

Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa

por

MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ
Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONTEXTO SOCIAL.
- III. DEFINICIÓN DE LA FIGURA: DIFERENCIAS CON LA HIPOTECA ORDINARIA.
- IV. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA:
 1. ELEMENTOS PERSONALES:
 - A) *Deudor hipotecante: requisitos.*
 - B) *Hipotecante no deudor. Beneficiario.*
 - C) *Tercer poseedor.*
 - D) *Constitución unilateral.*
 - E) *Acreeedor hipotecario.*
 2. ELEMENTOS REALES.
 3. ELEMENTOS FORMALES.
- V. LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA:
 1. DETERMINACIÓN.
 2. POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN.
 3. EXIGIBILIDAD.
 4. EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA EN CUANTO A LOS INTERESES.
- VI. SEGURO ASOCIADO A LA HIPOTECA INVERSA.
- VII. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: TRANSPARENCIA Y ASESORAMIENTO INDEPENDIENTE.

VIII. OTRAS FIGURAS AFINES: RENTA VITALICIA. CONTRATO DE ALIMENTOS:

1. RENTA VITALICIA. CONCEPTO, NATURALEZA Y ELEMENTOS.
2. CONTRATO DE ALIMENTOS. CONCEPTO, NATURALEZA Y ELEMENTOS.
3. GARANTÍA REAL DE ESTOS DERECHOS:
 - A) *Hipoteca. Su diferencia de la hipoteca inversa.*
 - B) *Condición resolutoria.*
4. DERECHOS FORALES.

IX. FIGURAS ALTERNATIVAS.

X. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA.

XI. OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS:

1. LA HIPOTECA INVERSA EN ESTADOS UNIDOS:
 - A) *Dominio de HECM.*
 - B) *Requisitos para solicitar HECM.*
 - C) *Opciones de pago.*
 - D) *Exigibilidad de la deuda.*
 - E) *Desistimiento unilateral.*
 - F) *HECM versus otras hipotecas inversas.*
2. LA HIPOTECA INVERSA EN FRANCIA.

XII. VALORACIÓN CRÍTICA.

XIII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La realidad social de nuestro país, en el que la esperanza de vida se va prolongando, nos muestra que muchas personas en la tercera edad o jubiladas, aunque son propietarios de viviendas en las que han invertido durante su vida, no poseen ingresos económicos suficientes para cubrir sus necesidades o no puedan mantener el nivel de vida al que estaban acostumbrados cuando estaban en activo. Precisamente para este colectivo se ha regulado la hipoteca inversa. Así, en los debates parlamentarios acerca de la modificación del mercado hipotecario, se consideró necesario introducir la figura de las hipotecas inversas con la intención de disponer de un instrumento moderno en la legislación de regulación del mercado hipotecario y de un principio jurídico de referencia en relación con las hipotecas inversas.

Esta modalidad de hipoteca, que se viene desarrollando desde hace tiempo en otros ordenamientos jurídicos, consiste en obtener una renta de la vivienda sin renunciar a seguir haciendo uso de la misma. A diferencia de lo que sucede con otras figuras como la renta vitalicia, una de las características más destacables es que por la mera constitución de la hipoteca no se

produce la transmisión de la propiedad, puesto que el prestamista no se convierte en propietario de la vivienda, sino que el perceptor de la renta sigue conservando su pleno dominio sobre ella. En la hipoteca inversa encontramos una forma de cubrir las necesidades económicas de las personas mayores, que podrán hacer uso de los recursos acumulados a lo largo de una vida de esfuerzo.

La regulación de la hipoteca inversa se introduce por vez primera en el ordenamiento español en la Disposición Adicional 1.^a 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. Como se observa, el propio título de la Ley hace referencia directa a la hipoteca inversa. Esta regulación expresa surge como consecuencia de la dificultad de conseguir sus mismos objetivos, sin coste fiscal, por vía de hipoteca en garantía de prestaciones periódicas o por vía de renta vitalicia, que exigiría la transmisión del inmueble que se trata de evitar. A juicio de GÓMEZ GÁLIGO («La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *RCDI*, núm. 702, julio-agosto de 2007, pág. 1688), el tratamiento fiscal, arancelario y bancario va a impulsar esta figura, permitiendo una utilización efectiva que no ofrecía la hipoteca en garantía de rentas o la renta vitalicia.

Esta nueva regulación del mercado hipotecario ha incluido una importante reforma de la legislación hipotecaria, bajo el lema de mejora y flexibilización del mercado hipotecario, siendo una de las de mayor calado desde la reforma de 1944-46. La novedad de esta Ley, con la repercusión que conlleva en la normativa hipotecaria y la introducción de esta figura novedosa en nuestro sistema es lo que nos ha impulsado a la elaboración de este artículo.

II. CONTEXTO SOCIAL

En el contexto social del que parte la ley destacan los siguientes factores: aumento de la esperanza de vida, cambio en la estructura familiar tradicional, disminución del poder adquisitivo de los jubilados y la muy elevada proporción de propietarios de vivienda en España. Así, existe un amplio colectivo de personas de la tercera edad que, pese a tener una vivienda completamente pagada, se encuentran en una situación complicada en términos financieros, ya que no pueden obtener de ella rendimiento económico porque ningún banco les concedería una hipoteca. Estos jubilados tienen pensiones que, por regla general, suponen un descenso en sus ingresos netos. Del mismo modo en la nueva regulación legal se ha tenido en cuenta otro colectivo sobre el que existe una especial sensibilidad como son las personas dependientes.

Para este sector de la población que tiene dificultades económicas y que tiene patrimonios que no pueden utilizar para complementar sus ingresos, se ha regulado la hipoteca inversa que va a permitir a las personas que lleguen a una determinada edad (más de sesenta y cinco años) o a las personas dependientes, hacer líquido el valor de su vivienda. Consiste en un complemento a los ingresos que transforma la vivienda en dinero a través de un crédito con garantía hipotecaria. Con este producto financiero se pretende proporcionar un instrumento jurídico-económico dirigido a solucionar demandas sociales, como es la satisfacción del incremento de las necesidades de rentas durante los últimos años de la vida a través del disfrute del ahorro acumulado en la vivienda habitual. Así, mediante una fórmula de utilización del propio patrimonio, se pretende aumentar la calidad de vida tras la jubilación, sin que al fallecimiento del interesado los herederos pierdan forzosamente la vivienda, como ocurre con otras figuras como la renta vitalicia. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley (apartado VIII) señala que *«hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tiene España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida»*.

Como ya se ha apuntado, la gran novedad con respecto a otros productos crediticios similares es que el solicitante, además de seguir viviendo en su casa, no pierde la propiedad de la misma. Los herederos tienen siempre la opción de pagar la deuda contraída y así quedarse con el dominio de la finca.

No obstante debe destacarse que una de las dificultades que puede tener esta figura para su desenvolvimiento en la práctica es el detrimento que la misma supone para el futuro patrimonio hereditario. En efecto, será una decisión difícil la de constituir una hipoteca inversa si hay posibles futuros herederos con los que existan lazos de afectividad o a los que se tenga intención de dejar bienes *mortis causa*, dado que, en estos casos, no resultará agradable dejar en herencia una deuda de esta naturaleza y, menos aún, recibirla. En este sentido, HERRANZ GONZÁLEZ («Hipoteca inversa y figuras afines», Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, núm. 49) pone de relieve la importancia de los factores sociológicos y/o psicológicos en estas operaciones concretados en las reticencias y temores que provoca a una persona mayor desprenderse de uno de sus principales bienes, máxime cuando es su vivienda, conseguida quizá después de años de ahorro y donde ha transcurrido parte de su vida. También considera que juegan un papel importante las cuestiones relativas a la herencia, tanto desde punto de vista del mayor, que en ocasiones no está dispuesto a dejar a sus descendientes un bien hipotecado o directamente privar a sus descendientes de ese bien; como desde el punto de vista de la entidad, que no desea tener problema legal alguno con descendientes y puede tratar de evitar ciertas operaciones o de «blindar» sus posiciones, te-

niendo como consecuencia directa el encarecimiento de la operación o la exigencia a los herederos de participar en la operación o prestar de algún modo su consentimiento.

ANGUITA RÍOS señala que no siempre la constitución de la hipoteca inversa resulta un negocio beneficioso para la persona mayor («Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 87, febrero de 2008, pág. 20, y en la Ley núm. 6875, pág. 6). Por su parte, BALLUGERA GÓMEZ [«Hipoteca inversa (notas prácticas)», Seminario de Derecho Registral, Bilbao, Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad, año XLII, núm. 131 (2.^a época); enero de 2007, págs. 71 a 73] critica el fin social de las hipotecas inversas y destaca la inclusión de cláusulas abusivas en estos contratos.

Pese a que estos factores sociológicos o psicológicos son muchas veces externos a la propia operación deben ser tenidos en cuenta por todos los actores implicados. Pueden influir en la toma de decisiones y son utilizados por las partes implicadas o por aquellos que puedan sentirse beneficiados o perjudicados por la operación. En todo caso es claro que contratar una hipoteca inversa es una decisión importante e incluso las mismas entidades de crédito aconsejan que se haga partícipes a los familiares de dicha decisión.

III. DEFINICIÓN DE LA FIGURA: DIFERENCIAS CON LA HIPOTECA ORDINARIA

La Ley define a la hipoteca inversa *«como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito»* (Exposición de Motivos VIII).

Una hipoteca inversa es una deuda garantizada con hipoteca especial para personas mayores o en situación de dependencia severa o gran dependencia por la que el cliente recibe una cantidad única o cantidad periódica, que sirve generalmente de complemento a su pensión durante un tiempo limitado o vitalicia, surgiendo la obligación de restituir al tiempo del fallecimiento del deudor, quien en todo momento conserva la propiedad de su inmueble. La especialidad de este tipo de crédito reside, por tanto, en que la entidad con-

cedente no podrá exigir la devolución de la deuda acumulada, es decir, la suma de todas las cantidades que los particulares hayan ido percibiendo a lo largo de los años, ni podrá ejecutar la garantía hasta que no muera su titular o el último de los beneficiarios de este crédito si así lo establece el contrato (Disp. Adic. 1.^a 1.c. de la Ley 41/2007). Además, los herederos de los titulares de una hipoteca inversa no pierden tampoco los derechos de propiedad y pueden optar por quedarse la vivienda, cancelando el préstamo en el plazo estipulado y abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos con sus intereses (Disp. Adic. 1.^a 5 de la Ley 41/2007) —si fuese necesario para ello, incluso constituyendo una nueva hipoteca sobre el inmueble— o permitir la ejecución de la hipoteca y, en este caso, quedarse con el dinero sobrante tras saldar las cuentas con la entidad.

HERRANZ GONZÁLEZ ha explicado la hipoteca inversa como la operación contraria a lo que habitualmente se entiende por «hipoteca». Es decir, si popularmente un hipoteca se entiende como una «compra a plazos» de la vivienda, la hipoteca inversa consiste en *«ir recibiendo a plazos el dinero que se obtendría de la venta de la vivienda»*, pudiendo continuar viviendo en ella hasta el fallecimiento, momento en que la entidad financiera se queda con la misma. La hipoteca inversa es un crédito con garantía inmobiliaria, es decir, un negocio por el cual una persona que posee un inmueble recibe cada mes una renta, determinada por varios factores, y al fallecimiento del propietario los herederos harán frente al pago del préstamo o la entidad procederá a ejecutar la garantía (lo que puede traducirse en la venta del inmueble para satisfacer la deuda y la entrega a los herederos del dinero restante de la venta, si lo hubiere).

En esencia, tanto la hipoteca ordinaria como la inversa garantizan una deuda con una vivienda y afectan al valor de la propiedad, no obstante lo hacen en sentidos inversos. En la mayoría de las ocasiones cuando se adquiere una vivienda, el comprador suele aportar parte del precio con el dinero de sus ahorros y solicita un préstamo garantizado con una hipoteca ordinaria para obtener el resto del dinero que se necesita para comprarla. Para calcular la cuantía a la que ascienda la cuota mensual que el prestatario tiene que abonar, las entidades de crédito examinan los ingresos del solicitante. Conforme va transcurriendo el tiempo, la deuda hipotecaria va disminuyendo progresivamente y de forma correlativa el valor neto de la vivienda va aumentando.

En cambio, las hipotecas inversas tienen una finalidad distinta. A diferencia de las hipotecas ordinarias no es el solicitante quien efectúa pagos mensuales, sino que es el prestamista quien suministra disposiciones periódicas o únicas al prestatario; es más, incluso una persona que no tenga ningún ingreso puede constituir una hipoteca inversa. El valor de la vivienda se transforma en dinero, lo que conlleva que la deuda se incremente junto con los intereses y el valor de la vivienda disminuya progresivamente. Con frecuencia, cuando

la hipoteca inversa se hace exigible, el prestatario debe una alta suma de dinero y el valor neto de la vivienda es bajo.

