

I. INTRODUCCIÓN

El negocio jurídico es expresión de la voluntad de los individuos dirigida a la consecución de fines o intereses típicamente privados. Por su parte, la autonomía de la voluntad es el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los individuos para regular sus propios intereses, siendo la expresión de la libertad en el campo del derecho privado, que es inherente a la persona humana para alcanzar sus propios fines.

La autonomía de la voluntad es una clara manifestación de la dignidad de la persona, y el preámbulo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana. De lo anterior se colige que la dignidad humana se considera como algo intrínseco a los seres humanos, un valor universal, fuente de derechos iguales e inalienables.¹ En nuestro carácter de personas, todos te-

¹ “La libertad, la igualdad y la dignidad humana, son eco inconfundible del hombre, en forma significativa y cla-

nemos el derecho al respeto de nuestra propia dignidad, que es la fuente de la que brotan los derechos humanos, así como el fundamento de la libertad, la justicia y la paz.²

La dignidad, a su vez, es la base y la razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona; es un fin, tanto del reconocimiento de los derechos como de la previsión de garantías para la protección en el ejercicio de los mismos; y, en la medida en que los derechos inviolables son irrenunciables, la dignidad se convierte también en un límite de los derechos propios.

En las tres primeras décadas del siglo pasado, el nivel de la mortalidad era alto al compararlo con otros países, sobre todo los más desarrollados. Se estima que en 1930 la esperanza de vida en México era de 36.2 años (35.5 para los hombres y 37.0 para las mujeres). En esa época, la población del país todavía pagaba un pesado tributo a las enfermedades de carácter infeccioso: de los diez principales padecimientos responsables de la mortalidad, ocho eran de ese tipo. En contraste, la vida media de los mexicanos se sitúa en la actualidad en los 73.2 años para los hombres y

ra, con repercusión jurídica... La dignidad del hombre es el legítimo aposento de la libertad de la voluntad, exegéticamente considerada, y elemento constitutivo del ser humano". MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *El derecho, los valores éticos y la dignidad humana*, Porrúa, México, 2000, pp. 24 y 25.

² COHN, Haim H., "On the meaning of human dignity", en *Israel Yearbook of Human Rights*, no. 13, 1983, p. 226.

77.9 en las mujeres,³ es decir, más del doble que hace 80 años y cada vez más cerca de las naciones con mayores índices de sobrevivencia, al tiempo que en la actualidad sólo una de las diez principales causas de muerte en México es de tipo infeccioso (enfermedades respiratorias). Por su parte, el descenso de la tasa bruta de mortalidad general ha bajado, de 5.6 a 5.0 personas por cada mil habitantes, entre 1990 y 2011.⁴

La primera conclusión lógica de lo anterior es que nuestro país está envejeciendo, lenta pero continuamente. La edad media de los mexicanos pasará de 30,2 años en 2010 a 42,7 años en 2050, y mientras en la actualidad el 8.8 por ciento de la población total del país está integrada por adultos mayores, ese porcentaje se elevará a 17.5 por ciento en 2030 y llegará al 28 por ciento en 2050.⁵

³ CONAPO. *Proyecciones*, http://www.conapo.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=123&Itemid=226, consultado el 29 de marzo de 2011.

⁴ CONAPO. *Ibidem*. Por su parte, para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la esperanza de vida en México es de 76.7 años. Si bien el promedio sigue estando lejos de Japón, con sus 83.3 años, más distante aún se encuentra de Afganistán, con una esperanza de vida de apenas 44,6 años. UNDP, *International Human Development Indicators*, <http://hdrstats.undp.org/en/indicators/default.html> consultado el 29 de marzo de 2011.

⁵ CONAPO, *Indicadores demográficos para los adultos mayores por entidad federativa, 2000-2030*, <http://www.conapo.gob.mx/publicaciones/enveje2005/enveje03.pdf>, consultado el 29 de marzo de 2011.

