

A. VIVIENDA HABITUAL Y CRÉDITO HIPOTECARIO

A.6 Hipoteca inversa y vivienda habitual: su fracaso histórico y su viabilidad

Pedro Garrido Chamorro
Notario
pgarrido@notariado.org

Resumen: La hipoteca inversa es un instrumento que puede ser útil para responder a las necesidades de financiación que los ciudadanos con frecuencia se encuentran en los últimos años de su vida, utilizando como palanca la propiedad de su vivienda, pero permitiéndoles disponer de ella hasta el final. Sin embargo, la figura no ha tenido un excesivo desarrollo, debido por un lado a las incertidumbres que han quedado abiertas en su defectuosa regulación, en relación con aspectos como la delimitación de lo que sea vivienda habitual del solicitante, la situación y relaciones de solicitante, hipotecante y beneficiario cuando no sean la misma persona, la posibilidad de constitución sobre otros inmuebles y su régimen legal en tal caso, la posición de herederos y acreedor en relación con el activo y pasivo hereditarios, los límites a la cobertura hipotecaria de los intereses devengados, etc. Esas dudas han podido causar la desconfianza en la figura, y consecuentemente su escasa utilización. Por ello, este trabajo intenta aclararlas y apunta soluciones regulatorias. A la vez, se observa una grave carencia en la oferta de unos productos satisfactorios para los eventuales solicitantes, seguramente debido a la ausencia de unas soluciones que cubran a la vez los aspectos puramente financieros y los actuariales o de seguros.



Palabras clave: *Hipoteca, hipoteca inversa, ancianidad, vivienda habitual, renta vitalicia, seguro de sobrevivencia.*

Abstract: *A reverse mortgage is a tool that can be useful in addressing the financial needs that citizens often face in the later years of their lives. It leverages the ownership of their home, allowing them to continue living in it until the end. However, this construct has not seen significant development, partly due to uncertainties left by its flawed regulation. These uncertainties include issues like defining what qualifies as the applicant's primary residence, the roles and relationships when the applicant, mortgagor, and beneficiary are not the same person, the possibility of applying a reverse mortgage to other types of properties and the legal framework in such cases, and the position of heirs and creditors concerning the inherited assets and liabilities, the limits on mortgage coverage for accrued interest, among others. These doubts may have caused distrust in the reverse mortgage, leading to its limited use. Therefore, this paper aims to clarify these issues and propose regulatory solutions. At the same time, there is a significant lack of satisfactory products for potential applicants, likely due to the lack of solutions that address both the financial aspects and the actuarial or insurance components.*

Keywords: *Mortgage, reverse mortgage, old age, primary residence, life annuity, survivorship insurance.*

Sumario: 1. Introducción: la potencial utilidad social de la hipoteca inversa. 2. La configuración legal de la hipoteca inversa y sus dudas interpretativas. 2.1 La disposición adicional 1.^a de la ley 41/2007. 2.2 Requisitos configuradores y efectos propios de la hipoteca inversa. A. Sujeto acreedor: entidades prestamistas. B. Sujeto pasivo del crédito: solicitante, beneficiarios. C. Objeto: vivienda habitual del solicitante. D. Disposición del préstamo, devengo de intereses y apertura de crédito. E. Vencimiento y exigibilidad del préstamo o crédito. F. La transmisión voluntaria de la finca hipotecada. G. Tasación de la finca. H. Comercialización y transparencia de estas operaciones. I. Régimen de la hipoteca inversa constituida «sobre otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante». J. Exenciones fiscales y bonificaciones arancelarias. 3. Las disfunciones de la figura, y sus vías de solución.

1. INTRODUCCIÓN: LA POTENCIAL UTILIDAD SOCIAL DE LA HIPOTECA INVERSA

El moderno instrumento financiero que constituye la hipoteca inversa responde a una necesidad propia de las circunstancias socio económicas

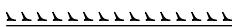


actuales: personas que han acumulado un cierto patrimonio mediante los ahorros procedentes fundamentalmente de su trabajo, en la vejez se encuentran con unos recursos limitados debido a la insuficiencia de las prestaciones que les proporcionan el sistema público de pensiones y los instrumentos de ahorro-previsión que hayan podido acumular durante su vida, y tienen como principal activo patrimonial la vivienda que han adquirido. Esta situación es frecuente en España, país de propietarios donde según el Instituto Nacional de Estadística, en 2023, el 79,6 % de los hogares disponen de la vivienda en propiedad, porcentaje que entre las personas de 65 o más años se eleva muy notablemente, hasta el 89,1 %.

Nos encontramos, pues, con una necesidad muy concreta: casi el 90 % de los hogares de personas de 65 o más años disponen de un activo patrimonial importante, su vivienda, del que no se pueden desprender en vida, puesto que necesitan seguir ocupándola hasta su fallecimiento, pero en muchos casos perciben unas pensiones o ingresos periódicos insuficientes. Resultará por tanto muy indicado el instrumento financiero que les proporcione una liquidez con cargo a ese activo patrimonial que es su vivienda, permitiéndoles a la vez conservar su uso durante el resto de su vida. Un medio para ello puede ser la venta de la nuda propiedad de la vivienda, con reserva del usufructo vitalicio (conjunto y sucesivo si se trata de un matrimonio), si encuentran un inversor dispuesto a pagar un precio, obviamente reducido en mayor o menor medida, por la compra de un inmueble que no va a poder disfrutar, ni probablemente a realizar, durante la vida potencialmente larga de esa persona o personas.

La estrechez de ese mercado abre un evidente espacio a la intervención de operadores empresariales o profesionales, que podrán disponer unos recursos mayores para cubrir esas necesidades, obviamente a cambio de un beneficio empresarial. La fórmula, de carácter financiero-actuarial, será la concesión al titular de la vivienda de un préstamo o crédito, con entrega inmediata o periodificada de su capital, y aplazamiento de la devolución del capital y pago de intereses hasta el fallecimiento de los prestatarios (que por definición no disponen de recursos para esos pagos periódicos, puesto que lo que pretenden con esa operación de préstamo o crédito es precisamente complementar sus insuficientes ingresos habituales). La entidad prestamista cobrará su crédito con los intereses devengados al vencimiento, es decir en la fecha de fallecimiento de los prestatarios, por regla general mediante la realización del inmueble, el cual a su vez constituye la garantía del cobro para la misma. Y los prestamistas tendrán la ventaja de que las cantidades percibidas, al constituir un préstamo y no una renta, no tributarán como rendimientos.

El diseño ideal de la operación, que satisfaría en la máxima medida las finalidades de las dos partes, sería aquél en que el importe de la deuda,



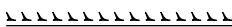
con todos los intereses, fuera igual al valor de realización del bien. Pero la incertidumbre sobre la fecha del vencimiento de la operación, o fallecimiento de los prestatarios, hace imposible un cálculo exacto, y genera un riesgo para la parte acreedora (si esa fecha se retrasa de forma importante y los intereses más el capital objeto de disposiciones sucesivas superan el valor de la vivienda). La elusión de ese riesgo conduce a una severa limitación de la concesión de crédito en la mayoría de los casos.

Debe por otra parte señalarse que, si bien este tipo de operaciones provoca el frecuente agotamiento del patrimonio de los prestatarios o acreditados, ello no plantea problema alguno desde el punto de vista de las legítimas de sus eventuales herederos forzosos, puesto que no se trata más que de un negocio a título oneroso, de disposición y gasto de su patrimonio, para el que no existe limitación legal alguna. No obstante, esto choca frecuentemente con la percepción social de un cierto deber moral de conservación y transmisión del patrimonio a los descendientes.