Como excepción a lo anterior, cabe destacar que las hipotecas inversas no siempre tienen como efecto lo que los anglosajones denominan *rising debt and falling equity*, que podríamos traducir como el incremento de la deuda y la pérdida de valor neto de la vivienda. Nos estamos refiriendo al supuesto de que la propiedad se revalorizase al mismo tiempo aumenta el valor neto de la misma. No obstante no debemos olvidar que la mayoría de las viviendas no se revalorizan y, por lo tanto, no aumentan su valor a la misma velocidad que lo hacen los altos intereses con las que son cargadas la mayoría de las hipotecas. Así que la mayoría de las hipotecas inversas terminan siendo préstamos del tipo *rising debt, falling equity*.

IV. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA INVERSA

Los elementos básicos de las hipotecas inversas son los siguientes: 1) que la persona interesada en celebrar el negocio tenga una edad o circunstancias determinadas (elemento personal), y 2) que exista una vivienda o propiedad inmobiliaria de la que se pueda obtener un rendimiento líquido (elemento real). Los elementos formales son los propios del derecho real de hipoteca.

1. ELEMENTOS PERSONALES

A) *Deudor hipotecante: requisitos*

En cuanto a los solicitantes y posibles beneficiarios de este contrato, la ley señala en su Disposición Adicional 1.^a 1.a):

«a) *que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia*».

El legislador introduce una terminología peculiar, pues para referirse al «hipotecante» emplea el término «solicitante», dejándose sentir la influencia de la legislación de protección al consumidor. También se alude a «deudor» y a «prestatario» (apartados b y c), lo que sin duda se aproxima más a la técnica del derecho real de hipoteca.

Respecto al concepto de dependencia que se acoge, debemos acudir a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que regula en su artículo 26 la clasificación de los grados de dependencia.

No prosperaron las enmiendas del Senado (1) que proponían la extensión del ámbito de la hipoteca inversa a todas las situaciones de dependencia (moderada, severa o gran dependencia), en sustitución del contenido por el texto remitido por el Congreso de los Diputados y finalmente aprobado que, como hemos visto, la limita a las personas afectadas de dependencia severa o gran dependencia.

Por otro lado, tampoco se extiende la modalidad de hipoteca inversa a las personas con discapacidad como propusieron algunas enmiendas (2).

B) *Hipotecante no deudor. Beneficiario*

Debemos plantearnos aquí la posibilidad de la figura de la hipoteca en garantía de deuda ajena. Esta hipótesis tiene lugar si una persona constituye hipoteca sobre un bien de su propiedad para garantizar la deuda contraída por otra persona distinta. Este esquema, en principio, puede aplicarse a la construcción de la hipoteca inversa, que garantizaría la restitución de lo percibido por una persona que sea distinta del hipotecante (sin tratarse de la figura del beneficiario).

No ha de ser obstáculo el que la exigibilidad de la deuda se difiera al fallecimiento del prestatario, habida cuenta de lo dispuesto en el apartado 5 y 6 de la Disposición Adicional 1.^a, pues en el caso de fallecimiento del deudor no hipotecante nos encontraríamos ante la situación de que sus herederos deberán hacer frente a la deuda, hasta donde alcancen los bienes de la herencia. No obstante, parece que el legislador piensa para supuestos similares en la figura del beneficiario.

Del contexto social, la Exposición de Motivos y la regulación establecida en la Disposición Adicional 1.^a podemos intuir a primera vista que el legislador piensa en el supuesto tradicional del matrimonio mayor de sesenta y cinco años que hipoteca su vivienda para obtener un incremento de sus ingresos, pudiendo darse el caso de que la vivienda sólo pertenezca a uno de ellos y se designe al otro como beneficiario. Lo cierto es que la redacción definitiva de la Ley no establece límite alguno para la designación de beneficiario por razón de parentesco o afinidad, ni siquiera un número. Nos encontramos ante un supuesto de estipulación a favor de tercero, conforme al artícu-

(1) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 58; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 65; Enmiendas del Senado al Proyecto de Ley, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-10, de 21 de noviembre de 2007.

(2) BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007; Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 58, 9 de mayo de 2007, y Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 78.

lo 1.257 del Código Civil, cuyo párrafo 2.º dice que «*si el contrato contuviera alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que aquélla haya sido revocada*». Procede aplicar la doctrina general en esta materia. El Código Civil alude a un contrato en el que se contiene «*alguna estipulación*» en provecho de tercero. Pero está admitida hoy unánimemente la posibilidad de que todo el contrato se haya hecho para un tercero. Así en la hipoteca inversa, las cantidades pueden ser percibidas en su totalidad por el beneficiario. Para que exista contrato en favor de tercero es necesario que a éste se le atribuya directamente un derecho, con facultad de exigir al obligado. No hay tal contrato cuando se designa a una persona como autorizada para recibir la prestación, pero sin poder exigirla.

Todo contrato en favor de tercero presupone la presencia de tres partes: el promitente, que es el que queda obligado a realizar la prestación en favor de tercero, el estipulante y el beneficiario o tercero. En la teoría general del contrato, el tercero no tiene que poseer capacidad para contratar, puesto que no contrata, sólo necesita capacidad para adquirir derechos y para emitir la declaración de voluntad de aceptación le será precisa la capacidad natural de obrar. Sin embargo en la hipoteca inversa se exige que el beneficiario cumpla los mismos requisitos que el solicitante (Disp. Adic. 1.ª 1.a.).

La doctrina y la jurisprudencia estiman que el tercero puede quedar totalmente determinado en el momento de la celebración del contrato, o puede ser determinable *a posteriori*, siempre que existan en aquél elementos suficientes para efectuarlo, de cualquier modo que sea. No obstante, no parece que esta doctrina sea extrapolable a la hipoteca inversa, dado que podría producirse una indeterminación en la configuración del derecho real de hipoteca contraria al principio hipotecario de especialidad y que supondría un detrimento a la seguridad jurídica, dada la incertidumbre sobre el momento del vencimiento de la obligación.

La aceptación del beneficiario no es presupuesto para que nazca su derecho, ya que éste existe desde que se perfecciona la estipulación (o contrato en su favor), y es solamente un requisito para evitar la eficacia de la revocación del derecho en favor del tercero y envuelve, al mismo tiempo, una voluntad de querer aprovecharse de ella, pues nadie puede enriquecerse sin su consentimiento (DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª ed., Madrid, 2005, pág. 88).

De la redacción de los párrafos *a)* y *b)* de la Disposición Adicional 1.1. podría forzarse la interpretación de la existencia de un hipotecante no deudor, siendo deudor el «beneficiario», y siempre que éste y el hipotecante («solicitante») cumplieran los requisitos del párrafo *a)*. No obstante, la figura del hipotecante no deudor no puede equipararse a estos casos, dada la redacción del párrafo *c)* en el que claramente quedan disociadas las figuras del pres-

tatario y del beneficiario, no siendo deudor este último en ningún caso. La designación de beneficiario no es, por tanto, un supuesto de hipoteca en garantía de deuda ajena. La cuestión no es baladí puesto que, como hemos señalado, no existe límite alguno para la designación de beneficiario por razón de parentesco, afinidad, ni número máximo, por lo que cabe atribuir esta condición a cualquier persona que se encuentre en las circunstancias del párrafo *a*) (mayor de sesenta y cinco o dependencia severa), aunque sea un completo extraño, lo que sin duda puede ser una fuente de conflictos familiares con los posibles futuros herederos. Aun en estos casos, el beneficiario no es deudor, pues sólo el «solicitante» tiene la condición de prestatario (DA 1.^a 1.c.) y sólo sus herederos y no los del beneficiario deberán hacer frente a la deuda hipotecaria cuando fallezca.

C) *Tercer poseedor*

El tercer poseedor es el tercer adquirente de la finca o derecho real limitado sujeto a hipoteca. Es el adquirente de todo o parte de la finca o derecho real inmobiliario hipotecado, que reúna la consideración de tercero, por no estar personalmente sujeto a la correspondiente obligación garantizada, directa o indirectamente, y es ajeno a la originaria constitución de la hipoteca, haya o no haya inscrito su adquisición, y que, en consecuencia, queda afectado realmente por el gravamen que la hipoteca implica (ROCA SASTRE, Ramón M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 8.^a ed., Barcelona, 1998, págs. 276 y 278). En relación al tercer poseedor, la nueva regulación ha contemplado expresamente este supuesto en la Disposición Adicional 1.^a 5, párrafo 2, que dispone que «*en caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente*». Esta disposición viene a excepcionar la doctrina que tradicionalmente había mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado por envolver tales pactos una innecesaria y abusiva limitación del dueño a disponer de sus bienes contra el principio de libertad del tráfico inmobiliario (Resolución de 27 de enero de 1986, RA núm. 1002). No se establece de modo imperativo una pérdida del beneficio del plazo como hace el artículo 1.129 del Código Civil. A diferencia de esta disposición, en la hipoteca inversa se permite, con carácter potestativo, establecer esta cláusula del contrato, dando cobertura legal a la práctica tan extendida de las cláusulas de vencimiento anticipado. El fundamento puede encontrarse en la pretensión de que este tipo de préstamos tenga un carácter personalísimo en atención a las especiales circunstancias que motivan su concesión. El préstamo se concede

para hacer líquido el valor de una vivienda y la transmisión voluntaria implica esa misma consecuencia, por lo que obtenida la liquidez a través de la transmisión puede resultar innecesaria la renta que proporcionaba la hipoteca inversa, más aún si quien ha de soportar la ejecución es el nuevo adquirente.

D) *Constitución unilateral*

La posibilidad de constitución unilateral de la hipoteca por parte del propietario de la finca se regula en general en el artículo 141 LH: «*en las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron, se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma. Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó*». Se completa este precepto con lo previsto en el artículo 237 RH. Según ROCA SASTRE (*op. cit.*, pág. 559), enumerando las distintas teorías sobre la naturaleza de esta figura, el artículo 141 no adopta la mecánica del consentimiento formal ni la de la reserva de rango, como tampoco la figura de la constitución condicionada de hipoteca, sino que explícitamente ve en la imposición de hipoteca por disposición del dueño un acto unilateral, constitutivo por sí mismo del derecho real de hipoteca, si bien para que éste sea adquirido por el acreedor precisa su aceptación, retrotrayéndose los efectos de esta aceptación al tiempo de la inscripción del acto unilateral del dueño.

En la escueta regulación de la hipoteca inversa no se contiene alusión alguna a esta modalidad, aunque estimamos que resulta aplicable atendiendo a la cláusula de remisión general que se contiene en el último apartado de la Disposición Adicional 1.^a De este modo podrá tener lugar una yuxtaposición de las modalidades de la hipoteca de forma similar a lo que ocurre en otros supuestos, como el de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, si bien para este caso se prevé expresamente la posibilidad en el artículo 248 RH.

E) *Acreedor hipotecario*

Por lo que respecta a las personas concedentes de este tipo de hipotecas, la ley las limita en la Disposición Adicional 1.^a 2 a «las entidades de crédito» y a «las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España». Destaca, por tanto, la ampliación al sector de las entidades aseguradoras además de las de crédito.

Estas hipotecas, como todas las constituidas a favor de entidades de crédito, estarán sujetas a una serie de normas propias de las mismas, de Derecho Público y de carácter económico y social (CHICO ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, 4.^a ed., Madrid, 2000, pág. 1345), entre las que deben destacarse las relativas al régimen de transparencia a las que se alude expresamente en los apartados 3 y 4 de la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 41/2007, dejando margen a la regulación por vía reglamentaria.

Del mismo modo, en cuanto a las entidades aseguradoras, habrá de estar-se a la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Texto Re-fundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre) y su Reglamento (aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre), a que se remite el apartado 2 de la Disposición Adicional 1.^a analizada.

2. ELEMENTOS REALES

Presupuesto fundamental para la realización del contrato estudiado es la existencia de la vivienda que va a hipotecarse y que ésta haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. El primer párrafo de la Disposición Adicional 1.^a, con que comienza la regulación de esta hipoteca, se refiere a un «*bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante*». La circunstancia de ser vivienda habitual se incluye así en la propia defi-nición y se considera en la misma esencia de esta figura. No existe en nues-tro ordenamiento un concepto de vivienda habitual desde la perspectiva del Derecho Civil, por lo que podría acudirse al concepto genérico aplicable al ámbito fiscal, y que se contiene en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que se basa en la permanencia durante más de 183 días al año.

En las enmiendas del Senado al Proyecto de Ley (3) se incluyó un nuevo apartado acerca de la posibilidad de instrumentar hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, que en el texto definitivo constituye el apartado 10. No se vio inconveniente en esta modificación, siempre y cuando la finalidad del crédito fuese comple-tar la pensión con la hipoteca inversa en condiciones ventajosas para el titular y generar así una renta adicional (4). De este modo puede plantearse la cons-

(3) Enmiendas del Senado al Proyecto de Ley, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-10, de 21 de noviembre de 2007.

(4) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007: Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC), enmienda núm. 122, y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en su enmienda núm. 98; BOCG, Senado, serie II,

titución de la hipoteca sobre la vivienda habitual y/o sobre otras cualesquiera fincas, teniendo en cuenta que en caso de hipotecarse varias fincas deberá respetarse el principio hipotecario, especialidad que exige la distribución de responsabilidad entre las fincas hipotecadas, según dispone el artículo 119 de la Ley Hipotecaria y 216 de su Reglamento.