El envejecimiento es resultado de una serie de dinámicas que se presentan de manera desigual en cada país. Mientras en Uruguay, el país más envejecido de América Latina, hay más de 50 personas mayores de 65 años por cada 100 menores de 15 años, en México hay actualmente sólo 15, de acuerdo con las proyecciones de población del Consejo Nacional de Población (CONAPO). No obstante, durante los próximos 50 años el proceso de envejecimiento se acelerará, de tal forma que mientras en Cuba habrá 170 mayores de 65 años por cada cien menores de 15, en México dicho proceso será tan rápido que a mediados del siglo XXI habrá 121. Mientras a Francia le tomó 250 años alcanzar un porcentaje de 16 por ciento de población adulta mayor, a México le tomará sólo 40 años, de modo que nuestro porcentaje de población envejecida se asemeja en la actualidad al de Francia a mediados del siglo XVIII, en tanto que hacia 2050 el porcentaje será similar en ambos países.⁶

El envejecimiento demográfico, que es ya palpable en México, no se refiere sólo a la acumulación de población en las edades avanzadas, sino de los niveles de vulnerabilidad que se relacionan con la vejez, como la pérdida de la salud, la disminución de la autonomía individual, la menor

⁶ Conferencia impartida por Roberto Ham, en el ciclo *La población de adultos mayores: retos y oportunidades*, organizado por el CONAPO el 22 de septiembre de 2004, <http://www.conapo.gob.mx/prensa/2004/492004.pdf>, consultado el 29 de marzo de 2011.

adaptabilidad a los cambios sociales y tecnológicos, y la mayor dependencia económica, entre otros. Con la vejez, la salud física se vuelve más vulnerable, y los ingresos económicos pueden ser insuficientes. Nadie puede quedar al margen de su propia entropía, y con independencia del avenimiento de enfermedades “típicas de la vejez”, no hay que soslayar a las impredecibles eventualidades que pueden dejar en incapacidad a cualquier persona, y en cualquier momento.

En previsión de la propia incapacidad, y por tanto, en aras a la preservación de la dignidad humana, un puñado de entidades federativas ofrecen diversas figuras jurídicas, que se enuncian a continuación:

a) *Tutela preventiva*. Gracias a esta figura, una persona, con elementos cognitivos suficientes para hacer previsiones razonables sobre su propia incapacidad, puede designar al tutor que de mejor manera pueda responder a sus intereses. En nuestro país, a la fecha son diez las entidades federativas que cuentan con esta figura: Baja California, Baja California Sur, Coahuila, Distrito Federal, Guanajuato, Hidalgo, México, Morelos, San Luis Potosí y Zacatecas.⁷

b) *Mandato interdicto*. En la gran mayoría de los códigos civiles se establece que el mandato termina por la interdicción del mandante, pero es

⁷ Cfr. GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *De la tutela designada a la tutela voluntaria*, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2010.

evidente que las instituciones jurídicas progresan, avanzan, y deben evolucionar en beneficio de las personas a quienes van dirigidas. Por tanto, en Entidades como Baja California Sur, Coahuila, Chihuahua, Nuevo León, San Luis Potosí y Zacatecas, se ha roto el dogma que dispone que el mandato termina con la interdicción del poderdante, disponiendo que el mandatario podrá tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del mandante, aun cuando éste hubiere devenido incapaz.

c) *Voluntad Anticipada*. El 7 de enero de 2008 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (LVADF), con el objeto de establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural. Aunque incompleta y con algunas imprecisiones, la LVADF es un paso en la dirección correcta para que todo individuo pueda efectuar disposiciones ante su propia incapacidad. Con referencia a las demás entidades de la República, Aguascalientes, Guanajuato, Michoacán e Hidalgo cuentan con leyes de voluntad anticipada, con estructuras muy similares a la de la Capital del país.