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*, ha pretendido organizar un instrumento jurídico para atender a estas necesidades, mediante la introducción de la hipoteca inversa, intentando encajarla en los límites demasiado estrechos que nuestro ordenamiento jurídico delinea para las hipotecas, flexibilizando algunos de ellos en la medida necesaria.

No obstante, debe reconocerse que la acogida e implantación de la figura ha sido extraordinariamente pobre, y el número de hipotecas inversas constituidas reducidísimo. Las causas del fracaso de la hipoteca inversa son, en nuestra opinión, fundamentalmente dos: la defectuosa configuración legal de esta institución en la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 41/2007, que la llena de dudas interpretativas y por consiguiente de inseguridad jurídica debido a las dificultades e incertidumbres que por ello presentará su acceso al registro, y las estrechas condiciones económicas en que la concesión de la misma se ha desenvuelto, debido a los riesgos implícitos en la figura, que la han hecho poco atractiva en la mayoría de los casos.

Una prueba más de la necesidad social de este tipo de figuras se encuentra en la Disposición adicional décima tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que establece, sin más, unos beneficios fiscales y arancelarios para los créditos inmobiliarios concedidos a personas en situación de dependencia y destinados principalmente a financiar el coste de los cuidados de la misma, que tengan como garantía un derecho real de anticresis, sobre una vivienda



destinada al mercado de alquiler. Se trataría de una figura sin precedentes en la práctica en nuestro país, y sin mucha presencia real en los mercados, pero que responde a necesidades parecidas del prestatario.

2. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA HIPOTECA INVERSA Y SUS DUDAS INTERPRETATIVAS

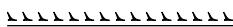
2.1 La disposición adicional 1.^a de la Ley 41/2007

La Ley 41/2007 introdujo la figura en una disposición adicional, la 1.^a, donde se articulan el régimen y los requisitos institucionales de la misma, con una reseñable falta de precisión de su perfil y límites y de coordinación con el ordenamiento hipotecario, lo que ha provocado una notable inseguridad en el uso de este contrato. Debe tenerse en cuenta que para atender eficazmente a los objetivos de las dos partes la hipoteca inversa requiere excepcionar o suavizar algunos de los principios que en materia de hipotecas establece la legislación hipotecaria, y se aplican en la práctica registral, con un rigor probablemente excesivo. Entre ellos cabe citar el principio de especialidad, la prohibición del anatocismo o interés compuesto y sobre todo la limitación de la cobertura hipotecaria de los intereses a cinco años. Se hace necesario, por ello, proceder a un detenido análisis de este texto legal.

La citada disposición adicional primera define y regula la hipoteca inversa en unos términos que van a requerir un análisis y esfuerzo interpretativo detenidos. Se define en ella la hipoteca inversa con base en el cumplimiento de una serie de requisitos configuradores, que deben verificarse para que el contrato encaje en el tipo legal y por tanto le sea aplicable la regulación especial que para el mismo se establece.

Esos elementos configuradores son: Que la finca hipotecada sea precisamente la vivienda habitual del prestatario (denominado en ocasiones, de forma algo confusa, solicitante); que la misma haya sido previamente tasada, y quede asegurada en función del valor de dicha tasación; que el prestatario y los beneficiarios adicionales que en su caso se designaran sean mayores de 65 años o personas en situación de dependencia o afectadas por una discapacidad; que la deuda solo sea exigible al fallecimiento del prestatario o, si así se estipula, del último beneficiario, y por último que el prestamista sea una entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito, o un entidad aseguradora, autorizada para operar en España.

De cumplirse estos requisitos, y resultar por tanto el contrato encuadrable en la figura de la hipoteca inversa, se aplicará una serie de normas,



o efectos especiales, distintos de los de las hipotecas ordinarias. No obstante, la aplicación y el sentido de estas normas dista mucho de ser claro, lo que, como hemos apuntado, puede ser al menos en parte causa del escaso éxito de la figura. Debemos pues, analizar detenidamente el sentido y aplicabilidad de todas estas reglas, con la doble finalidad de precisar su alcance, y a la vez apuntar la necesidad de una clarificación *de lege ferenda* de algunas de ellas.

2.2 Requisitos configuradores y efectos propios de la hipoteca inversa

A. *Sujeto acreedor: entidades prestamistas*

Establece la D. A. 1.^a, en su párrafo 2, que estos préstamos o créditos solo podrán ser concedidos por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito y entidades aseguradoras autorizadas para operar en España (estas últimas, de acuerdo con su respectiva normativa sectorial).

Esta exigencia no plantea mayores dudas interpretativas, y debe valorarse favorablemente, puesto que el control del cumplimiento de las exigencias en materia de transparencia y comercialización solo se garantiza adecuadamente si quedan sujetas al régimen que para estas entidades rige en España.

Ahora bien, esta norma no implica la prohibición absoluta de que, al amparo de la autonomía de la voluntad, pueda concluirse el contrato de hipoteca inversa o uno análogo entre particulares, si bien a los mismos no les serán aplicables las normas, efectos y ventajas especiales que introdujo la D. A. 1.^a, como analizaremos al final.

B. *Sujeto pasivo del crédito: solicitante, beneficiarios*

La D. A. 1.^a empieza estableciendo, como requisito del tipo negocial de la hipoteca inversa que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar deben ser de edad igual o superior a los 65 años, o estar afectados de dependencia o de una discapacidad de grado igual o superior al 33 por ciento. Ese «solicitante» debe ser además el ocupante, como vivienda habitual suya, de la finca hipotecada. Y seguidamente habla del «deudor» y el «prestatario» como términos, al parecer, equivalentes al del «solicitante».

La terminología empleada adolece, sin embargo, de cierta falta de precisión. En esta operación pueden existir uno o varios deudores o prestatarios, un hipotecante (que aparentemente podría ser no deudor),



y un beneficiario, con posiciones jurídicas diversas, y que deben reunir los requisitos legales para que el contrato celebrado dentro del tipo establecido en la D. A. 1.^a y quede sujeto a su régimen y ventajas regulatorias.

Así, aunque parece que la norma está pensando en un prestatario que hipoteca la finca de la que es propietario y constituye su vivienda habitual, pueden presentarse otras muchas situaciones en las que esta figura podría resultar útil.

Con frecuencia, los prestatarios pueden ser unos cónyuges titulares de una vivienda conyugal ganancial o que les pertenezca privativamente por partes iguales o en otra proporción, que recibirían el préstamo para los dos respondiendo de él solidariamente y distribuyéndose la deuda por partes iguales en la relación interna. Esto puede plantear problemas en la determinación de la carga de dicha deuda en la herencia de los dos cónyuges: si la responsabilidad es solidaria parece que el acreedor, pese a que como dice el párrafo 6 de la D. A. 1.^a «solo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia», podrá reclamar la deuda por su total importe de una u otra de las dos herencias con ese límite. Y seguidamente entre los herederos de uno y otro de los dos cónyuges debería liquidarse la debida compensación, en ese supuesto de que una de las dos herencias hubiera soportado más carga que la que le correspondiera en la relación interna.

Pero puede también ocurrir que el deudor y el hipotecante no coincidan, en todo o en parte, situación que no ha sido objeto de ninguna regulación en la norma. Así, es posible que los dos cónyuges sean prestatarios, y por tanto deudores solidarios con esa limitación de la responsabilidad de sus respectivos herederos, pero solo uno de ellos sea el hipotecante, propietario de la vivienda.