También se planteó, aunque no prosperó en la redacción final, introducir un párrafo bis al apartado 1 en el que se especificase que en los supuestos en los que el deudor hipotecario alquile, se traslade al domicilio de un familiar o ingrese en una residencia para su cuidado, especialmente cuando se encuentre en una situación de dependencia, de acuerdo con la normativa vigente, no se entienda que el bien inmueble que constituya la garantía del préstamo o crédito pierde la consideración de vivienda habitual del deudor (5).

La excepción añadida finalmente en el apartado 10 permite plantearnos la constitución de hipoteca inversa no sólo sobre otras «viviendas no habituales» pertenecientes al hipotecante, sino también sobre inmuebles rústicos e incluso derechos, a tenor de lo establecido en el artículo 106 de la Ley Hipotecaria y 1.874 del Código Civil, conforme a los cuales podrán ser hipotecados los bienes inmuebles susceptibles de inscripción (art. 106 LH, apartado 1.º) y también los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes (art. 106 LH, apartado 2.º). No obstante, el apartado 10 de la Disposición Adicional 1.ª habla claramente de «inmuebles» no de «derechos», aunque, por ejemplo, son inmuebles las concesiones administrativas a que se refiere el artículo 334.10 del Código Civil. Este caso concreto, previsto en el artículo 107.6 LH, es admisible como objeto de hipoteca inversa. Piénsese, por ejemplo, en las plazas de aparcamiento que se disfrutan con este carácter que, dado su valor actualmente, bien podrían servir de garantía adicional al constituir hipoteca inversa sobre la vivienda. Excepcionalmente este supuesto, las dificultades para constituir la hipoteca sobre otros derechos a que se refiere la Ley Hipotecaria hacen pensar que la interpretación de la disposición ha de ser restrictiva.

En este sentido, el artículo 107.1 LH regula la hipoteca del derecho de usufructo: *«Podrá también hipotecarse el derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no*

núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), enmienda núm. 22; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 64.

(5) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 53; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió (GPCIU), enmienda núm. 97.

mediar el hecho que le puso fin». La hipotecabilidad de este derecho se basa en su carácter transmisible (art. 480 CC). Sin embargo, pueden suscitarse serias dudas a que los titulares de este derecho constituyan hipoteca inversa. Aunque se ajusta legalmente no sólo a la Disposición Adicional 1.^a 10, sino también al apartado 1.º (pues la vivienda habitual puede disfrutarse por derecho de usufructo) no podemos perder de vista el hecho del carácter vitalicio del usufructo (art. 513.1 CC): la extinción del derecho dado en garantía tiene lugar al mismo tiempo que se hace exigible la obligación garantizada. Del mismo modo sería obstáculo la escasa valoración que se atribuya a ese usufructo (se valora en función a la edad del usufructuario), circunstancias todas que imposibilitan que una entidad de crédito o aseguradora se arriesgue a la constitución de este tipo de hipotecas en estos casos. Desde el punto de vista teórico, la hipoteca inversa podría constituirse sobre la nuda propiedad (art. 107.2 LH), lo que entraría dentro del supuesto del apartado 10 de la Disposición Adicional 1.^a, y con la ventaja de la posible extensión al usufructo en caso de consolidación.

Por los mismos criterios podría constituirse hipoteca inversa sobre un derecho de hipoteca (subhipoteca), derecho de superficie, derecho de retracto o sobre bienes litigiosos (art. 107, apartados 5, 7 y 9 LH). En los casos de bienes sujetos a retracto o a condición resolutoria (arts. 107.7 y 10 LH), debe tenerse en cuenta el vencimiento anticipado que supone la transmisión voluntaria (Disp. Adic. 1.^a 5). Como apuntábamos, las dificultades prácticas para la articulación de todos estos supuestos son evidentes (valoración, duración limitada del derecho) dadas las peculiaridades de la hipoteca inversa frente a la ordinaria, que fue concebida pensando en el supuesto concreto de la hipoteca de vivienda habitual, por lo que sólo podemos pensar en la aplicación de esta figura como garantía complementaria a una hipoteca inversa sobre una vivienda o un inmueble en sentido estricto.

El citado apartado 10 concluye con la siguiente matización: *«no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición»*. No queda claro con esta expresión cuáles de los nueve apartados anteriores no son de aplicación, lo que supone una inseguridad jurídica evidente. A primera vista y desde una interpretación restrictiva parece claro que comprende las rebajas arancelarias de notarios y registradores de la propiedad de los apartados 8 y 9. Sin embargo podría aducirse que esta interpretación se compagina mal con el concepto de la hipoteca inversa que se establece en el apartado 1 y que incluye como elemento esencial que se trate de «la vivienda habitual». Es más, en la tramitación parlamentaria se sustituyó el término «una» vivienda habitual del anteproyecto por «la» vivienda habitual que aparece en el texto definitivo. Pese a este último apunte, lo cierto es que no puede llegarse a una interpretación que implique que el apartado 10 que estamos analizando pueda entenderse en el equívoco sentido de inaplicar los apartados 1, 2, 5 ó 6 que

contienen la esencia de la hipoteca inversa tal y como el legislador la configura (requisitos del hipotecante, del acreedor hipotecario o exigibilidad de la deuda al fallecimiento). Ahora bien, dando por sentado que se refiere a los apartados 8 y 9, y que no se refiere a los apartados 1 a 6, ¿qué ocurre con el apartado 7 relativo a la exención del impuesto de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados? Siguiendo la norma general de que las exenciones sólo se interpretan de forma restrictiva, y teniendo en cuenta que el tratamiento fiscal suele ir parejo al tratamiento arancelario, debe entenderse que la inaplicación a que se refiere el apartado 10 comprende, además de los apartados 8 y 9, el apartado 7.

3. ELEMENTOS FORMALES

Los elementos formales en la hipoteca inversa serán los propios de toda constitución de hipoteca: escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. No hay, como no podía ser de otra forma, excepción ni especialidad alguna (aparte de los beneficios arancelarios) en este aspecto, ya que la uniformidad en el sistema español de seguridad jurídica preventiva así lo exige. Serán de aplicación, por tanto, el artículo 1.875 del Código Civil y el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, que establecen los dos requisitos apuntados y que configuran la inscripción de la hipoteca con carácter constitutivo. El de escritura pública es derivado, además, del principio de titulación pública consagrado en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

V. LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

1. DETERMINACIÓN

Como señala la Disposición Adicional 1.^a 1, la obligación garantizada se trata de un préstamo o crédito del que el deudor puede realizar disposiciones periódicas o únicas. Nada más dice la Ley sobre el tipo de obligación y los requisitos que deben cumplirse, según se trate de crédito o de préstamo garantizado con la hipoteca inversa. Es por esto por lo que debe acudir a las normas y principios generales que regulan la configuración del derecho real de hipoteca en nuestro ordenamiento, visto, además, el contenido de la cláusula de cierre que establece el apartado 11 de la Disposición Adicional 1.^a Como punto de partida debe tomarse el que la hipoteca garantiza la obligación de restituir al prestamista, que será la entidad de crédito o aseguradora, de las cantidades que ésta en forma periódica o única haya proporcionado al deudor. La especialidad de esta modalidad hipotecaria inversa es que la exi-

gibilidad de la prestación sólo va a producirse al fallecimiento del deudor (o en su caso, del beneficiario).

Como consecuencia del principio de especialidad o determinación hipotecario, el importe de la obligación debe quedar inexcusablemente determinado. Así, en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria (en la redacción dada por la Ley 41/2007) se establece que *«en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración»*. Del mismo modo, el artículo 219.1.º del Reglamento Hipotecario dispone: *«el importe de la obligación asegurada con la hipoteca o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada deberá ser fijado en moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España»*.

Aun cuando la regulación de la hipoteca inversa omite toda referencia a estas cuestiones, podemos afirmar sin duda que dicha normativa no exceptiona ninguno de los preceptos relativos a la configuración de las hipotecas y, por ello, la hipoteca inversa, podrá ser una modalidad de la hipoteca ordinaria o de tráfico o de la hipoteca de máximo. En el primer caso, nos encontraremos ante un préstamo hipotecario en el que la cantidad que se proporciona al deudor (y/o beneficiario/s) está perfectamente determinada de antemano. En el segundo caso, que aventuramos será el más frecuente en los casos de hipotecas inversas, se tratará de un crédito hipotecario, en el que existirá una disponibilidad de cantidades a favor del deudor y, por consiguiente, una indeterminación relativa de la obligación en cuanto a su cuantía. En este supuesto la hipoteca (inversa) que se constituye es una hipoteca en garantía de una cuenta corriente de crédito que deberá cumplir los requisitos del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Si bien en cuanto al plazo de duración y de liquidación, puede aplicarse la especialidad del momento del fallecimiento del prestatario, propia de la hipoteca inversa, en todo caso tendrá que fijarse la cantidad máxima de la que responda la finca, requisito que como ya hemos señalado es ineludible, como se deriva de los citados artículos 12 LH y 219 RH. Se aprecia la ausencia en la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 41/2007 de alguna referencia a esta necesidad de determinación de la obligación garantizada, mediante la fijación de un máximo de responsabilidad, aunque sí se alude a éste en la Exposición de Motivos.

2. POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN

El solicitante de hipoteca inversa puede optar entre celebrar un contrato por el cual obtenga una cantidad única o cantidad periódica, esto es, una renta, ya sea temporal o vitalicia. Si se acuerda firmar una hipoteca inversa

por un periodo de tiempo limitado, la renta mensual será mayor, aunque dejará de ser abonada cuando el periodo estipulado haya vencido.

Como señala MUÑOZ VILLALÓN (*La hipoteca inversa*, Ponencia presentada al III Congreso de Registradores de España, Granada, 2006) si se configura mediante entregas vitalicias y las disposiciones a favor del acreditado se realizan mientras viva el acreditado, será el fallecimiento la fecha en la que vencerá en contrato y por tanto en la que se liquidará la deuda y ésta será exigible. Según este autor, en este caso, la aleatoriedad es absoluta ya que la cuantía de la deuda depende de la vida del acreditado. Si el tiempo de vida se alargase por encima del cálculo actuarial podría ser insuficiente el valor del inmueble para hacer frente a la deuda. Ello hace que sea difícil que las entidades de crédito utilicen esta forma de disposición, si bien parece que podría disminuirse el riesgo asumido mediante un seguro que cubriese el infravalor del inmueble.

En caso de optar por una cantidad temporal, se determina la cuantía máxima a la que puede ascender el límite del crédito concedido a favor del acreditado; este límite queda determinado por un tanto por ciento en relación al valor de tasación actual del inmueble, que oscila entre el 90 y el 100 por 100 de ese valor. A partir de aquí, teniendo en cuenta la edad del acreditado y por tanto su expectativa de vida, se calcularán las disposiciones periódicas que recibirá durante determinado plazo, de modo que las cantidades entregadas, más los intereses devengados, así como otras cantidades que se incluyan en el crédito no excedan del límite máximo concedido. Al terminar el periodo de disposición, se conocerá exactamente la cantidad adeudada que será sensiblemente inferior al valor en venta de la finca en dicha fecha según los cálculos de revalorización del inmueble (que oscilarán, dependiendo de la edad del acreditado, y aplicando una revalorización del 3 por 100 entre un 50 y un 70 por 100 del crédito concedido). El tipo de interés ofrecido en este tipo de contratos suele ser fijo, por lo que el riesgo para la entidad prestamista radica en la posible variabilidad al alza de los tipos de interés durante todo el tiempo de duración del contrato hasta su exigibilidad y, además, en la aleatoriedad de la fecha de vencimiento del crédito, ya que, desde que termina el periodo de disposición hasta la incierta fecha del fallecimiento se seguirán devengando intereses al tipo pactado.

En esta modalidad temporal, para evitar que, finalizado el periodo de disposición, sobreviva el acreditado y quede sin rentas, se establece un seguro de supervivencia que algunas entidades ofrecen de forma voluntaria y otras lo exigen obligatoriamente, que permite abonar al asegurado rentas vitalicias hasta su fallecimiento. Este seguro se abona con una prima inicial que se carga como un gasto más del crédito concedido. En ocasiones también se exige un seguro respecto de los posibles intereses que se pueden devengar después del periodo de disposición que se consideran indeterminados o no cubiertos por el valor del inmueble y por tanto por la hipoteca.

Las posibilidades de una hipoteca inversa están en relación al valor de la vivienda. Es evidente que no solamente tiene importancia el valor inicial de la misma, sino su posible revalorización. De esta forma la tasación resulta fundamental, habida cuenta que lo que diferencia la hipoteca inversa de la ordinaria es que la exigibilidad de la deuda se difiere al fallecimiento del deudor, de modo que la entidad no cuenta con la garantía adicional que supone la responsabilidad patrimonial universal consagrada en el artículo 1.911 del Código Civil, sino que la única y verdadera garantía de que se dispone es la hipotecaria: el inmueble y su valor. Por ello, el legislador, consciente de esta vicisitud, establece en el apartado 1 de la Disposición Adicional 1.^a, como uno de los requisitos que esencialmente han de cumplirse para constituir estas hipotecas, que *«la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario»*.