Pese a ser incipiente, reviste especial importancia el abanico de figuras que ofrece el ordenamiento jurídico de nuestro país para que toda persona pueda hacer disposiciones en previsión de su propia incapacidad. No obstante, se considera imperativo que un mayor cúmulo de Entidades Federativas incorporen estas prerrogativas en sus respectivas legislaciones. Asimismo, existen otras figuras en previsión de la propia incapacidad, que de incorporarse al catálogo legislativo mexicano, redundarían a favor de un amplio sector de la población nacional. Entre esas figuras destaca la *hipoteca inversa*.

II. HIPOTECA

Etimológicamente, la hipoteca proviene del latín *hypotheca*, y del griego *hypotéke*, que significa prenda, suposición, en el sentido de poner una cosa debajo de otra, añadirla; apoyar, sostener, asegurar una obligación.

La hipoteca es un derecho real de garantía constituido por convención entre las partes, por manifestación unilateral de voluntad o por imperio de la ley para asegurar el pago de un crédito sobre bienes que no se entregan al acreedor y que, en caso de incumplimiento, pueden ser vendidos para cubrir con su precio el monto de la deuda. Esta definición es congruente con lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal, que regula a esta figura jurídica:⁸

“ART. 2,893.—La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley” (CCDF).

⁸ GARCÍA MENDIETA, Carmen, “Hipoteca”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, Porrúa-UNAM, México, 2004.

Al ser la hipoteca un derecho real, implica un poder jurídico del acreedor sobre un bien determinado, el cual comprende la acción persecutoria, y por ser de garantía, el derecho de disposición (venta) y preferencia en el pago, en el caso de incumplimiento de la obligación garantizada.⁹ Este poder jurídico del acreedor constituye un gravamen sobre un bien ajeno. Trasciende la relación personal de crédito, productora de efectos exclusivamente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, oponible a cualquier persona por ser un derecho absoluto sobre la cosa hipotecada. Por tanto, el bien queda sujeto al gravamen impuesto aunque pase a poder de tercero y la acción se ejercita en contra de cualquier adquirente, incluso por las cosas sustraídas del mismo y que deban considerarse incluidas en la hipoteca. Así, el acreedor hipotecario tendrá acción para combatir los actos del deudor hipotecario que menoscaben la garantía.¹⁰

Los principios esenciales de la hipoteca quedan debidamente regulados por el Código Civil:

- Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero (art. 2894).
- Sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados (art. 2895).
- La hipoteca constituida sobre derechos reales, sólo durará mientras éstos subsistan;

⁹ VISOSO DEL VALLE, Francisco J., *La Hipoteca*, México, Porrúa, 2007, p. 7.

¹⁰ *Ibidem*.

- pero si los derechos en que aquélla se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios (art. 2903).
- Puede ser constituida tanto por el deudor como por otro a su favor (art. 2904).
 - Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados (art. 2906).
 - Sin consentimiento del acreedor, el propietario del predio hipotecado no puede darlo en arrendamiento, ni pactar pago anticipado de rentas, por un término que exceda a la duración de la hipoteca; bajo la pena de nulidad del contrato en la parte que exceda de la expresada duración (art. 2914).
 - La acción hipotecaria prescribirá a los diez años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito (art. 2918).
 - La hipoteca nunca es tácita, ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad, en los convenios y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria; en el segundo, necesaria (art. 2919).
 - Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituyen (art. 2920).

- La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse (art. 2921).
- La hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice y cuando ésta no tuviere término para su vencimiento, la hipoteca no podrá durar más de diez años (art. 2927).
- Llamase necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran, o para garantizar los créditos de determinados acreedores (art. 2931).

III. HIPOTECA INVERSA

Como se ha mencionado, el proceso de envejecimiento constituye uno de los cambios demográficos y sociales de mayor relevancia en nuestro país en los últimos años. La mayor esperanza de vida está produciendo incrementos constantes de la población anciana y un amplio porcentaje de ella está en situación de dependencia, esto es, necesita de la ayuda de otras personas para realizar las actividades básicas de la vida cotidiana. Luego, esa prolongación de la vida provoca cambios y nuevas necesidades que requieren de financiación, y con mayor razón, que requieren de previsión.