Y es también posible que el préstamo se conceda a una o varias personas y en garantía del mismo se constituya una hipoteca sobre un bien propiedad de un tercero (por ejemplo, el hijo de los prestatarios) que constituya la vivienda habitual de los prestatarios, en exclusiva o de forma compartida con otras personas, frecuentemente de la misma familia. El propietario actuaría por tanto como hipotecante no deudor, y podría tener además la posición de heredero, con responsabilidad limitada por esa deuda de los causantes, como veremos.

Todas estas y otras posibles combinaciones de las figuras del deudor y el hipotecante no han sido contempladas con la debida claridad en el texto legal. No obstante parece que todas ellas deberían entrar sin problema alguno dentro de su confusa redacción, con tal que la finca hipotecada sea la vivienda habitual de los prestatarios, que es lo único que literalmente exige la D. A. 1.^a en sus párrafos 1 y 10.



Distinta es la figura del beneficiario, que según parece sin ser deudor ni responsable del préstamo o crédito va a percibir las cantidades entregadas en virtud del contrato. El título que le habilita para esa percepción deberá ser un negocio con el prestatario, bien de donación de esas cantidades o de préstamo entre ambos con obligación de reembolso en las condiciones que hayan acordado o incluso, si se trata del cónyuge del prestatario, de aportación a la sociedad de gananciales mediante un pacto en capitulaciones matrimoniales, al amparo de la autonomía de la voluntad existente en ese terreno.

Y el hecho de la designación del beneficiario en el contrato de préstamo o crédito da lugar a una estipulación a favor de un tercero, que según Roca Guillamón⁽¹⁾ le convierte en titular de derechos frente al prestamista, concretamente el de exigir la entrega de las cantidades que se hubieran pactado durante su vida, sin aparecer como deudor. Ahora bien, en muchas ocasiones ese convenio negocial entre prestatario y beneficiario será tácito, lo que generará una notable dificultad de prueba del acuerdo realmente concluido entre ambos. Resulta interesante, por lo demás, la duda que se plantea sobre la eventual revocabilidad de esa estipulación a favor del tercero, que dependerá de sus propios términos: su carácter oneroso o gratuito, la previsión de su extinción ante ciertos acontecimientos (ruptura conyugal, necesidades de los hijos o descendientes, etc)⁽²⁾.

No obstante, debemos señalar que si el título o acuerdo con el beneficiario fuera una donación a su favor ordenada por el propio prestatario, podría la misma llegar a ser inoficiosa, planteándose un confuso conflicto con los herederos forzosos del mismo. Especialmente, si el prestatario/donante ya hubiera fallecido y el beneficiario pretendiera ejercer durante un largo plazo su derecho de continuar percibiendo las entregas periódicas y vitalicias acordadas, las cuales deberán ser reembolsadas a cargo de la herencia del prestatario como luego veremos.

C. *Objeto: vivienda habitual del solicitante*

La D. A. 1.^a se limita a decir, en su párrafo 1, que es requisito constitutivo de este tipo contractual que el préstamo quede garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante. Y añade en el párrafo 10 que de instrumentarse

(1) *La Hipoteca Inversa Como Medio de Protección Económica de los Mayores*, en La Familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro, Coord. Por Angel Luis Rebollo Varela, Dykinson, Madrid 2010.

(2) SERRANO DE NICOLAS, «Régimen Jurídico de la hipoteca inversa», p. 44.



hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante no serán de aplicación a las mismas los apartados anteriores de la D. A. 1.^a No concreta más esta exigencia, y por consiguiente, como ya hemos apuntado, no parece exigir además que la vivienda pertenezca en propiedad al solicitante del préstamo. Cabe, por tanto, que sea de un tercero (su cónyuge, hijo, o persona ligada al mismo por otras relaciones familiares o meramente personales), de forma que el solicitante, perceptor del préstamo y obligado a su pago sea distinto del hipotecante no deudor. Por lo demás, no concretándose qué se entienda por vivienda habitual, parece que lo más razonable sea acudir al concepto que se establece en la normativa fiscal⁽³⁾, no obstante lo cual debe realizarse una interpretación flexible en este punto, ya que es posible que una persona tenga y utilice simultáneamente más de una finca como viviendas habituales simultáneas.

Esta exigencia puede encajar mal con la criticable, absurda e infundada norma del párrafo 5, en el sentido de que si el bien hipotecado hubiera sido transmitido *voluntariamente* por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito. Más adelante analizaremos esta disposición, pero no parece que de ella se desprenda la exigencia de que la vivienda sea a la vez de propiedad del prestatario y ocupada por el mismo, como veremos. Y por la misma motivación, tampoco parece que se deba interpretar que si el deudor hipoteca su vivienda habitual y luego se traslada a vivir en otra, sea o no de su propiedad, ello deba motivar el vencimiento anticipado del préstamo o la exclusión del contrato a partir de ese momento de este tipo contractual.

En cualquier caso, queda muy patente aquí cómo sería más que deseable una clarificación de la norma, mediante una nueva redacción más precisa.

D. *Disposición del préstamo, devengo de intereses y apertura de crédito*

Establece el párrafo 1.b de la D. A. 1.^a que el deudor podrá disponer del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas. No es muy correcto que esta alternativa se establezca como un requisito configurador del tipo contractual, ya que no hay otra posibilidad: bien se recibe el importe prestado mediante disposiciones periódicas o no, es decir mediante una o varias disposiciones concretas, o «únicas» (sic).

(3) SERRANO DE NICOLAS, «Régimen Jurídico de la hipoteca inversa», p. 48.



Pues bien, lo que esta norma parece sugerir es que la operación puede articularse de dos formas, desde el punto de vista de la disposición del importe prestado o acreditado:

– Bien mediante la disposición, con carácter vitalicio o durante un plazo determinado, de una cantidad periódica, mensual por ejemplo, para el prestatario o/y el beneficiario. En una operación diseñada así, las disposiciones mensuales se interrumpirían el día en que hubiera fallecido el último de los dos o concluido el más breve plazo pactado, y en ese momento se fijaría el importe total de la deuda, formada por el sumatorio de esas entregas como principal, más los intereses devengados por cada una de ellas y acumulados hasta la fecha de vencimiento.

La incertidumbre sobre la duración de esas disposiciones periódicas haría que la efectiva suma de las mismas pueda resultar de escasa cuantía, si el fallecimiento se produce pronto, en cuyo caso los herederos tendrán facilidad para pagar la deuda acumulada evitando así la ejecución sobre la vivienda hipotecada u otros bienes de la herencia. Por el contrario, si el prestatario o en su caso el beneficiario vivieran un número elevado de años, la deuda acumulada podría alcanzar una cuantía importante, que sumada a sus intereses podría eventualmente no quedar cubierta suficientemente por el valor de realización de la finca hipotecada. Ello provoca que las entidades concedentes de este tipo de operaciones, con su lógica aversión al riesgo, solo estén dispuestas a financiar la entrega de una cantidad periódica reducida en relación con el valor de la vivienda.

Por ello, como se indica en la exposición de motivos de la Ley 41/2007, normalmente se acordará que las disposiciones periódicas únicamente alcancen hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución: ello elimina el riesgo para la entidad prestamista de que la acumulación de una elevada cuantía de capital dispuesto deje sin cobertura hipotecaria a su crédito, y facilitará por tanto la concesión del préstamo o crédito. Pero a la vez tiene para el prestatario el inconveniente de que no le garantiza la disposición de esos medios durante toda su vida, sino únicamente hasta cierta edad, quedando desprotegido a partir de la misma. Claro es que la goma no se puede estirar indefinidamente: la obtención de crédito mediante la hipoteca sobre la vivienda estará siempre limitada por el valor de la misma.