Además de este factor, el importe será mayor o menor en función de la edad del particular que suscribe el crédito y (en su caso) del beneficiario (se tendrá en cuenta la edad del titular más joven) y del deseo de éste de obtener estos ingresos durante el resto de su vida o únicamente durante un periodo de tiempo predeterminado. De esta forma, se cobra una renta cuyo importe dependerá de la tasación de la vivienda, de la edad del solicitante y de sus preferencias en la forma de recibir el dinero.

3. EXIGIBILIDAD

Cuando fallece el titular de la hipoteca inversa o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios, sus herederos deberán hacer frente a la devolución de las cantidades que el deudor fallecido ha ido recibiendo. Las entidades suelen dar la posibilidad de que los herederos tengan un plazo para decidir si prefieren: *a)* que la entidad financiera ejecute la hipoteca, vendiendo la vivienda y recuperando así el dinero que el fallecido obtuvo gracias al préstamo garantizado, percibiendo ellos el sobrante del precio de la venta, en caso de que fuera superior a la suma del dinero desembolsado por la entidad financiera; o *b)* pagar los herederos, bien con sus propios ahorros o bien mediante una nueva financiación, la cantidad que sus progenitores o familiares han cobrado hasta su fallecimiento y liberar así a la vivienda de su carga. En este sentido la Disposición Adicional 1.^a 5 establece: *«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». El párrafo 2.º se ocupa de la exigibilidad en caso de transmisión del inmueble, cuestión ya tratada al hablar de la posibilidad de tercer poseedor.

En la tramitación parlamentaria se propuso fijar un plazo mínimo (dos años siguientes al fallecimiento), pues podría darse el supuesto de que la entidad financiera estableciera en el clausulado de la hipoteca un plazo excesivamente corto para que los herederos reúnan el dinero con el que pagar la deuda pendiente y no perder la vivienda (6). Finalmente esta propuesta no se incluyó en el texto definitivo.

Igualmente se trató de limitar la posibilidad del acreedor de reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de éstos distintos a dicha vivienda. Concretamente se quería introducir en el apartado 6.º una corrección técnica que estableciese que el acreedor podrá reclamar *«hasta donde alcance el bien inmueble objeto de garantía hipotecaria»* (7). Con esta modificación se pretendía facilitar a las personas mayores que pudiesen constituir hipotecas inversas sin oposición de sus herederos y proteger el patrimonio familiar de estos últimos. Limitando la extensión de la garantía al bien inmueble, se facilitaría la suscripción de hipotecas inversas.

Si se hubiese suprimido la extensión de la responsabilidad para el pago de la deuda contraída al resto de los bienes del deudor hipotecario, de forma que no se pueda abrir la posibilidad de que el acreedor reclame sobre otros bienes del deudor, la regulación de esta figura se asemejaría a lo que sucede en las deudas reales, propias del Derecho alemán, en las que la deuda está cubierta con una garantía real y no es extensible al resto de los bienes del deudor, además, esta garantía real es valorada anticipadamente por el acreedor y forma parte inherente del riesgo del negocio jurídico del crédito. No parece deseable extender la garantía sobre el resto de los bienes del deudor,

(6) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, enmienda núm. 103, y Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC), enmienda núm. 123; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007: Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), enmienda núm. 22, y Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 67.

(7) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, enmienda núm. 25, y BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, enmienda núm. 24 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP); BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, enmienda núm. 100; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, enmienda núm. 68 del Grupo Parlamentario Popular; BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC), enmienda núm. 124; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007; Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), enmienda núm. 98; Enmiendas del Senado al Proyecto de Ley, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-10, de 21 de noviembre de 2007.

sobre todo cuando sus herederos no tienen control sobre la «ejecución» de la garantía, en este caso la vivienda.

Para TAFFIN (*La hipoteca inversa o vitalicia*, Informe de 2004), el elemento clave de esta clase de préstamos es que la deuda pendiente se limitará al valor de la propiedad garantizado mediante la hipoteca. Abundando en esta idea, considera que estos préstamos se caracterizan porque tienen una garantía obligada: al final del préstamo, la cantidad adeudada por el propietario o sus herederos no puede exceder el valor de la propiedad y el préstamo no puede llegar a ser amortizado si existe un patrimonio negativo (*negative equity*).

Como contrapunto a esta posición debe tenerse en cuenta el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor del artículo 1.911 del Código Civil conforme al cual el deudor debe responder con todos sus bienes presentes y futuros. Dada la peculiaridad de este tipo de deudas asociadas a la hipoteca inversa en las que la exigibilidad se difiere al momento de la muerte, se estima necesario no limitar las posibilidades de agresión por el acreedor al patrimonio del deudor de modo que resulte plenamente aplicable el principio del artículo 661 del Código Civil, según el cual «*los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*».

Finalmente en la versión definitiva se ha extendido la posibilidad de reclamar sobre todos los bienes de la herencia. Así, el apartado 6 de la Disposición Adicional 1.^a señala: «*cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria*». Al garantizarse la hipoteca con otros bienes distintos a los estrictamente hipotecados se ha conseguido un negocio mucho más gravoso que una hipoteca normal. Además no resulta aplicable el límite del artículo 114 LH respecto a la reclamación por intereses, por lo que estos serán exigibles en su totalidad. Para SERRANO DE NICOLÁS («Régimen jurídico de la hipoteca inversa», en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2008, pág. 54) esta posibilidad constituye una regla de determinación de la responsabilidad por razón de la deuda. Por su parte, MIQUEL SILVESTRE («Hipoteca inversa. Algunas hipótesis de conflicto», en *La Ley*, núm. 6924, pág. 6) considera que esta extensión supone un reconocimiento implícito de que la vivienda hipotecada pudiera no ser suficiente para cubrir la deuda.

4. EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA EN CUANTO A LOS INTERESES

En la hipoteca inversa la extensión de la garantía respecto al crédito debe regirse por las normas generales en lo que se refiere al capital garantizado,

si bien con una importante excepción respecto a la garantía por intereses, puesto que la Disposición Adicional 1.^a 6 establece que *«cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria»*. Dicho precepto contiene una limitación legal a la garantía por intereses a cinco años (*«en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años»*), en el mismo sentido, vid. art. 220 RH).

Dadas las particulares características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso del capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario y la deuda sólo es exigible al fallecimiento del mismo, no se consideró justificada, en este caso, la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses. Como resultado de la proposición de enmiendas, se añadió el párrafo final al apartado 6.º de la Disposición Adicional 1.^a (8). Se trata de una importante excepción respecto a la configuración general establecida para la hipoteca en nuestro ordenamiento.

VI. SEGURO ASOCIADO A LA HIPOTECA INVERSA

Según hemos visto, al examinar la modalidad temporal de la hipoteca inversa puede pactarse un seguro que tiene como finalidad asegurar que el cliente cobre mensualmente la renta de por vida. La DA 4.^a de la Ley 41/2007 señala que *«las disposiciones periódicas que pueda obtener el beneficiario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa podrán destinarse, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado»*, previéndose la asimilación de la supervivencia del asegurado a la contingencia de jubilación en el IRPF.

No es obligatorio contratar este aseguramiento de rentas futuras; no obstante es aconsejable y todas las entidades bancarias que ofertan la hipoteca inversa coinciden e insisten en que los clientes se acojan a este seguro que también ofertan.

Si se ha contratado el seguro y el titular fallece antes de que venza el plazo fijado en el contrato de la hipoteca inversa, por ejemplo, a los siete años de haber firmado la hipoteca inversa (cuyo plazo era de veinte), los herederos recibirán la parte proporcional de la prima que en su día el titular pagó.

(8) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 56, y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, enmienda núm. 101.

Esta parte la calcula el banco, de acuerdo a la renta recibida por el titular y al plazo fijado.

En ese mismo supuesto si no se ha contratado el seguro, los herederos únicamente tendrán que hacer frente a la deuda contraída con el banco, en función del número de años que el titular se haya beneficiado de la renta. En este caso se han ahorrado el gasto más importante que acarrea este tipo de hipoteca sin ninguna consecuencia negativa.

Si una persona con setenta y cinco años contrata una hipoteca por diez años con un seguro de rentas y vive hasta los noventa años, por tanto fallece después del plazo de vencimiento, este seguro le permitirá seguir cobrando la misma renta mensual a partir de los ochenta y cinco años, aunque la hipoteca haya vencido y puede seguir viviendo en su propia vivienda.

Si esta misma persona que sobrevive al plazo contratado de la hipoteca inversa no ha contratado el seguro de rentas, se encuentra con la siguiente realidad: ha superado la barrera de los ochenta y cinco años y deja de percibir la renta que durante diez años ha recibido mensualmente.

La principal ventaja de contratar este seguro, asociado a la hipoteca inversa, es que se garantiza que el titular de esta pensión hipotecaria cobre de por vida una renta, independientemente de que haya superado el plazo establecido en la hipoteca. El gran inconveniente es el elevado precio que una persona ya muy mayor debe desembolsar al contratar la hipoteca inversa. El pago por este seguro depende de la edad, el sexo y la esperanza de vida. A igual edad, las mujeres pagan más prima por el seguro que los hombres, debido a su mayor media de esperanza de vida. Del mismo modo, su renta vitalicia mensual será algo menor que la del hombre (siempre si comparamos dos individuos que contratan este seguro a una misma edad). El gasto de formalización del seguro de rentas vitalicias puede alcanzar el 6 por 100 del valor de tasación de la vivienda.

VII. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: TRANSPARENCIA Y ASESORAMIENTO INDEPENDIENTE

La Disposición Adicional 1.^a autoriza la regulación del régimen de transparencia mediante Orden Ministerial: «3. *El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda*». En tanto este desarrollo no se produzca, y ante el silencio del régimen transitorio de la Ley en este punto, estimamos que debería acudir al régimen general de transparencia en las condiciones financieras que se establece en la Orden de 5 de mayo de 1994, aplicable siempre que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda, que el prestatario sea persona física y que el importe del préstamo

solicitado sea igual o inferior a 150.253,03 € (25.000.000 ptas.). Así deben aplicarse exigencias mínimas como las relativas a folleto informativo, gastos preparatorios, oferta vinculante y cláusulas financieras.

La principal atracción de la mayoría de los propietarios para constituir este tipo de hipotecas es la idea de que pueden permanecer en su propia vivienda. Venderla y mudarse a otra es una idea que no satisface a la mayoría de personas de la tercera edad. La forma más simple de evaluar si la constitución de una hipoteca inversa es una idea acertada es compararla con cuáles son las opciones reales de las que se dispone. Para ello habrá que calcular la cantidad de dinero en efectivo que se conseguirá con la venta de la vivienda y los costes de comprar o alquilar una nueva casa.

El origen de la necesidad de asesoramiento surge como consecuencia de las prácticas dudosas por parte de los prestamistas en los Estados Unidos, *brokers* u otras formas de comerciales, que tenían un claro interés en la utilización de las sumas de dinero dispuestas. Esta es la razón por la que la concesión de préstamos por el Estado Federal de los Estados Unidos está sujeta a evaluación por parte de un experto externo antes de que el contrato sea firmado. El propósito de la intervención de un asesor externo es explicar las características del producto y los riesgos asociados, además de la existencia de otras alternativas para el interesado.

La Disposición Adicional 1.4 impone a las entidades que conceden hipotecas inversas la obligación de suministrar servicios de asesoramiento independiente. Según el proyecto inicial de la Ley el asesoramiento independiente podía llevarse a cabo, bien a través de la figura del Defensor del Cliente, o bien a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. En el supuesto de que el asesoramiento se realizara a través del Defensor del Cliente y las entidades no contaran con uno propio, deberían adherirse, bien a uno de los designados por otras entidades, o bien a los designados a través de los criterios recogidos en el artículo 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (9).

No obstante, tras los debates parlamentarios se suprimió en la versión definitiva de la Ley esta figura del Defensor del Cliente como servicio de asesoramiento independiente al considerarse que era preferible que fuese el Ministerio de Economía y Hacienda quien estableciese los mecanismos de asesoramiento (10). Se estimó que no era una solución válida, ya que esta figura está concebida para resolver reclamaciones de los clientes en caso de discrepancia o conflicto con la entidad, pero no para prestar asesoramiento

(9) BOCG, Congreso de los Diputados. VIII Legislatura Serie A: Proyectos de Ley, 9 de marzo de 2007, núm. 127-1.

(10) BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, enmienda núm. 24.

to sobre productos financieros concretos, para lo que normalmente no está cualificado, al no ser su función. Para el Grupo Parlamentario Popular, aun cuando pudieran entenderse las razones que impulsaban a establecer que la entidad prestataria asesorase con transparencia al solicitante, que el asesoramiento sea de forma «independiente» o imparcial respecto a las distintas ofertas que existan en el mercado no resultaba realista, además de que la operación comportaba simplemente la constitución de un gravamen sobre la finca del solicitante, pero no una enajenación inapelable de la misma, de aquí que considerasen procedente exigir la máxima transparencia, pero no el asesoramiento del Defensor del Cliente (11).

En el texto final de la Disposición Adicional 1.^a se establece: «4. *En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho 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.*».

