contra GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 220.

<sup>59</sup> ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 242.

<sup>60</sup> SABATER SABATÉ, J. (2017). *La venta judicial de inmuebles*. Barcelona. Ed. J. M. Bosch, 27.

<sup>61</sup> *Vid.* la STS 1 de marzo de 2021 (RA 906) sobre la interpretación del artículo 13 LAU/2013 y su evolución normativa y jurisprudencial sobre el régimen de la resolución del derecho del arrendador en los casos de enajenación forzosa de la finca arrendada.

<sup>62</sup> Estudiado por ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 251-258. *Vid.* también ANDERSON y su crítica al régimen de la subasta notarial, 2021, 167-169.

<sup>63</sup> ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 258-262.

<sup>64</sup> Entre otros, ALEGRE DE MIQUEL, 2017, 267-268; ANDERSON, 2021, 170-173; en cuanto a la preferencia sobre el inmueble, la misma autora, 2021, 173-180.

<sup>65</sup> Por el contrario, en la hipoteca inversa la renta obtenida a través de una hipoteca inversa es neutral en el IRPF, así que ni sumará a la base imponible de los ingresos del año ni deducirá ninguna cantidad.

<sup>66</sup> *Vid.* la STJUE 9 de febrero de 2023 (ECLI:EU:C:2023:78) sobre el reembolso anticipado por el deudor. Según la resolución judicial, no se le reembolsan los gastos de tramitación que no dependen de la duración del crédito sujeto a la Directiva 2014/17/UE.

<sup>67</sup> Es de obligada lectura el análisis certero y amplio sobre la imperatividad de la norma, J. M. RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (2020). Exégesis del artículo 24 de la Ley de Contratos de crédito inmobiliaria (LCCI). En K. J. Albiez Dohrmann/M.<sup>a</sup> L. Moreno-Torres Herrera. *Contratos de préstamo inmobiliario*. Las Rozas Madrid. Ed. Wolters Kluwer, 475 ss.).

<sup>68</sup> GUTIÉRREZ PEÑA, 2004, 291 ss. El Informe 10/2007, citado en la nota 15, niega, sin embargo, el carácter aleatorio de este contrato financiero.

<sup>69</sup> Dispone el apartado 5-1 de la DA 1.<sup>a</sup> de la Ley 41/2007: “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”.

<sup>70</sup> Así en el Informe 10/2017 (citado en la nota 15).

*Trabajo recibido el 25 de abril de 2023 y aceptado  
para su publicación el 10 de julio de 2023*