Además, debemos reiterar que si hubiera fallecido el prestatario dejando descendientes, y existiera un beneficiario designado por el mismo en el contrato (por ejemplo, su cónyuge o pareja de hecho) a título gratuito, la eventual larga vida de éste con la consiguiente acumulación de una importante deuda con cargo a la herencia puede provocar la inoficiosidad de esa disposición a su favor.



– También se puede acordar una entrega limitada de cantidades, mediante una disposición única (por ejemplo, para financiar un tratamiento médico del prestatario), o bien varias disposiciones determinadas («únicas», en la confusa terminología de la D. A. 1.^a: por ejemplo, diez entregas anuales de un importe prefijado, que no obstante se interrumpirían si antes se produce el fallecimiento del prestatario y el eventual beneficiario).

En estos supuestos, se atenúa el riesgo de acumulación de una deuda importante por capital, aunque la de intereses continuará creciendo hasta el fallecimiento del deudor o beneficiario. Todo ello podrá permitir el incremento de las cantidades prestadas, si bien resulta claro que por esta vía no se propiciará el objetivo de obtener unos ingresos vitalicios, que con frecuencia constituirá la verdadera finalidad de este tipo de operaciones.

En conclusión, la amplísima autonomía de la voluntad que existe en este punto permitirá diseñar la operación de múltiples formas, en función de los objetivos pretendidos por la parte prestataria. Y se observa con claridad cómo el principal obstáculo a la obtención de una percepción vitalicia de cuantía suficiente se encuentra en la aleatoriedad de la duración de esa percepción y los riesgos de falta de cobertura de la operación, por lo que la entrada en juego de instrumentos capaces de atenuar ese riesgo a un coste razonable puede ser fundamental.

Por otra parte, se debe apuntar que en estas operaciones frecuentemente la forma más ajustada de instrumentación sea la apertura de crédito, a la que reiteradamente hace referencia la D. A. 1.^a Esta figura puede resultar adecuada porque permite pactar expresamente que los intereses que vayan devengando (y por definición no se abonan a su devengo, sino tras el fallecimiento del deudor o beneficiario) se carguen, por ejemplo con periodicidad anual o trimestral, a la cuenta y en consecuencia desde ese momento quede novada la obligación de su pago, acumulándolos al principal, y por tanto devengándose intereses sobre la total deuda resultante. LA DGRN, en varias Resoluciones (de 1 de octubre y 4 de noviembre de 2010, y de 11 de enero de 2011) así lo ha admitido, pese a la prohibición tradicionalmente sostenida en nuestro ordenamiento del devengo de intereses sobre los propios intereses acumulados. Esa prohibición la deducía la DGRN del artículo 114 de la Ley Hipotecaria (que únicamente establecía, al tiempo de las resoluciones citadas, la limitación de la cobertura de intereses a un máximo de cinco años).

Posteriormente, se ha modificado el artículo, añadiendo en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y seguidamente en la Ley 5/2019, de 15 de marzo en términos más rigurosos, mediante un tercer párrafo que prohíbe que los intereses de demora sean capitalizados en ningún caso, sin posibilidad de pacto en contrario. En cualquier caso, aparte de que esta norma solo rija para los préstamos que entren dentro del ámbito de aplicación de



la Ley 5/2019, debe observarse que la prohibición de capitalización se refiere solo a los intereses de demora y no a los ordinarios, lo que quizás podría fundamentar una interpretación menos restrictiva del pacto de interés compuesto que la que, quizás de forma excesivamente rigurosa, se ha venido manteniendo hasta la fecha.

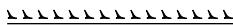
En cualquier caso, las Resoluciones citadas señalan por un lado que el Tribunal Supremo en sentencias reiteradas ha señalado la validez del pacto de anatocismo, por lo que los límites que se pueden deducir del artículo 114 de la Ley Hipotecaria se deben entender referidos solo a la eficacia frente a terceros del pacto de capitalización de los intereses. Y por otro lado, fundamentalmente, apuntan cómo en los contratos de crédito en cuenta corriente en rigor, tras cada vencimiento, no hay unos intereses exigibles con independencia sino que, de acuerdo con lo pactado, los mismos solo son objeto de anotación como una partida de cargo más de la cuenta corriente, por lo que la hipoteca no garantiza de forma separada e independiente cada vencimiento de intereses, sino solo el saldo final de la cuenta, no pudiendo por tanto hablarse de una capitalización de los intereses ordinarios vencidos (aunque los mismos se vayan devengando sobre la totalidad del saldo que en cada momento arroje dicha cuenta).

E. *Vencimiento y exigibilidad del préstamo o crédito*

La regulación del vencimiento del préstamo, en los términos que establece el párrafo 1.c de la D. A. 1.^a, constituye una de las características definitorias de este tipo contractual, de modo que la deuda solo será exigible al fallecimiento del prestatario o del último beneficiario (si así se estipuló en el contrato), y solo en ese momento se puede proceder a la ejecución de la garantía hipotecaria, lo que habrá servido para garantizarles la disponibilidad vitalicia de la vivienda.

No tendría sentido la prolongación del vencimiento durante la vida del beneficiario (distinto del prestatario) para asegurarle el uso de la vivienda, en el caso de que el mismo no la ocupara (lo que no se exige expresamente). Ello parece motivar la excepción prevista de que el vencimiento se alargue hasta el fallecimiento del beneficiario únicamente en el supuesto de que así se haya pactado de forma expresa.

Una vez producido el fallecimiento del deudor (o, en su caso, del beneficiario), la D. A.1.^a, en sus párrafos 5 y 6, da a sus herederos una doble opción: bien abonar la totalidad de la deuda con sus intereses (sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación, previsión



que no se entiende muy bien, puesto que en ese momento por definición habría vencido el préstamo), o bien optar por no reembolsarla.

Si los herederos optan por no reembolsar la deuda, se crea una extraña situación, ya que el acreedor podrá ejecutar la hipoteca mediante cualquiera de los procedimientos legales, sin que sea aplicable el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria (es decir, la limitación de la cobertura de la garantía hipotecaria a cinco años de intereses). Puede también embargar para el cobro de lo que se le deba cualquiera de los restantes bienes de la herencia, lo que es lógico, puesto que se trata de una deuda del causante.

Ahora bien, se crea aquí una especie de «beneficio de inventario» legal a favor de los herederos, ya que dice la norma que el acreedor «solo podrá obtener el recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia». La limitación de la responsabilidad de los herederos por estas deudas del causante sin necesidad de formular expresamente la aceptación a beneficio de inventario nos parece acertada, para hacer más viable la figura dentro del ámbito de las relaciones familiares, y tomando en consideración que la principal garantía, que es la base del préstamo, es la hipoteca. No obstante, hubiera sido deseable una mayor precisión, por ejemplo mediante una concreción de las normas sobre el procedimiento para la formulación del inventario de los bienes que integran el caudal hereditario, lo que parece necesario para asegurar la efectividad de los derechos del acreedor. Y en estos casos, debe entenderse que se pierde el beneficio de la limitación de la responsabilidad si los herederos no actúan con la diligencia debida en ese proceso de puesta de los bienes a disposición del acreedor.

La incertidumbre legal se agrava, por otra parte, en el supuesto de prórroga del vencimiento hasta el fallecimiento del beneficiario, cuando el prestatario/ hipotecante le haya premuerto. Aquí se produciría una coyuntura de riesgo de reducción de las garantías del acreedor, que quizás solo pueda disponer del procedimiento de ejecución hipotecaria para el cobro de lo debido. Porque esa situación no impide la partición de la herencia del fallecido, si bien es cierto que los bienes de esa herencia siguen respondiendo de una deuda de vencimiento futuro y cuantía indeterminada. Esto dificulta notablemente la ejecución sobre los otros bienes de la herencia, que deben ser entregados a los herederos, por lo que parece que como mínimo debe interpretarse que los herederos responderían de esa deuda con sus bienes, si bien con el límite del valor de lo que respectivamente hubiera percibido cada uno (aparte del problema de la posible oficiosidad de la disposición gratuita a favor del beneficiario al que nos hemos referido ya).