VIII. OTRAS FIGURAS AFINES: RENTA VITALICIA. CONTRATO DE ALIMENTOS

Como complemento a nuestra exposición sobre la hipoteca inversa, no podemos dejar de hacer referencia a otras figuras jurídicas ya existentes en nuestro ordenamiento a las que puede acudir para cubrir necesidades asistenciales, y, por ello, con una finalidad análoga a la hipoteca inversa, como son la renta vitalicia y el contrato de alimentos, conocido tradicionalmente como vitalicio.

1. RENTA VITALICIA. CONCEPTO, NATURALEZA Y ELEMENTOS

En España se conoce desde antaño el denominado censo vitalicio o renta vitalicia, que consiste básicamente en que una persona cede a otra un capital

(11) BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 54, y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, enmienda núm. 102. BOCG; Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, enmienda núm. 66 del Grupo Parlamentario Popular.

en bienes muebles o inmuebles a cambio de que ésta le pague una renta anual durante la vida de una o más personas.

Actualmente se regula en el Código Civil entre los contratos aleatorios en el Libro IV, Título XII, Capítulo IV. Se define en el artículo 1.802 estableciendo que «*el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión*».

El contrato de renta vitalicia presenta los siguientes caracteres: es un contrato consensual, que se perfecciona con el consentimiento de las partes (la entrega de las prestaciones se realiza en la fase de ejecución); es bilateral o sinalagmático, pues surgen obligaciones para ambas partes contratantes; es oneroso, ya que hay una equivalencia entre las prestaciones de las partes (aunque en ocasiones puede ser gratuito, *ex art. 1.807 CC*); y es aleatorio, porque la equivalencia de prestaciones no está establecida de antemano.

En relación a los elementos personales de este contrato podemos distinguir el deudor de la renta y el acreedor de la misma. El titular del lado activo de la relación, al margen de las denominaciones (perceptor de la renta, pensionista, rentista, credirrentista o acreedor de la renta), es la persona que ostenta la titularidad del derecho de crédito a la renta vitalicia; aquél a quien, según las palabras del legislador español en el artículo 1.802, «*el deudor se obliga a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas, por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere, desde luego con la carga de la pensión*». Generalmente coincide con la persona que constituye la relación de renta, entregando el capital en que ésta consiste. Pero esta coincidencia puede faltar, tanto originaria como sucesivamente: a) En primer lugar, puede presentarse en el momento mismo de la constitución del contrato, el cual tendría la estructura y naturaleza de un verdadero contrato en favor de tercero, cuya posibilidad legal está amparada por la disposición del artículo 1.257 del Código Civil. b) En segundo término, puede producirse con posterioridad a dicho nacimiento del contrato, si se utiliza el mecanismo de la sucesión voluntaria en el crédito que permite el artículo 1.203 del Código Civil (BELTRÁN DE HEREDIA, *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, pág. 93).

El titular del lado pasivo es el deudor de la renta, que, según la expresión legal, es la persona que se obliga a pagar la pensión o rédito por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere, desde luego con la carga de la pensión (art. 1.802 CC). Puede serlo tanto una persona física como jurídica; en ambos casos con plena capacidad de obrar.

No obstante lo expuesto, los elementos personales pueden presentar una mayor complejidad, teniendo en cuenta que la renta ha de abonarse en contemplación a la vida de una persona determinada (art. 1.802 CC) y ésta

puede ser la del que da el capital, la de un tercero o la de varias personas (art. 1.803 CC). La designación de la vida contemplada es consustancial al contrato oneroso de renta vitalicia. En todo caso es un dato esencial al contrato y precisamente la nota que le da el carácter aleatorio, en cuanto que al constituirlo no puede saberse cuál va a ser la duración de aquella vida, ni, por tanto, la cantidad de pensiones o réditos que, como contraprestación a la entrega del capital en bienes muebles o inmuebles, tendrá que satisfacer el deudor. Además, imprime al contrato la nota de a plazo o a término, de carácter resolutorio o final, ya que dependerá para su finalización de ese suceso cierto en cuanto a su productividad (extinción de la vida o vidas contempladas) pero incierto en cuanto al momento en que tendrá lugar (*certus an, incertus quando*) (BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, págs. 99, 103 y 104).

El objeto del contrato oneroso de renta vitalicia está constituido por las dos prestaciones que corresponden, respectivamente, a cada una de las partes contratantes. De un lado, el capital en bienes muebles o inmuebles, con que se constituye, que entrega el constituyente de la misma y que normalmente es el propio acreedor. Y de otro, la renta en sí, en forma de pensión o rédito, que deberá satisfacer el deudor de manera periódica; generalmente, por anualidades, al modo indicado por el legislador en el artículo 1.802.

La renta vitalicia, que existe en varios países en distintos términos y en número limitado, presenta para el consumidor tres desventajas frente a la hipoteca inversa: las difíciles relaciones entre la persona que abona la renta periódica y su perceptor, el riesgo de pérdida en caso de fallecimiento prematuro y la renuncia a futuras ganancias de capital por la venta.

2. CONTRATO DE ALIMENTOS. CONCEPTO, NATURALEZA Y ELEMENTOS

Tradicionalmente el contrato de alimentos ha sido admitido por la jurisprudencia como contrato atípico, autónomo y distinto a la renta vitalicia y denominado «vitalicio». Su regulación actual fue introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil.

Se define en el artículo 1.791 del Código Civil que establece que «*por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos*».

Al igual que la renta vitalicia nos encontramos ante un contrato consensual, bilateral, oneroso y aleatorio. La principal diferencia se encuentra en el contenido de las prestaciones, pues si en la renta vitalicia existe la obligación de pagar una cantidad periódica, en el contrato de alimentos el contenido de la prestación es más complejo, ya que el alimentante se compromete a atender las necesidades materiales del alimentista, a facilitarle alojamiento,

cuidados y asistencia. (Entre la doctrina se manifiestan, en este sentido, GUILARTE ZAPATERO, «Comentarios al artículo 1.802 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir.: ALBALADEJO, t. XXII, vol. I, Madrid, 1982, pág. 397; GÓMEZ LAPLAZA, «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *RDP*, marzo-abril de 2004, pág. 155; BÁDENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995, pág. 307, y MESA MARRERO, *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Navarra, 2006, pág. 45).

En lo que se refiere a los elementos personales del contrato, se distinguen las siguientes posiciones jurídicas: el alimentante, que se obliga a realizar la prestación alimenticia convenida y en contraprestación recibe un capital en bienes o derechos, y el contratante que se obliga a transmitir al primero un capital en cualquier clase de bienes y derechos, sea o no beneficiario de aquella prestación. En principio, ésta es la estructura subjetiva que normalmente presenta el contrato de alimentos, de tal forma que la parte que hace la cesión de bienes o derechos a favor del sujeto obligado suele ser la persona que ha de recibir durante su vida la prestación de alimentos. El alimentista es la persona acreedora de la prestación de alimentos, bien sea parte en el contrato y transmita el capital, bien porque es un tercero beneficiario de la prestación alimenticia. En este caso nos encontramos ante un contrato a favor de tercero (cfr. art. 1.257 CC) celebrado entre el estipulante o cedente de los bienes y el promitente o alimentante (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 5.^a ed., Madrid, 1996, págs. 440-441; MESA MARRERO, *op. cit.*, págs. 57, 70 y 72).

Respecto al objeto del contrato, el alimentista tiene derecho a percibir la prestación convenida a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos (art. 1.791 CC). Por lo tanto, se produce un intercambio de prestaciones entre ambos contratantes, correspondiendo al alimentista una obligación de dar consistente en la cesión de bienes o derechos. El examen de las resoluciones judiciales dictadas en esta materia pone de relieve que en la mayoría de los casos el alimentista se obliga a la transmisión de un bien normalmente inmueble, aunque también es bastante frecuente que para garantizar el cumplimiento de la prestación por parte del alimentante el cedente transmita la nuda propiedad del bien y se reserve el usufructo vitalicio, para seguir disfrutando mientras viva del bien cedido así como de los frutos o rendimientos que genere. Naturalmente, la prestación del alimentista también puede consistir en la entrega de una suma de dinero, en la cesión de un determinado derecho o en una combinación de todo lo anterior (MESA MARRERO, *op. cit.*, págs. 79 y 80).

El contenido de la prestación del alimentante dependerá de la voluntad de las partes, quienes en principio podrán pactar el contenido que estimen conveniente, aunque generalmente éste se fijará en función de las necesidades

del alimentista. Por lo tanto, la prestación alimenticia podrá tener un contenido que incluya diversas prestaciones, según cuáles sean las circunstancias concretas en cada caso y los intereses de las partes. Así, por ejemplo, si el interés del alimentista es tener sus necesidades materiales cubiertas, la prestación alimenticia a cargo del alimentante consistirá en atender sólo la manutención y/o sus gastos médicos, farmacéuticos, etc.; si, por el contrario, el propósito del alimentista es evitar una situación de soledad o desamparo, la prestación incluirá normalmente un pacto de convivencia con el alimentante, así como obligaciones de índole personal o afectivo que permitan al alimentista sentirse integrado en una familia. Con todo, el examen de las sentencias dictadas en esta materia pone de manifiesto que en la mayoría de los casos se pacta una obligación que encierra una pluralidad de prestaciones a cargo del alimentante, incluyendo normalmente una prestación de dar para atender el sustento material y también una actividad de hacer consistente en prestar determinados servicios (MESA MARRERO, *op. cit.*, pág. 81; LÓPEZ PELÁEZ, «El contrato de vitalicio: la cesión de un inmueble a cambio de alimentos», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 52, diciembre de 2004, pág. 22).

3. GARANTÍA REAL DE ESTOS DERECHOS

A) *Hipoteca. Su diferencia de la hipoteca inversa*

El cumplimiento de estos contratos puede garantizarse con un derecho real de hipoteca, como puede ser la prevista en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, al que se remite expresamente el artículo 1.797 del Código Civil para el caso del contrato de alimentos. Dispone aquél que *«podrá constituirse hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. En la inscripción se hará constar el acto o contrato por el cual se hubieran constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo o forma con que deban ser satisfechas»*.

Ante todo, y como señala PEÑA (*Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo II, 3.^a ed., Madrid, 1999, pág. 281), es una hipoteca, y, por tanto, un derecho accesorio de otro derecho, el crédito cuya efectividad asegura. La característica esencial de esta hipoteca reside en la especificidad del crédito garantizado, ya que no garantiza la restitución de un capital con sus correspondientes intereses, sino el cumplimiento de la obligación de realizar reiteradas prestaciones. Del mismo modo, pueden sucederse tantas ejecuciones forzosas como prestaciones periódicas dejen de cumplirse, habida cuenta de que el artículo 157 LH señala que *«el que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento»*. De esta norma surge la conocida discusión doctrinal acerca de si la transmisión voluntaria de la

finca implica la asunción automática de la deuda por el adquirente. Para PEÑA, no cabe decir que estemos ante una manifestación de la pretendida crisis del dogma de accesoriedad y que si la finca pasa a un tercero la deuda sea la accesoría de la hipoteca y que, por tanto, pase al adquirente con la finca (como pretendieron DE LA RICA y ROCA SASTRE).

Una vez visto el concepto básico de esta hipoteca, debemos diferenciar la hipoteca constituida en garantía de una renta o prestación periódica (como una renta vitalicia o un contrato de alimentos), de la nueva hipoteca inversa. La principal diferencia se encuentra en que, según establece el apartado b) de la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 41/2007, en la hipoteca inversa nos encontramos ante un crédito o préstamo en el que el deudor puede disponer de cantidades periódicas o únicas. Si bien se ha venido hablando de la «hipoteca pensión», lo cierto es que la disposición puede ser única, por lo que en este caso no hay lugar a dudas sobre la naturaleza de estas figuras. Cuando se trate de disposiciones o entregas periódicas por el acreedor puede asimilarse a una pensión periódica. Sin embargo en la hipoteca inversa lo que se garantiza es la restitución al acreedor hipotecario de las cantidades que periódicamente (de ahí que hablemos de pensión o renta, y sólo en este sentido) se han ido entregando al deudor, teniendo lugar dicha restitución al tiempo del fallecimiento del deudor, por lo que corresponde efectuarla a sus herederos. En la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas lo garantizado es el cumplimiento por parte del deudor del pago de una renta o pensión periódica, siendo el origen de ésta la transmisión del dominio sobre unos bienes a cambio de la misma. Como vemos, en la hipoteca inversa no hay previa transmisión del dominio al pagador de la renta, y además la garantía hipotecaria se constituye a favor del que entrega dicha renta, para asegurar su futura restitución; mientras que en la hipoteca en garantía de la prestación periódica se constituye el derecho real a favor de quien recibe la renta y para asegurar su pago periódico.

B) Condición resolutoria

La renta vitalicia es un negocio que tal cual está configurado en el Código Civil presenta ciertas dificultades e inconvenientes, como que la falta de pago de la renta no faculta al rentista para finalizar con el contrato y exigir la devolución de la propiedad, según el artículo 1.805. En principio, esta disposición excluye la recuperación del predio enajenado por impago de las pensiones, pero, como señala la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 26 de abril de 1991 (RA, núm. 3169), dicho artículo 1.805 del Código Civil «no implica una prohibición del pacto resolutorio sino una previsión legal de carácter dispositivo para el caso de silen-

cio contractual al respecto; así resulta del principio general de autonomía privada en conjunción con la supresión en el Código Civil vigente de la prohibición expresa que figuraba en el Proyecto Isabelino de 1851 y es compatible con la indudable onerosidad del contrato de renta vitalicia».