F. La transmisión voluntaria de la finca hipotecada

El párrafo 5 de la D. A. 1.^a introduce otra norma que carece de sentido institucional, presenta una redacción muy defectuosa y llena de dudas interpretativas, y seguramente le haga acreedor de una interpretación correctora, apartada de su literalidad.

El citado párrafo comienza estableciendo, como acabamos de ver, el derecho de los herederos del deudor, una vez hayan fallecido el mismo y los beneficiarios, de cancelar el préstamo sin comisión alguna por tal cancelación.

Y continúa en un segundo apartado diciendo que si el bien ha sido transmitido voluntariamente por el deudor el acreedor puede declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que la garantía se sustituya por otra suficiente. No se entiende el sentido que pueda tener colocar esta última norma en un apartado que comienza con los efectos del fallecimiento del deudor y los beneficiarios. Quizás cabría interpretar que se refiere al supuesto de que se haya pactado un plazo para el vencimiento de la deuda posterior a esa fecha de fallecimiento, aunque se trate de un supuesto muy excepcional (ya que lo normal es precisamente pactar el vencimiento en el momento del fallecimiento), y los herederos vendieran la finca tras la misma. Sin embargo, la norma literalmente se refiere a la transmisión «por el deudor hipotecario», lo que parece excluir dicha interpretación.

En cualquier caso, la norma carece por completo de sentido y fundamento. En primer lugar, porque transmisión voluntaria de la finca hipotecada no extingue ni limita en modo alguno el alcance y valor de esa garantía hipotecaria: la hipoteca subsiste plenamente pese a esa transmisión⁽⁴⁾. En segundo lugar, el hecho de que como consecuencia de la transmisión la finca dejara de ser la vivienda habitual del deudor no limita la calidad de la garantía ni genera un riesgo real de dificultad de la ejecución hipotecaria de la finca de un tercero. En tercer lugar, es incluso posible que tras la transmisión de la finca por el deudor la misma continúe siendo su vivienda habitual (por un pacto de reserva del usufructo o de arrendamiento a su favor). Y finalmente, la excepción de que se sustituya la hipoteca por otra garantía «suficiente» es absurda: la nueva garantía no tiene por qué constituirse sobre la vivienda del deudor (no lo exige la norma), y en todo

(4) En este sentido, apunta SILVESTRE, M. (*Hipoteca inversa. Algunas hipótesis de conflicto*, Diario la Ley, núm. 6924, 2008) cómo el proyecto inicial pretendía impedir al propietario hipotecante el ejercicio de una facultad dominical tan esencial como es la de disponer, pero al final se conformó con declarar vencido anticipadamente el préstamo si se enajena voluntariamente la finca, lo que no tiene justificación, si se tiene en cuenta que el acreedor ya goza de suficiente garantía al disponer de la acción hipotecaria sobre la finca cualquiera que sea su poseedor o propietario.



caso, la garantía sobre la vivienda era suficiente cuando se pactó la hipoteca inversa, por lo que carece completamente de fundamento que se permita eludir el vencimiento si se constituye en su lugar una garantía sobre otro bien, que va a tener un valor análogo a la hipoteca constituida inicialmente.

Por todo ello, debe interpretarse que la transmisión voluntaria únicamente puede dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo en el excepcional supuesto de que la garantía deje de ser suficiente tras la misma, por ejemplo porque la venta se haya acordado con simultánea cancelación de la hipoteca (que en cualquier caso deberá formalizarse con el consentimiento cancelatorio del acreedor, formalizando simultáneamente mediante acuerdo entre acreedor y deudor bien el pago y cancelación anticipada del préstamo, o bien la constitución de una nueva garantía hipotecaria suficiente).

Quizás el único sentido posible de la norma sea que en tal caso, es decir si el deudor pretende cancelar la hipoteca en el acto de la venta de la finca, el acreedor no pueda oponerse a la continuación de la vigencia del préstamo si el deudor ofrece la garantía de la constitución de la hipoteca sobre un bien cuyo valor de tasación sea al menos igual a la tasación de la vivienda inicialmente hipotecada. Claro que interpretar que la norma está imponiendo una obligación de aceptar la sustitución de la garantía al acreedor cuando lo que su texto dice es que «el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado» es quizás llevar la corrección interpretativa demasiado lejos. Aparte de ello, obligar a los acreedores a aceptar la sustitución de la garantía cuando así lo decida el deudor no parece, desde el punto de vista de la política legislativa, muy acertado, en la medida en que podría desincentivar seriamente el interés en estas operaciones de las entidades financieras, ya de por sí demasiado escaso.

G. *Tasación de la finca*

El párrafo 1.d de la D. A. 1.^a establece que, de forma obligatoria, la vivienda hipotecada debe ser 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.

Las remisiones que se han realizado a esta norma para imponer la obligatoriedad de las tasaciones en la constitución de hipotecas, tanto aquí como en las normas que sucesivamente se han dictado para proteger al deudor en los procedimientos de ejecución hipotecaria (estableciéndose inicialmente en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que la tasación para subasta



no podría ser inferior al 75 % del valor de tasación de la finca, y posteriormente, tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, que la misma, en el supuesto de venta extrajudicial ante notario, no podría ser inferior al 100 % de dicho valor, tasación que deberá además ser igual a dicha cifra para el procedimiento de ejecución directa, si se han pactado ambos) adolecen de una técnica legislativa poco depurada: se remiten a regulación en la Ley 2/1981; pero esta última Ley obligaba a realizar las tasaciones no para los préstamos hipotecarios en general, sino únicamente para que el correspondiente crédito hipotecario pudiera ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en la propia Ley, con la finalidad por tanto de garantizar la solidez de esos títulos. Y por ello, la exigencia que su artículo 5 se establece, de que el préstamo o crédito no exceda del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado, no es aplicable a los préstamos ordinarios o hipotecas inversas en general, sino únicamente a aquellos que hayan de ser movilizados.

La Ley 2/1981 admite que la tasación se realice por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, es decir de la propia prestamista. Esta autorización fue progresivamente limitada, ya que la Ley 1/2013, para evitar que se repitieran los problemas de la burbuja financiera e inmobiliaria a causa de unas tasaciones realizadas por los servicios de tasación de la propia entidad financiera, exigió una cierta independencia de esos servicios respecto de la entidad, regulando la forma de apreciar dicha independencia. Y posteriormente, la Ley 5/2019 ha reforzado la exigencia, estableciendo en su artículo 13 que la sociedad de tasación o servicio de tasación de una entidad de crédito o profesional homologado deberá ser «independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario».

Pues bien, dado que el artículo 2 de esta última, al definir el ámbito de aplicación de la Ley, excluye a la hipoteca inversa, se plantea la duda de si en consecuencia no siendo aplicable la misma la entidad tasadora no requiere una independencia tan rigurosa de la entidad tasadora, sino en los términos más flexibles en que la misma se regula por la Ley 1/2013. (Aunque hay que reconocer que, tal como han quedado organizados en la actualidad los servicios de tasación que se emplean por los bancos, esa cuestión no va a tener una excesiva relevancia en la práctica).

Y pese a esa exclusión, parece claro que la exigencia introducida por la Ley 5/2019 de que el valor de tasación de la finca en la venta extrajudicial, si se pacta la misma, o en la subasta judicial, no sea inferior al de la tasación realizada, rige para la hipoteca inversa, dado que la misma se ha introducido en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que es de aplicación general a todas las hipotecas.



H. *Comercialización y transparencia de estas operaciones*

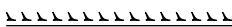
La complejidad y dificultad de comprensión de esta figura de la hipoteca inversa, las serias implicaciones que inevitablemente la misma tendrá para la economía de sus probables usuarios, así como la potencial vulnerabilidad de éstos, y el hecho de que en caso de errar en sus cálculos ya no dispondrán de mucho espacio de maniobra, hacen que sea especialmente importante su correcta información y asesoramiento, para evitarles sorpresas y abusos.

Por este motivo, la Ley 41/2007 ha impuesto a las entidades que comercialicen hipotecas inversas la obligación de cumplir un régimen de transparencia, que será establecido por el Ministerio de Economía, suministrando a los solicitantes los servicios de asesoramiento independiente que precisen, los cuales deberán disponerse teniendo en cuenta su situación financiera y los riesgos económicos derivados de la operación. Se prevé además que el Ministerio de Economía defina los mecanismos, condiciones, forma y requisitos de dicho asesoramiento, cosa que hasta la fecha no se ha realizado.

Cierto es que a estas operaciones les será de aplicación la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, con la obligatoria entrega de una oferta vinculante y demás información, recogiéndose en particular en sus Anexos III y IV el modelo de FIPRE y FIPER para las hipotecas Inversas, así como el deber de la entidad de prestar un servicio de asesoramiento independiente y previo, y el deber del notario de cerciorarse de que dicho asesoramiento ha sido llevado a cabo, así como de informar en debida forma al cliente del Banco.

En cualquier caso, ese asesoramiento hace referencia únicamente a las condiciones financieras de la hipoteca inversa ofertada, y por ello resulta sin duda insuficiente. Una correcta configuración de la misma, con un contenido más amplio, puede ayudar al éxito de la figura, incrementando la confianza en ella a base de facilitar a los potenciales usuarios la mejor elección entre las diversas alternativas financieras y de seguros disponibles, en función de su situación y necesidades. Ahora bien, su puesta en marcha no es sencilla, debido a la complejidad que presenta, ya que debe comprender tres aspectos que seguramente deban disociarse: el financiero, el actuarial y el jurídico.

El asesoramiento financiero y actuarial debería servir para proporcionar información sobre las diversas alternativas existentes en el mercado y las que en el futuro, como apuntaremos, se le pueden ofrecer. En función de la edad y las necesidades a corto y largo plazo de los prestatarios-beneficiarios, debe ponderarse la elección entre diversas alternativas de disposición



del dinero prestado (capital inicial, entregas sucesivas, vitalicias o hasta un plazo máximo, etc.), y la eventual combinación de éstas con la contratación de un seguro que, para el supuesto de supervivencia más allá de una determinada fecha proporcione al prestatario una indemnización que complemente el capital percibido de la entidad financiera hasta la fecha, o bien asegure al acreedor el cobro de la deuda total al poner a su disposición un capital extra susceptible de ejecución o directamente entregado al Banco, lo que permitirá a éste ofrecer un préstamo en mejores condiciones. En función de estos elementos, y teniendo en cuenta que la prima del eventual seguro se puede pagar de forma íntegra al principio, con cargo al préstamo y devengándose desde entonces intereses por la misma, o bien de forma periódica, deduciéndose de cada una de las disposiciones, debe buscarse la combinación o fórmula que, en función del valor de la vivienda hipotecada, edad, necesidades y demás circunstancias del prestatario, permita maximizar las cantidades a percibir mediante la garantía sobre ella constituida.

Por consiguiente, para ayudar a los prestatarios a obtener una solución ventajosa, se requeriría un asesoramiento que no se limite a analizar los productos y posibilidades ofrecidos por una sola empresa financiera o aseguradora, ya que normalmente la mejor alternativa será la combinación de un préstamo de alguna de las entidades financieras con un seguro de otra aseguradora. Por tanto, el asesoramiento no se puede prestar de forma eficaz y útil por los servicios vinculados únicamente a un banco o entidad financiera, o a una aseguradora, sino preferiblemente por una entidad que tenga información de los distintos productos disponibles en el mercado, y tenga por tanto capacidad para compararlos y elegir la mejor combinación para cubrir las necesidades del concreto cliente.

Junto a lo anterior, es también preciso un asesoramiento de tipo jurídico, que informe al prestatario de las condiciones del contrato concreto que se ha ofrecido por una o varias entidades, y en particular de las consecuencias tanto legales como patrimoniales que la firma y puesta en ejecución del préstamo o crédito va a tener: la limitación de las posibilidades de venta de la finca en el futuro (puesto que deberá cancelarse el préstamo en el mismo acto, reduciendo de forma importante, o en ocasiones por completo, el margen que del precio obtenido quedará al propietario), las consecuencias de una cancelación anticipada, la forma de cálculo de los intereses y la determinación del importe de la deuda pendiente a lo largo del tiempo como consecuencia de la acumulación de esos intereses, sean éstos fijos o variables, etc.

En este punto, debemos observar que con la completa exclusión de estas operaciones del ámbito de aplicación de la ley 5/2019 se perdió la oportunidad de utilizar para las mismas el asesoramiento previo e independiente del notario, basado entre otras cosas en la libre elección del notario por la



parte prestataria, y en el control de la disponibilidad de la información por el prestatario con anterioridad suficiente sin la cual la utilidad de esa información previa queda enormemente limitada.

En una futura revisión de la Ley actualmente vigente, debería por tanto plantearse el diseño de los mecanismos de asesoramiento a emplear, en el cual, en los muchos años transcurridos desde la aprobación de la Ley 41/2007, apenas se ha avanzado.

I. Régimen de la hipoteca inversa constituida «sobre otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante»

Dice el apartado 10 de la D. A. 1.^a que cabe también constituir hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, si bien a las mismas no les serán de aplicación los apartados anteriores de la D. A. 1.^a

La norma, de nuevo, plantea numerosas dudas, por una parte sobre su significado institucional, y por otra sobre el alcance de esa exclusión de la aplicación de «los apartados anteriores de esta disposición.» Porque si bien es cierto que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, el sentido de la institución se encuentra en posibilitar que se haga líquido el valor *de la vivienda* mediante productos financieros, como medio de contribuir a la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida, no se entiende bien por qué se excluye de su tipo legal el supuesto del empleo de otros bienes con la misma finalidad: por ejemplo, una segunda residencia, una finca rústica, una vivienda diferente de la habitual del prestatario porque el mismo ocupara la suya en régimen de alquiler, etc. La propia exposición de motivos reconoce la virtualidad del uso de la figura sobre otros bienes, cuando afirma la potencial utilidad del «desarrollo de un mercado de hipotecas inversas que permitan a los mayores utilizar *parte* de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta ofrece un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales».

Así las cosas, resulta evidente que los beneficios fiscales y arancelarios concedidos en los apartados 7, 8 y 9 de la D. A. 1.^a solo serán aplicables en los supuestos de uso de la vivienda habitual para la obtención de crédito. Pero no queda claro si ello implica necesariamente la exclusión de todas y cada una de las restantes normas contenidas en los apartados anteriores, a hipotecas que no reúnan todas las circunstancias que se mencionan: constituidas sobre otros bienes, o de personas que no cumplan los requisitos subjetivos que hemos descrito, o con una fecha de vencimiento anterior al fallecimiento, concedidas por prestamistas que no sean entidades de las enumeradas en la D. A. 1.^a, etc.