Así, en la STS de 23 de abril de 1998 (RA, núm. 2599) se consideró admisible establecer en este contrato una condición resolutoria al ser un pacto válido, conforme al artículo 1.255 del Código Civil, en relación con el 1.091 y el 1.258, que no conculca ni contradice el artículo 1.805 y hace aplicable el artículo 1.124, por responder a convenio expreso surgido de la plena autonomía de la voluntad de los contratantes.

4. DERECHOS FORALES

Figuras similares a las estudiadas existían y existen en algunos Derechos Forales, como es el caso de Galicia, Aragón, Navarra y Cataluña.

En Cataluña ha existido tradicionalmente la figura del censal y del violario que se regulan hoy en día en Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas. El censal consiste en *«el derecho de crédito a percibir y la consiguiente obligación de pagar indefinidamente una pensión a una persona y sus sucesores en virtud del capital recibido»* (art. 3). El artículo 6 permite garantizarlo con hipoteca. El violario o pensión vitalicia consiste en *«el derecho de crédito a percibir y la consiguiente obligación de pagar una pensión periódica en dinero, durante el tiempo definido por la vida de una o más personas que estén vivas en el momento de su constitución»* (art. 11). El artículo 15.3 dispone que *«la pensión vitalicia puede asegurarse mediante garantía real»* y el apartado 4 que *«es válido el pacto expreso de resolución del contrato de constitución a título oneroso de la pensión vitalicia por falta de pago de las pensiones»*.

En Galicia, los artículos 147 a 156 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil, regulan el «vitalicio», especie de contrato de alimentos, que se define como *«el contrato por el que una o varias personas se obligan respecto a otra u otras a prestar alimentos, en los términos que convengan, a cambio de la cesión de determinados bienes o derechos»*.

En Navarra, la Ley 131 establece que *«cuando en capitulaciones matrimoniales, testamento u otras disposiciones se establezca en favor de alguna persona derechos de vivir en la casa, de ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad u otros similares, con o sin obligación de trabajar para la casa, se estará a la disposición que los conceda y a la costumbre del lugar»*. También existe una figura similar en el derecho consuetudinario aragonés, denominada dación personal, que se caracteriza por la existencia de convivencia con la familia por parte del favorecido con el derecho a ser sustentado.

IX. FIGURAS ALTERNATIVAS

Además de la hipoteca inversa, se han propuesto también otras modalidades de obtención de ingresos a cambio de la vivienda habitual, como son las operaciones denominadas «vivienda pensión». Por ello el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y el Grupo Parlamentario Popular pretendían añadir una nueva Disposición Adicional en la que se regulase la «vivienda pensión», que consistiría en la transmisión de la titularidad o de la nuda propiedad de la vivienda habitual a una entidad aseguradora a cambio de una renta vitalicia asegurada destinada a la cobertura de la dependencia o de las necesidades de la vejez. La persona dependiente o mayor de sesenta y cinco años puede reservarse el uso o usufructo de la vivienda habitual, lo que le permite seguir viviendo en la misma hasta su fallecimiento. La vivienda pensión es un producto que cumple con las mismas finalidades sociales que la hipoteca inversa y responde a los mismos objetivos de ésta de ayudar a las personas mayores de sesenta y cinco años o dependientes a aumentar su renta disponible utilizando para ello su vivienda habitual, por lo que debería recibir incentivos fiscales similares a los previstos para la hipoteca inversa (12). Sin embargo, como se observa, no hay gran diferencia entre esta figura y las ya analizadas de la tradicional renta vitalicia o el contrato de alimentos. Para dotarlas de beneficios fiscales no parece buena técnica legislativa tratar de acudir a la artificiosa creación de figuras que sólo pueden producir confusión.

Asimismo, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) pretendía incluir una nueva Disposición Adicional en la que se regulase la «hipoteca pensión» (figura distinta a la de la hipoteca inversa). Para este Grupo, se trataba de otra alternativa para los dependientes o para las personas mayores de sesenta y cinco años con vivienda propia que quieren seguir viviendo en la misma. La persona dependiente hipoteca la vivienda como garantía del aplazamiento de la prima que se conviene en el contrato de seguro de renta vitalicia inmediata que le permita hacer frente al copago de los servicios que recibe por ser dependiente o bien complementar su pensión de jubilación en el caso de personas mayores de sesenta y cinco años no dependientes (13). La ventaja de esta alternativa es que las rentas se perciben por el dependiente o por la persona mayor de sesenta y cinco años hasta su fallecimiento (a diferencia de la hipoteca inversa, donde las rentas pueden acabarse antes de que el dependiente o la persona mayor de sesenta y cinco años fallezca). No obstante, esta

(12) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 64, y Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 105; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Popular, enmienda núm. 65.

(13) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), enmienda núm. 65.

alternativa puede quedar cubierta actualmente con una hipoteca inversa complementada con un seguro de vida, como ya se ha visto, o en la que las disposiciones periódicas que pueda obtener el beneficiario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa se destinen, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado (DA 4.^a de la Ley 41/2007).

X. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

Del análisis de los debates parlamentarios se desprende que la gran mayoría de las enmiendas a la Ley 41/2007 son de carácter técnico o garantizan la seguridad jurídica de las distintas figuras que aparecen en el complicado mercado hipotecario y financiero.

Si comparamos el texto definitivo, que ha sido aprobado, se observan muchos cambios respecto al anteproyecto. Podemos destacar los siguientes:

1.º En el Anteproyecto: *«A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa (o hipoteca pensión) el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya una vivienda habitual, solicitado por una persona física y que cumpla los siguientes requisitos»:*

En el Texto Definitivo: *«A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos»:*

En primer lugar, la nomenclatura de la figura en el anteproyecto se le denominaba hipoteca inversa o hipoteca pensión, denominación esta última que desapareció en la versión definitiva. Se sustituye «una» vivienda habitual del anteproyecto por «la» vivienda habitual. En el Texto Definitivo se introduce «del solicitante» y se suprime «solicitado por una persona física».

2.º Anteproyecto: *«a) que el solicitante sea una persona de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectada de dependencia».*

Ley: *«a) que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia».*

Finalmente, vemos que en la versión definitiva se prevén beneficiarios distintos del solicitante.

En la enmienda número 65, del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, propuso extender su ámbito a todas las situaciones de dependencia (moderada, severa o gran dependencia), ya que sólo recoger las dos últimas resultaba restrictivo. Las razones que justifican esta modalidad afectarían a todas las situaciones de dependencia, no sólo a las muy severas. Además, no se estima que las entidades de crédito pongan ningún problema técnico o de

viabilidad financiera. De otra parte, para las personas en situación de dependencia moderada, que pueden tener también grandes gastos derivados de su situación, representaría una gran ayuda. No obstante esta propuesta no se plasmó en el texto definitivo de la ley.

3.º Anteproyecto: *«b) que la finalidad del crédito o préstamo sea obtener para el solicitante, directa o indirectamente, una renta, sin perjuicio de la disposición de parte del crédito o préstamo de una sola vez.*

Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario».

Ley: *«b) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.*

c) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios».

Se observa que en la versión definitiva de la ley, el legislador establece de forma clara que la deuda sólo es exigible al fallecimiento del prestatario o, en su caso, del beneficiario.

El Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en su enmienda número 52, y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en su enmienda número 99 proponen la sustitución del «acreedor» por el «deudor», ya que el acreedor es la entidad financiera, que no es el disponente del préstamo o crédito concedido. Asimismo se propuso matizar que las rentas aseguradas sólo pueden ser garantizadas por entidades aseguradoras autorizadas a operar en el ramo de vida (14).

4.º Anteproyecto: *«3. Los herederos del deudor hipotecario, al fallecimiento de éste, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de las rentas satisfechas, con sus intereses.*

4. En las cancelaciones, anticipadas o no, de hipotecas inversas (o hipotecas pensión) que se produzcan como consecuencia del fallecimiento del prestatario o acreditado, la entidad acreedora no tendrá derecho a percibir cantidad alguna en concepto de penalización.

5. Independientemente del momento de vencimiento que conste en el contrato de préstamo o crédito hipotecario, la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario, sin perjuicio de que la deuda siga acumulando intereses, siempre y cuando se cumplan las condiciones contractuales. Salvo pacto en contrario, el prestatario mantendrá la titularidad de la vivienda que constituye la garantía de la hipoteca-pensión hasta su fallecimiento».

(14) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007.

Ley: «5. Al fallecimiento del deudor hipotecario, sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación.

En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente».

Con la finalidad de proteger los derechos de las personas mayores que suscriban una hipoteca inversa evitando que, dada su posición de mayor debilidad, se puedan ver privadas de su vivienda habitual por cualquier situación o presión familiar o del entorno económico en los debates parlamentarios se propuso que el apartado 6 de la Disposición Adicional 1.^a quedase redactado en los siguientes términos: «6. *Independientemente del momento de vencimiento que conste en el contrato de préstamo o crédito hipotecario, la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario, sin perjuicio de que la deuda siga acumulando intereses, siempre y cuando se cumplan las condiciones contractuales. En tanto siga vigente el préstamo o crédito hipotecario a que se refiere esta disposición, el prestatario podrá disponer del inmueble hipotecado, previa comunicación a la entidad prestataria o acreedora, siempre y cuando mantenga el usufructo o derecho de uso y habitación vitalicio sobre la vivienda que constituye la garantía de la hipoteca*» (15).

5.º Anteproyecto: «6. *Cuando la cancelación, anticipada o no, de la hipoteca inversa o hipoteca pensión se produzca debido al fallecimiento del prestatario, y salvo que se hubiera enajenado por estar autorizado para ello la vivienda que constituye la garantía para cobrar la deuda, el acreedor no podrá reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de éste distintos a dicha vivienda*».

Ley: «6. *Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria*».

Como se observa, en principio se limitaba la posibilidad del acreedor de reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de éstos dis-

(15) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, enmienda núm. 26; BOCG, Senado, serie II, núm. 130-d, de 6 de noviembre de 2007, Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), enmienda núm. 25.

tintos a la vivienda hipotecada. Estos extremos ya han sido tratados al comentar la exigibilidad de la deuda.

Como hemos señalado anteriormente (vid. *supra* V.4. «Extensión de la hipoteca en cuanto a los intereses»), dadas las particulares características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso del capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario y la deuda sólo es exigible al fallecimiento del mismo, no se consideró justificada en este caso la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses. Como resultado de la proposición de enmiendas, se añadió el párrafo final al apartado 6.º de la Disposición Adicional.

XI. OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

1. LA HIPOTECA INVERSA EN ESTADOS UNIDOS

A) *Dominio de HECM*

En Estados Unidos el mercado de hipotecas inversas está dominado por el programa federal *Home Equity Conversion Mortgage* (HECM, Hipoteca de Conversión del Patrimonio de Vivienda), con una cuota de mercado superior al 90 por 100. También ofrecen este tipo de hipotecas *Financial Freedom* con el producto *Jumbo Cash Account* que abarca el 5 por 100 de este sector y *Fannie Mae* con *Home Keeper* en torno al 1 por 100.

El desarrollo de las hipotecas inversas en los Estados Unidos se remonta a 1989. Inicialmente su crecimiento fue sumamente lento y no comenzó a despegar hasta 2002. En los últimos años el programa ha crecido muy rápidamente. *National Reverse Mortgage Lenders Association* o NRMLA (Asociación Nacional de Prestamistas de Hipotecas Inversas) señala que durante los nueve primeros meses de 2006 se constituyeron 55.659 HECM, lo que supone un incremento respecto a los 30.404 que se constituyeron durante el mismo periodo del año fiscal anterior. En este sentido, la sección 255 del *National Housing Act*, que regula el programa HECM, limita el número de nuevas incorporaciones de estas hipotecas inversas a 250.000, cifra que previsiblemente pudiera alcanzarse en 2007 ó 2008.

HECM es el único tipo de hipotecas inversas caracterizadas por la intervención de la Administración Pública. Las hipotecas HECM están aseguradas contra el riesgo de patrimonio negativo (financiado por los prestatarios) por la Administración Federal de la Vivienda (*Federal Housing Administration*, FHA), que pertenece al Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano (*Department of Housing and Urban Development*, HUD). FHA comunica a las entidades prestamistas del HECM el importe de las disposiciones que pueden

percibir a los prestatarios en función de la edad de los mismos y el valor de la vivienda que garantiza la hipoteca inversa. El programa de HECM limita los costes del préstamo y la FHA garantiza que las entidades cumplirán sus obligaciones.

El programa de HECM permite a las personas mayores continuar viviendo en sus inmuebles mientras disfrutan del dinero que les proporciona el prestamista como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa. Así, puede decirse que el propietario que constituye una hipoteca inversa transforma el valor neto de su propiedad en ingresos. Debido a la mayor vulnerabilidad de las personas mayores a las prácticas fraudulentas, este programa conlleva que el interesado, antes de constituir la hipoteca inversa, reciba asesoramiento gratuito de una agencia aprobada. FHA asegura los préstamos HECM para proteger a los prestamistas de las pérdidas en el supuesto de que la cantidad final recibida por el prestatario exceda el valor neto de la vivienda en el momento de la venta.

El solicitante continúa siendo propietario de la vivienda, puede venderla y mudarse en cualquier momento conservando los beneficios de la venta que excedan de la deuda hipotecaria. En ningún caso puede obligarse al solicitante a vender la vivienda para saldar la deuda garantizada con la hipoteca ni siquiera en el supuesto de que la deuda hipotecaria excediese el valor de la vivienda. Continúa siendo el propietario de la vivienda igual que en una hipoteca ordinaria y, por tanto, tiene que pagar los impuestos relativos a la vivienda y el seguro para hacer reparaciones en la misma. Cuando finaliza el préstamo, el prestatario o sus herederos tienen que pagar las disposiciones en efectivo que la entidad haya concedido más los intereses. Normalmente a los prestamistas no les interesa quedarse con la vivienda, sino que prefieren el pago en efectivo de la deuda.

Por último, destacar que *The National Reverse Mortgage Lenders Association* (NRMLA), asociación fundada en 1997, desempeña distintas funciones, entre las que destacan el asesoramiento a las personas mayores acerca de la constitución de hipotecas inversas, la sensibilización a los prestamistas hacia las necesidades de las personas mayores americanas, especificando cuáles son las buenas prácticas en el sector y la elaboración de un código ético.

B) *Requisitos para solicitar HECM*

Para poder solicitar estos préstamos HECM, el propietario tiene que tener más de sesenta y dos años, no tener carga hipotecaria o ser ésta fácilmente amortizable y haber recibido asesoramiento acerca del programa. La cantidad máxima que puede recibir un propietario se calcula con una fórmula que se obtiene combinando los siguientes factores: la edad del propietario, el

tipo de interés, el valor de la vivienda y la fórmula de recibir el dinero por la que se haya optado. En términos generales puede decirse que cuanto mayor sea el solicitante y mayor sea el valor de la vivienda, éste dispondrá de más dinero en efectivo. Por ejemplo, teniendo en cuenta el dato de la edad y en términos aproximativos, una persona de sesenta y cinco años podría pedir prestado hasta el 26 por 100 del valor de su vivienda, una persona de setenta y cinco años hasta el 39 por 100 y una de ochenta y cinco años hasta el 56 por 100.

Las hipotecas inversas generalmente deben ser «primeras» hipotecas, es decir, deben ser la primera deuda garantizada con la vivienda. Si el solicitante tiene otra deuda garantizada con su vivienda debe pagar esta deuda antes de solicitar la hipoteca inversa o pagar la deuda anterior con las disposiciones que le proporcione la constitución de la hipoteca inversa, que es lo que la mayoría de los prestatarios hacen. No obstante lo anterior, no será necesario pagar la deuda anterior si el primer prestamista accede a posponer su deuda hasta que esté cancelado el préstamo garantizado con la hipoteca inversa. Es de destacar que este supuesto no es muy frecuente, ya que normalmente sólo están dispuestas a considerar la subordinación de sus préstamos de esta forma las entidades estatales o locales.

C) *Opciones de pago*

Los solicitantes pueden escoger entre cinco formas de pago: 1. «*tenure*» o renta mensual hasta el momento de fallecimiento, siempre que continúe ocupando la vivienda como residencia principal; 2. «*term*» o renta mensual por un determinado período de tiempo; 3. «*line of credit*» o línea de crédito, que permite hacer disposiciones hasta una determinada cantidad; 4. «*modified tenure*», que combina la opción «*tenure*» con la línea de crédito, y 5. «*modified term*», que combina la opción «*term*» con la opción de la línea de crédito.

D) *Exigibilidad de la deuda*

En principio, un préstamo HECM no es exigible hasta que el solicitante se cambia de vivienda, la vende o fallece. No obstante, constituyen causas de exigibilidad de la deuda: si se permite que la propiedad se deteriore (se excepciona el supuesto de depreciación de la vivienda por el uso); si todos los prestatarios se trasladan definitivamente a una nueva residencia principal; si el último beneficiario superviviente deja de vivir durante doce meses consecutivos como consecuencia de una enfermedad física o mental; si se produce el impago de los impuestos de la propiedad o seguros de riesgo o si el pres-

tatario contraviene cualquier otra obligación a la que se encuentre comprometido en virtud del contrato.

La deuda que debe el prestatario de una hipoteca inversa es igual a todas las cantidades percibidas (incluyendo las destinadas a financiar los gastos de constitución de esta hipoteca o a pagar una deuda anterior garantizada con la vivienda), más todos los intereses que haya ido generando la deuda. En todo caso, cuando llega el momento de vencimiento de la deuda, si ésta excede el valor de la propiedad, el solicitante (o sus herederos) no se verán obligados a pagar más del valor de la propiedad. El FHA asegura al prestamista la diferencia de valor.

Si llegado el momento del vencimiento, la deuda acumulada es inferior al valor de la vivienda, el beneficiario puede quedarse con la cantidad restante. Sin embargo, si el balance final de la deuda supera el valor de la vivienda, la deuda total está limitada por el valor de la vivienda. Dicho de otra forma, el prestatario o sus herederos nunca van a tener que abonar al acreedor hipotecario más del valor de la vivienda en el momento en el que se cancela el préstamo. (A diferencia de lo que ocurre en el sistema español, pues como se ha visto al tratar la exigibilidad de la deuda, la Disposición Adicional 1.^a 6 permite que la reclamación pueda extenderse a todos los bienes de la herencia.) En caso de que el balance final de la deuda supere el de la vivienda, el prestamista no puede intentar cobrar la diferencia al prestatario o a sus herederos aún cuando estos tengan ingresos u otros bienes.

E) *Desistimiento unilateral*

Después de constituir una hipoteca inversa, el prestatario dispone de tres días para reconsiderar la decisión adoptada. Si por cualquier razón se arrepiente, el prestatario puede cancelar la hipoteca inversa constituida dentro de los tres días hábiles siguientes al cierre de la operación. Si el prestatario decide desistir de la hipoteca inversa, lo debe hacer por escrito: mediante el formulario suministrado por el prestamista, por carta, fax o telegrama. En todo caso debe remitirse al prestamista antes de la medianoche del tercer día laborable. No puede cancelarse por teléfono o en persona, sino que el desistimiento tiene que hacerse de forma escrita.

F) *HECM versus otras hipotecas inversas*

Los préstamos HECM suministran más ventajas que el resto de las otras hipotecas inversas ofertadas, entre otras razones, porque generalmente ofrecen más opciones respecto a la forma del pago de las disposiciones que realiza el

prestamista. Además, aunque los gastos de constitución pueden resultar costosos, los préstamos HECM son generalmente menos caros que las hipotecas inversas que ofertan otras entidades, ya que las otras entidades pueden ofrecer gastos más reducidos, pero por regla general las tasas de intereses son más altas. Al final, en la mayoría de los casos los préstamos HECM terminan siendo menos costosos.

Los costes pueden variar mucho de un tipo de hipoteca inversa a otro, puesto que no todas las hipotecas inversas incluyen los mismos tipos de costes del préstamo. Dado que el coste final de la hipoteca inversa es difícil de comprender y comparar, la Ley «*Truth-in-Lending law*» obliga a los prestamistas a divulgar el «*Total Annual Loan Cost*» (TALC) para estos préstamos. El coste total anual del préstamo (TALC) combina todos los costes de la hipoteca inversa en una tarifa media anual. Los datos revelados por el TALC pueden resultar útiles cuando se compara un tipo de hipoteca inversa con otra. No obstante, también ponen de manifiesto que en realidad, el coste total de una hipoteca inversa puede variar mucho y puede terminar siendo mucho más o menos caro de lo que en un principio se preveía.

El coste de esta clase de préstamos, tanto en términos de tipo de interés como de costes asociados, es elevado por varios motivos. En primer lugar, esta clase de créditos soporta un riesgo más elevado que los convencionales. A pesar de que el riesgo de impago del propietario es prácticamente nulo, la deuda se incrementa a medida que transcurre el tiempo, en lugar de decrecer. Además, el plazo del préstamo es incierto y la limitación de la deuda al valor de la propiedad resulta muy costoso cuando no se conocen perfectamente los riesgos. Todos estos factores justifican el hecho de que el tipo de interés para las hipotecas de esta clase, normalmente a tipo fijo en Reino Unido y variable en Estados Unidos (justo al contrario que para los préstamos para adquisición de vivienda), sea significativamente mayor que el tipo aplicado a los préstamos residenciales convencionales. Además, los costes administrativos, legales y fiscales asociados a la disposición de un préstamo y a la constitución de una hipoteca son elevados. Por ejemplo, en Estados Unidos, bajo el sistema federal, que es el más generoso, para una persona de setenta y cinco años con un valor de la propiedad de 100.000 \$, los costes pueden ascender hasta 10.000 \$ y el valor del préstamo es aproximadamente de 60.000 \$.

Las hipotecas inversas menos costosas son las ofertadas por el Estado o el gobierno local para fines específicos, los denominados préstamos de pago diferido (DPL) y el aplazamiento del impuesto sobre la propiedad inmobiliaria (PTD), dirigido a financiar obras de construcción en el primer caso y al pago de los impuestos sobre los bienes inmuebles en el segundo. Normalmente sólo pueden solicitar este tipo de hipotecas inversas los propietarios con ingresos bajos o moderados.

2. LA HIPOTECA INVERSA EN FRANCIA

En el ordenamiento jurídico francés entre las disposiciones de la *Ordonnance* número 2006-346, de 23 de marzo de 2006 (publicada en el *Journal Officiel* el 24 de marzo de 2006) que modifican el *Code de la Consommation*, se regula el régimen de la hipoteca inversa (arts. 141-1 a 141-20 del *Code de la Consommation*).

El artículo L. 314-1 define a la hipoteca inversa como «*un contrato por el cual un establecimiento de crédito o un establecimiento financiero concede a una persona física un préstamo bajo forma de un capital o disposiciones periódicas, garantizado por una hipoteca constituida sobre un bien inmobiliario del prestatario con uso exclusiva de vivienda en el que el reembolso (del principal e intereses) no puede exigirse hasta el momento del fallecimiento del prestatario o hasta la enajenación de la propiedad del inmueble hipotecado si sobreviene antes del fallecimiento*».

Bajo sanción de nulidad, el préstamo no puede destinarse a financiar necesidades de una actividad profesional (art. L. 314-2).

La regulación de la hipoteca inversa en el ordenamiento jurídico galo se caracteriza porque determina, entre las prácticas comerciales, las menciones que tiene que contener la publicidad de este tipo de contratos (art. L. 314-3) y las menciones obligatorias que tiene que contener la oferta (art. L. 314-5). En este sentido, la preocupación del legislador por proteger al prestatario frente a posibles prácticas abusivas se plasma en que se regulan detalladamente las sanciones que se impondrán a los prestamistas que no respeten las condiciones relativas a la oferta según dispone esta ley (art. L. 314-15 a 19).

A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico y al igual que ocurre en Estados Unidos, en el momento de la devolución, la cuantía máxima de la deuda no puede sobrepasar el valor del bien hipotecado (art. L. 314-9).

Finalmente, resaltar que también es posible la finalización del contrato por el prestatario mediante el reembolso anticipado de las sumas percibidas que comprendan la totalidad de principal y de intereses (art. L. 314-10).

XII. VALORACIÓN CRÍTICA

Como cuestiones formales, destacar que al regularse la hipoteca inversa en las Disposiciones Adicional 1.^a y la 4.^a de la Ley 41/2007, se ha optado, con escasa técnica codificadora, por dejarlas *fuera de la Ley Hipotecaria*. Compartimos la idea apuntada en la tramitación parlamentaria de esta ley que la calificaba de «cajón de sastre» por asemejarse a la ley de acompañamiento de presupuestos que solía emplearse en los últimos tiempos. Así, y a título

ejemplificativo, hay una nueva Disposición Adicional sobre reglas especiales para valorar el patrimonio de los solicitantes de prestaciones por dependencia y computar la capacidad económica de los solicitantes para su posterior evaluación por parte de la Administración; contiene disposiciones adicionales sobre la Copa América y los incentivos fiscales a la misma; hay una Disposición Final sobre el Fondo de Garantía de Alimentos; hay una nueva Disposición Final para modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral para adecuar reformas procesales precisas al sistema telemático; hay una nueva Disposición Final para modificar la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y una Disposición Final para modificar la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, entre otras.

Aparte de estas cuestiones formales, desde el punto de vista sustantivo, como aspectos discutibles de la regulación y con independencia de que ya se hayan comentado más exhaustivamente, podemos apuntar, a nuestro juicio, los siguientes:

1. Falta una referencia expresa en la regulación a la obligatoria determinación de la responsabilidad máxima a la que queda afecta la finca gravada con hipoteca inversa, que permitiría dejar clara la intangibilidad del principio hipotecario de especialidad, esencial para la seguridad jurídica y la certidumbre sobre la naturaleza y extensión de la carga que es objeto de publicidad a través del Registro de la Propiedad.