En contra de esa exclusión militan dos argumentos: por un lado, que no era necesaria la autorización por la D. A. 1.^a de este tipo de contratos sobre otros inmuebles, ya que la autonomía de la voluntad que preside nuestro derecho lo permitiría en todo caso. Y, por otra parte, que el reconocimiento de la figura en la propia D. A. 1.^a, parece implicar que la misma queda subsumida dentro de este tipo.

Así, nada obstará a que, al amparo de la autonomía de la voluntad se pacte la hipoteca inversa sobre un inmueble que no sea la vivienda habitual del prestatario acordándose la entrega del capital en alguna de las formas a las que antes se ha hecho referencia, y estableciéndose como fecha de vencimiento un plazo *certus an, incertus quando*, como es la fecha del fallecimiento del prestatario o en su caso el beneficiario. Cuestión distinta es si las normas que hemos visto que exceptúan las reglas generales de nuestro ordenamiento, como la aplicación de esa limitación de las responsabilidad de los herederos por las deudas del causante al margen del beneficio de inventario con su procedimiento legalmente organizado, o la no aplicabilidad de la limitación de la cobertura de los intereses a cinco años que establece el artículo 114 de la Ley Hipotecaria serían de aplicación en estos supuestos⁽⁵⁾. Parece que la interpretación debe ser negativa, dados los términos literales del párrafo 10, aunque como hemos indicado ello puede no estar justificado de *lege ferenda*.

J. Exenciones fiscales y bonificaciones arancelarias

Los párrafos 7, 8 y 9 establecen para estas operaciones (tanto si se trata de su constitución como de la subrogación, novación modificativa o cancelación) importantes bonificaciones, en concreto la exención de la cuota gradual de documentos notariales del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y la reducción de los honorarios notariales y registrales de dichas escrituras.

Parece claro, como se acaba de indicar, que estas bonificaciones son aplicables únicamente en los supuestos de hipotecas inversas constituidas sobre la vivienda habitual del prestatario y que reúnan las restantes características definitorias del tipo negocial (edad o discapacidad del solicitante o beneficiario, no exigibilidad hasta el fallecimiento, tasación

(5) En este sentido, considera Serrano de Nicolás que a estas operaciones les es aplicable la excepción del artículo 114.2 de la ley hipotecaria, por darse identidad de razón, con tal que se haya pactado que la exigibilidad de la deuda se posponga al momento del fallecimiento de del deudor o el beneficiario (*Régimen jurídico de la hipoteca inversa*, p. 56). Por su parte, Romero Candau entendía también que son aplicables todas las normas contenidas en la Disposición Adicional 1.^a, con excepción de las normas protectoras de los párrafos 7, 8 y 9 (*La Hipoteca Inversa*, pp. 313 ss.).



de la finca, que el concedente sea una entidad de crédito, establecimiento financiero de crédito o entidad aseguradora autorizada).

Roca Guillamón critica las reducciones arancelarias de los apartados 7 y 8, señalando que son demagógicas, ya que la causa del encarecimiento de esta figura crediticia no reside única ni principalmente en estos gastos, por cuanto a ellos se añaden otros, como tasación, comisiones bancarias, seguros, etc., que no han sido objeto de limitación alguna, y son arbitrarias, en cuanto implican una falta de reconocimiento del valor y coste de la función desempeñada por el notario y el registrador⁽⁶⁾. A ello cabe añadir la siguiente consideración: el éxito práctico de estas figuras requerirá como hemos apuntado un reforzamiento y profundización del asesoramiento notarial previo, que bien podría organizarse en los mismos términos que se establecieron por la Ley 5/2019, mediante un acta previa sin coste para el otorgante. Ahora bien, si se establece una reducción arancelaria tan radical como la actual, de modo que con el arancel efectivo no se llegan a cubrir los costes de la intervención notarial más que con la subvención cruzada de los de otras escrituras, y a ello hay que añadir una duplicación de esos costes y dedicación con el acta previa y gratuita, el incentivo de la prestación de la función notarial se reduce de forma excesiva, hasta el punto en que es previsible que la aportación efectiva al desarrollo de la figura sea finalmente muy reducida.

3. LAS DISFUNCIONES DE LA FIGURA, Y SUS VÍAS DE SOLUCIÓN

Como decíamos al inicio, la figura de la hipoteca inversa, a pesar de responder a una necesidad objetiva y previsiblemente cada vez más acuciante de un importante sector de la población, no ha tenido hasta la fecha la difusión que se esperaba. En mi opinión, la principal causa de este fracaso reside en la defectuosa regulación que de ella se ha realizado en la Ley 41/2007, no solo por las numerosas incertidumbres legales que de ella se derivan y por el marco excesivamente estrecho que la figura de la hipoteca presenta en nuestro ordenamiento jurídico, sino también, y muy especialmente, porque solo contempla una de las vertientes de la figura, la puramente jurídica, olvidando su problemática económica y de gestión.

(6) ROCA GUILLAMÓN, *La Hipoteca Inversa Como Medio de Protección Económica de los Mayores*, en La Familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro, Coord. Por Angel Luis Rebollo Varela, Dykinson, Madrid 2010, pp. 678 ss.



Los propietarios de una vivienda que se planteen la formalización de una hipoteca inversa sobre la misma pretenderán obtener a cambio una renta que, para atender satisfactoriamente a sus necesidades, debería ser vitalicia y revisable anualmente, en función del previsible aumento del IPC. Una renta que únicamente alcance hasta un número determinado de años no resultaría satisfactoria, si se tiene en cuenta que en caso de superar esa edad, en la ancianidad más avanzada y por tanto cuando las necesidades asistenciales serían previsiblemente mayores, los titulares de la vivienda ya no obtendrían ninguna cantidad adicional, y habrían perdido además la posibilidad de disponer de la vivienda. Por lo demás, la devolución del préstamo así recibido debería quedar aplazada hasta la fecha de su fallecimiento.

Pues bien, la renta que se les ofrecería en el mercado, si hubiera de tener las anteriores características, sería excesivamente baja, a la vista de las incertidumbres que para la entidad prestamista plantea semejante situación. Porque el Banco, que opera sobre parámetros exclusivamente financieros, no tiene posibilidad de cuantificar la probabilidad de que se produzca el hecho incierto consistente en la sobrevivencia durante un determinado número de años, ni de atenuar los riesgos inherentes a esa incertidumbre mediante su reparto entre un número elevado de operaciones, a la vista del escaso desarrollo de la figura⁽⁷⁾. Por lo demás, la tradicional e infundada exclusión del anatocismo o interés compuesto en la figura de la hipoteca agrava sensiblemente los riesgos derivados del hecho del aplazamiento de la recuperación de la inversión hasta el final de la vida de los deudores.

Todas estas incertidumbres hacen que la figura sea más adecuada a la operativa de las compañías aseguradoras, que sí tienen capacidad de cuantificar sus riesgos mediante los correspondientes estudios actuariales, de diluirlos a través de la mutualización o distribución de esos riesgos entre un elevado número de operaciones, e incluso cubrirlos mediante el reaseguro. Sin embargo, el hecho de que la garantía de percepción de la prima o contraprestación para la compañía se constituya sobre un inmueble a través de su eventual ejecución hipotecaria o incluso la directa adjudicación a la entidad constituye una práctica que resulta totalmente ajena a la habitual en el sector de seguros y para la que no se dispone de los medios organizativos adecuados, lo que ha alejado a estas entidades de este tipo de operaciones⁽⁸⁾.