2. La extensión a «otros inmuebles» y el tenor literal del apartado 10 de la Disposición Adicional 1.^a suscita dudas en cuanto a su aplicación. La determinación concreta de los apartados que no han de aplicarse en estos supuestos debió explicitarse en el texto de la Ley y no dejarse a criterio del intérprete, como ya comentamos al tratar esta materia. La hipoteca inversa sobre «otros inmuebles», que pueden no ser vivienda, puede llegar a desnaturalizar la propia esencia de esta figura (véase, por ejemplo, la configuración en Derecho francés). La hipótesis de hipoteca sobre inmueble que no sea vivienda habitual debió matizarse o limitarse a ser complemento de la garantía sobre la vivienda.

3. La falta de una limitación numérica y de parentesco en la designación de beneficiarios puede ser fruto de conflictos con los futuros herederos y suponer una desviación de la concepción originaria del supuesto de hecho típico que origina la contratación de estos préstamos hipotecarios.

4. La extensión de la responsabilidad por la deuda a la totalidad del patrimonio hereditario, sin limitarla a la exclusivamente a la vivienda, dificultará la constitución de estas hipotecas dado el mayor gravamen que suponen. Dicho gravamen repercute más o menos indirectamente en los herederos, que, en definitiva, son los que tienen que hacer frente a la deuda, al ser ésta exigible sólo al tiempo del fallecimiento. Incluso podría afectar a lo que en

su día pueda corresponder por legítima a los herederos, supone una minoración del patrimonio hereditario futuro, por lo que incluso podría hablarse de una desheredación encubierta.

5. La entidad concedente aplica unos intereses sobre el dinero que «genera» nuestra vivienda, de igual forma que sucede con la hipoteca ordinaria. Las hipotecas inversas son, fundamentalmente, como las no inversas, un negocio. Un negocio que puede tener ventajas para ambas partes, pero que en ningún caso se realiza de una manera desinteresada o sin la intención de obtener un beneficio económico. En este sentido resultará muy importante analizar con detalle las condiciones indicadas en la hipoteca inversa para decidir si resultaría más adecuado proceder a la venta de la misma.

6. Otro inconveniente que plantea la «hipoteca inversa» es que habitualmente no tiene naturaleza vitalicia, teniendo que contratar de manera adicional el anteriormente mencionado seguro si lo que se desea obtener es una renta de por vida. Ya hemos analizado que dicha opción supone mayor tranquilidad para el contratante, pero también niveles de renta menores y mayores gastos de celebración. Parece que podría haberse incorporado el seguro de forma que se aumentasen las garantías jurídicas para los mayores y evitar que éstos se queden con el patrimonio sin garantía.

7. Todavía existen numerosos obstáculos culturales, principalmente en lo relativo a la merma que supone para el patrimonio hereditario. En todo caso el desarrollo de la figura estudiada dependerá de dos factores: por un lado de la urgente necesidad económica que surja a las personas mayores, así como del abandono de la costumbre de dejar su vivienda en herencia a los hijos, teniendo en cuenta que la sociedad española está ampliamente sesgada, consciente o no, hacia la llamada «cultura de la herencia» que económicamente se expresa como la existencia de unas pautas sociales que llevan a una preferencia por el apoyo a los descendientes, incluso cuando va acompañado de un sacrificio económico (COSTA-FONT, GIL y MASCARILLA, *Preferencias de la población ante la financiación de la dependencia: la hipoteca inversa en España*, XIV Encuentros de Economía Pública. Santander, 1 y 2 de febrero de 2007, pág. 3). Producto milagroso para algunos, demonizado por otros, la hipoteca vitalicia sólo puede juzgarse en función de las necesidades que cubre. Si la finalidad es, sin otras restricciones, liberar el valor acumulado en la vivienda principal, una solución mucho mejor es venderla y comprar otra más barata. Si la persona tiene este mismo objetivo pero con la restricción de conservar la posesión de la vivienda, como ocurre de modo creciente al aumentar la edad, las opciones se reducen al préstamo, que en ocasiones resulta difícil de conseguir y amortizar, y a la renta vitalicia.

8. Dejando aparte estas cuestiones, inicialmente la idea de que cuando se acaben los ahorros en la vejez, y se va a vivir una media de ochenta y cinco o noventa y cinco años, la vivienda proporcione al anciano una parte

importantísima de sus ingresos, parece muy atractiva. De esta forma, la constitución de una hipoteca inversa puede ser un acierto en situaciones económicas graves, para unas necesidades muy concretas, siempre que el asesoramiento previo sea bueno.

No debemos olvidar que la hipoteca inversa se revela como un instrumento adecuado para movilizar patrimonios inmobiliarios de personas que por su situación de edad, dependencia o insuficiencia de ingresos se hallan imposibilitadas para obtener recursos por otros instrumentos financieros. En definitiva, la hipoteca inversa puede servir para obtener financiación sobre el valor en cambio de la vivienda, sin necesidad de venderla, destinado fundamentalmente a complementar los ingresos para hacer frente a los gastos de mantenimiento, reparación y conservación de la vivienda habitual, así como mejorar la calidad de vida de los colectivos a los que se dirige.

XIII. CONCLUSIONES

I. La hipoteca inversa es una figura de nuevo cuño en el ordenamiento español que se introduce en la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en un marco de flexibilización del mercado hipotecario. Esta figura ya era conocida en otros ordenamientos, como el Derecho francés y anglosajón, cuyas regulaciones presentan diferencias con el modelo adoptado en Derecho español.

II. Una hipoteca inversa es una deuda garantizada con hipoteca especial para personas mayores o en situación de dependencia severa o gran dependencia por la que el cliente recibe una cantidad única o cantidad periódica, que sirve generalmente de complemento a su pensión, durante un tiempo limitado o vitalicia, surgiendo la obligación de restituir al tiempo del fallecimiento del deudor, quien en todo momento conserva la propiedad de su inmueble. La especialidad de este tipo de crédito reside, por tanto, en que la entidad concedente no podrá exigir la devolución de la deuda acumulada, es decir, la suma de todas las cantidades que los particulares hayan ido percibiendo a lo largo de los años, ni podrá ejecutar la garantía hasta que no muera su titular o el último de los beneficiarios. La regulación definitiva no ha limitado la reclamación del acreedor al importe de los bienes hipotecados, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, sino que extiende la posibilidad de reclamar sobre todos los bienes de la herencia.

III. La hipoteca inversa tiene ciertas limitaciones para su contratación. Desde el punto de vista subjetivo, está dirigida a personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia. Sin embargo, se permite la designación de beneficiario sin límite alguno por razón de parentesco, afinidad, ni número máximo, por lo que

cabe atribuir esta condición a cualquier persona que reúna las antedichas circunstancias (mayor de sesenta y cinco años, dependencia severa o gran dependencia). Esto puede acarrear conflictos familiares con los posibles futuros herederos del solicitante. Desde el punto de vista objetivo, debe constituirse sobre la vivienda habitual incluyéndose esta circunstancia en la propia definición legal y considerándose en la misma esencia de esta figura.

IV. A pesar de su novedad, en nuestro Derecho ya existían otros instrumentos jurídicos con similar finalidad de atención a necesidades asistenciales, y, por ello, con una análoga a la hipoteca inversa, como son la renta vitalicia y el contrato de alimentos, conocido tradicionalmente como vitalicio. La especialidad con respecto a ellos es que el solicitante conserva la propiedad y el disfrute de la vivienda. Los herederos tendrán la opción de pagar la deuda contraída y así quedarse con el dominio de la finca. No obstante debe destacarse que una de las dificultades que puede tener esta figura para su desenvolvimiento en la práctica es el detrimento que la misma supone para el futuro patrimonio hereditario.

V. La obligación garantizada con esta hipoteca será un préstamo o crédito del que el deudor puede realizar disposiciones periódicas o únicas. Dadas las particulares características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso del capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario y la deuda sólo es exigible al fallecimiento del mismo, no se considera justificada la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses que con carácter general impone el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Se introduce así una importante excepción respecto a la configuración general establecida para la hipoteca en nuestro ordenamiento.

VI. Se ha excepcionado la doctrina que tradicionalmente había mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues se permite que el acreedor declare el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado en caso de transmisión de la finca. Hasta el momento se consideraba que tales pactos envolvían una innecesaria y abusiva limitación del dueño a disponer de sus bienes contra el principio de libertad del tráfico inmobiliario.

VII. La posibilidad de contratar un seguro de vida asociado a la hipoteca inversa permite garantizar que el titular de esta pensión hipotecaria cobre de por vida una renta, independientemente de que haya superado el plazo establecido en la hipoteca, aunque ello implique aumentar el coste de la operación.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGUITA RÍOS, Rosa M.^a: «Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 87, febrero de 2008, y *La Ley* núm. 6875.
- BÁDENAS CARPIO, José Manuel: *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: *Hipoteca inversa (notas prácticas)*, Seminario de Derecho Registral, Bilbao, Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad, año XLII, núm. 131 (2.^a época); enero de 2007.
- BELTRÁN DE HEREDIA, José: *La renta vitalicia*, Madrid, 1963.
- CHICO ORTIZ, José M.^a: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, 4.^a ed., Madrid, 2000.
- COSTA-FONT, Joan; GIL, Joan, y MASCARILLA, Óscar: *Preferencias de la población ante la financiación de la dependencia: la hipoteca inversa en España*, XIV Encuentros de Economía Pública. Santander, 1 y 2 de febrero de 2007, <<http://economia publica.com/ponencias/2.1.pdf>>.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 5.^a ed., Madrid, 1996.
- *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9.^a ed., Madrid, 2005.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *RCDI*, núm. 702, julio-agosto de 2007.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.^a del Carmen: «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *RDP*, marzo-abril de 2004.
- HERRANZ GONZÁLEZ, Rubén: *Hipoteca inversa y figuras afines*, Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, núm. 49, fecha de publicación: 21 de marzo de 2006, <<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf>>.
- LÓPEZ PELÁEZ, Patricia: «El contrato de vitalicio: la cesión de un inmueble a cambio de alimentos», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 52, diciembre de 2004.
- MESA MARRERO, Carolina: *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Navarra, 2006.
- MIQUEL SILVESTRE, José Antonio: «Hipoteca inversa. Algunas hipótesis de conflicto», en *La Ley*, núm. 6924.
- MURO VILLALÓN, Jesús Víctor: *La hipoteca inversa*. Ponencia presentada al III Congreso de Registradores de España, Granada, celebrado del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2006.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo II, 3.^a ed., Madrid, 1999.
- ROCA SASTRE, Ramón M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 8.^a ed., Barcelona, 1998.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2008.
- Hipotecas inversas en Estados Unidos, vid. <<http://www.hud.gov/offices/hsg/sfh/hecm/hecm—df.cfm> (*Home Equity Conversion Mortgage Program*)>; <<http://www.aarp.org/money/revmort/> (*American Association of Retired Persons*)>.

RESUMEN

HIPOTECA

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha introducido en nuestro ordenamiento una nueva modalidad de hipoteca denominada «inversa», que ya era conocida en otros ordenamientos. Su peculiaridad reside en tratarse de una deuda garantizada con hipoteca especial sobre la vivienda habitual dirigida a personas mayores o en situación de dependencia severa o gran dependencia, por la que el cliente recibe una cantidad única o cantidad periódica, que sirve generalmente de complemento a su pensión, durante un tiempo limitado, o vitalicia, surgiendo la obligación de restituir al tiempo del fallecimiento del deudor, quien en todo momento conserva la propiedad de su inmueble.

Ésta es la principal diferencia con otras instituciones ya existentes con la que comparte la finalidad de cubrir necesidades asistenciales, como son la renta vitalicia y el contrato de alimentos, conocido tradicionalmente como vitalicio. La regulación de esta nueva y peculiar modalidad hipotecaria ha llevado al legislador a introducir destacables excepciones en el régimen general de la hipoteca, resaltando la inaplicación del límite de garantía por intereses o el establecimiento en sede legal del vencimiento anticipado en caso de transmisión de la finca.

ABSTRACT

MORTGAGE

Act 41/2007 of 7 December brought into Spanish legislation something termed «the reverse mortgage», a new kind of mortgage that has already become known to other countries' legislations. The reverse mortgage's peculiarity resides in the fact that it concerns a debt secured with a special mortgage on the borrower's regular place of residence, designed for people who are elderly or in a situation of severe or heavy dependence, in which the client receives a lump sum or regular sum that generally works as a pension supplement, for a limited time or the client's remaining lifetime, and the repayment obligation arises at the time of the death of the borrower, who at all times retains ownership of his or her property.

This is the primary difference between the reverse mortgage and other, already-existing Spanish institutions that share the same intent of covering basic needs, such as the life annuity and the support contract, traditionally known as the «lifetime support» contract. In regulating this new, unique mode of mortgaging, legislators have introduced significant exceptions in the general rules for mortgages. Stress is laid on the non-application of the interest guarantee limit and the establishment of early maturity if the property is transferred.

(Trabajo recibido el 12-02-08 y aceptado para su publicación el 14-11-08)