(7) En este sentido, de forma muy gráfica, BERROCAL LANCELOT apunta cómo el problema es la transferencia del riesgo de longevidad al sistema financiero privado (*La venta de la nuda propiedad y la hipoteca inversa como instrumentos al servicio de las personas mayores*, p. 388). El problema debe, pues, en nuestra opinión, enfocarse desde la óptica de la combinación de los servicios financieros y los de seguros, como vamos a exponer.

(8) Apunta en este sentido, de forma muy razonable, SERRANO DE NICOLÁS que resulta conveniente admitir la figura del pacto comisorio, debidamente regulado, para facilitar los objetivos de la institución (*La hipoteca inversa*, pp. 356 ss.).



Por ello, la solución únicamente podría alcanzarse a partir de un producto combinado: una figura mixta con un contrato de préstamo hipotecario más uno de seguro de sobrevivencia. Es decir, se trataría de formalizar un contrato de préstamo a percibir mediante sucesivas entregas periódicas de capital hasta una determinada fecha, pactándose además un interés compuesto para retribuir financieramente de forma adecuada el hecho del aplazamiento de la percepción de los intereses. En mi opinión, además, el posible pacto de revisión de las cantidades entregadas periódicamente al prestatario de conformidad con el aumento del IPC sería posible, si la entidad financiera valora adecuadamente el hecho de que ese incremento de la deuda se vería siempre acompañado de un incremento paralelo del valor del bien sobre el que se constituye la garantía (teniendo en cuenta además que el diferencial entre las primeras cantidades entregadas y el valor de la vivienda progresivamente incrementado, con posterioridad, como consecuencia del aumento del IPC refuerza esa cobertura de la garantía).

Y junto al anterior contrato de préstamo, integrado en la misma operación o negocio jurídico complejo, se debería contratar un seguro de sobrevivencia, que dé al asegurado el derecho vitalicio a la percepción de una renta mensual a partir del momento en que cumpla una determinada edad (la edad, precisamente, en que dejaría de percibir las entregas periódicas de capital del préstamo). La prima del seguro podría pagarse mensualmente, en cuyo caso la cantidad percibida mediante el préstamo se vería reducida en ese importe, o bien en el momento inicial de la operación, en cuyo caso el pago de esa cantidad se financiaría normalmente mediante el préstamo, en forma de una entrega inicial algo mayor, si bien tendría la ventaja de que su importe, es decir el coste de un seguro de sobrevivencia con pago adelantado de la total prima, sería relativamente reducido.

La organización de esta figura compleja requerirá una colaboración entre empresas financieras y aseguradoras que no se ha producido hasta la fecha. Por lo demás, el interés social de la misma, y su previsible efecto positivo para las cuentas públicas, debido a la reducción de necesidades asistenciales que sin duda generaría, seguramente hagan viable una participación de los poderes públicos en la promoción de la figura, incluso mediante ayudas cuyo importe, si se dan en el momento inicial de la operación, no tendrían un importe excesivamente elevado.

En conclusión, la posible difusión de la figura sin duda requiere una mejora de su régimen jurídico-privado, en los términos que se han venido señalando, pero no basta con ello para hacerla viable: es igualmente preciso un replanteamiento de sus coordenadas económicas y de la estructura de los productos financieros y actuariales que se ofrezcan en el mercado.



BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ ALVAREZ, H., *La hipoteca inversa: una alternativa económica en tiempos de crisis*, Lex Nova, 2009.
- ALVAREZ OLALLA, P., *Calificación del registrador respecto a las cláusulas del préstamo hipotecario, cobertura de intereses remuneratorios en hipoteca inversa y cláusula de vencimiento anticipado: comentario a la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010, 5273)*, Aranzadi civil-mercantil. (1). abril 2011, pp. 21-30.
- ANGUITA RIOS, R. M., «Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre», *La Ley*. (6875). 4 febrero 2008, pp. 1-7.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *Hipoteca flotante, hipoteca inversa e hipoteca en garantía de obligación de intereses. Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, Aranzadi, 2022, pp. 737-791.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., *Hipoteca inversa y otros instrumentos financieros afines*, Academia Sevillana del Notariado. (19), curso académico 2007-2008, pp. 27-178.
- BLANQUER UBEROS, R., «Hipotecas inversas e hipotecas de máximo». *El notario del siglo XXI*, (10), noviembre-diciembre 2006, pp. 70-73.
- CONTRERAS DE LA ROSA, I., «Hipoteca inversa y “prêt viager hypothécaire”: ¿dos enfoques legales distintos en torno a una misma realidad?», en: *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito*: VIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino / Juana Pulgar Ezquerro (dir.); Carlos Vargas Vasserot (coord.); José M. Domínguez Martínez... [et al.]; prólogo de Manuel Olivencia Ruiz, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 419-438.
- ESTUPIÑAN CACERES, R., «La hipoteca inversa y otros productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores». En: *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Ed. Reus, Madrid, 2008, pp. 197-210.
- GARCIA GARNICA, M. C., «La hipoteca inversa: un instrumento financiero para contribuir al sostenimiento económico de las personas dependientes.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), julio 2011, pp. 91-110.
- GAZQUEZ SERRANO, L., «La hipoteca inversa». En: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Ed. Aranzadi, 2018, pp. 761-776.
- JIMENEZ CLAR, A. J., «La hipoteca inversa como instrumento de protección social», *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, (113), enero-marzo 2009, pp. 97-142.
- MARTIN BRICEÑO, M. R., «La hipoteca inversa como instrumento de protección de las personas dependientes», *La Ley derecho de familia*, (2), abril 2014, pp. 41-54.
- MIQUEL SILVESTRE, J. A., «Hipoteca inversa: algunas hipótesis de conflicto», *La Ley*, (6924), 14 abril 2008, pp. 6-7.
- MORILLO FERNANDEZ, F. J., «El crédito hipotecario inverso: la hipoteca inversa», *El notario del siglo XXI*, (17), enero-febrero 2008, pp. 162-167.



A.6 HIPOTECA INVERSA Y VIVIENDA HABITUAL: SU FRACASO HISTÓRICO Y SU VIABILIDAD

- PEREA GONZALEZ, A., «Autoatención» y mercado hipotecario: la hipoteca inversa «protegida», *Actualidad Civil*, n. 9, 2020, pp. 1-14.
- ROCA GUILLAMON, J., «La hipoteca inversa como medio de protección económica de los mayores». En: *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid: Dykinson, 2010, pp. 657-694.
- ROMERO CANDAU, P. A., «La hipoteca inversa». En: *Hacia un nuevo Derecho hipotecario* / Valerio Pérez de Madrid Carreras (coord.); prólogo Antonio Ojeda Escobar; Rodrigo Tena Arregui... [et al.], Madrid: Consejo General del Notariado, 2008, pp. 307-336.
- SANCHEZ-VENTURA MORER, I., «La hipoteca inversa diez años después: razones que explican su escasa contratación», *Revista de Derecho Privado*., 2019, pp. 97-120.
- *La hipoteca inversa en el Derecho español*, Ed. Aranzadi, 2013.
- SERRANO DE NICOLAS, A., «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2008, pp. 33-6.
- «La hipoteca inversa». En: *La defensa jurídica de las personas vulnerables*: seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007 / Manuel Angel Martínez García (dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, pp. 327-362.
- TORAL LARA, E., «Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia, una alternativa viable», *Actualidad Civil*, (16), 16-31 septiembre 2009, pp. 1861-1879.
- VAÑO VAÑO, M. J., «Aproximación al régimen jurídico de la hipoteca inversa». En: *Estudios de Derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo* / Francisco González Castilla (coord.)... [et al.]; Juan Batailler Grau... [et al.], València: Universitat de València, 2010, pp. 579-591.