Las estrecheces económicas de los adultos mayores son un elemento determinante para que un porcentaje elevado de este sector de la población tenga como único ingreso económico su pensión de la seguridad social, una cantidad que generalmente resulta insuficiente para pagar la estancia en un centro geriátrico o adaptar su vivienda a las nuevas necesidades derivadas de la edad. Además, para muchos adultos mayores, el retiro no supondrá entrar en un periodo de contención de gastos sino todo lo contrario, ya que deben hacer frente a gastos derivados de nuevas necesidades de salud, atención o dependencia, y,

por lo tanto, la obtención de rentas complementarias se convierte en una necesidad acuciante para un buen número de ellos.

Sin contar con la información estadística pertinente, es factible aseverar que en México un número considerable de personas mayores son propietarios de su vivienda habitual, de la que no pueden o no quieren desprenderse, fundamentalmente, por carecer de otra opción de alojamiento. Adicionalmente, para gran parte de la población, su vivienda es su único y principal activo, y eventualmente se puede convertir en una fuente de ingresos añadida para los adultos mayores.

En los últimos años, debido a la necesidad de ampliar la oferta de servicios adecuada dirigida a las personas en previsión de su propia incapacidad, están apareciendo en otras latitudes nuevas figuras e instrumentos que tratan de buscar fórmulas de cobertura de las circunstancias que aparecen en la vejez, tras la vida laboral de las personas.

1. REGULACIÓN EN REINO UNIDO

El Reino Unido es pionero en el establecimiento de esta figura, y algunas fuentes ubican la aparición de la *lifetime mortgage* en los años 30 del siglo XX,¹¹ mientras que otros autores acotan

¹¹ <http://edbrophy.com/history-of-reverse-mortgage/>, consultado el 18 de mayo de 2011.

que fue hasta 1965 cuando surgieron.¹² Además de la oferta de las instituciones de crédito, las compañías de seguros juegan un rol muy activo en la difusión de esta figura.¹³

En cuanto a la edad para estar en posibilidad de acceder a la *reverse mortgage*, esto es en función de las políticas de cada entidad crediticia. Así, por ejemplo, *Norwich Union* da un margen entre los 65 y 80 años para considerar su otorgamiento. Otros bancos promedian los 62 años.

Desde octubre de 2004, la Autoridad de Servicios Financieros del Reino Unido se encarga de regular las hipotecas inversas, y en el marco de la normatividad derivada de la *Financial Services and Markets Act*, de 2000, la *reverse mortgage* ha sido designada como un producto “de alto riesgo” que debe ser estrechamente vigilada por la Autoridad con aras a proteger los intereses de este segmento particularmente vulnerable de consumidores.

En particular, las hipotecas inversas quedan reguladas por los capítulos 8 y 9 de las *Mortgage Conduct of Business rules (MCOB)*, de 2003.¹⁴

¹² Cfr. TAFFIN, Claude, *La hipoteca inversa o vitalicia*, Asociación Hipotecaria Española, http://www.unizar.es/eueez/mercadoinmobiliario/files/hipoteca_vitalicia.pdf, consultado el 18 de mayo de 2011.

¹³ *Norwich Union* y *Northern Rock* controlan el 90% del mercado de las hipotecas inversas. Cfr. “L’Union des Consommateurs”, en *The reverse mortgage: for a optimum control*, Quebec, 2007, p. 13.

¹⁴ Cfr. *Glossary Definition*: <http://fsahandbook.info/FSA/glossary-html/handbook/Glossary/L?definition=G1294>, consultado el 10 de agosto de 2011.

2. REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS

La primera *reverse mortgage* fue firmada en Portland, Oregon, en 1961 por la institución crediticia *Deering Savings & Loan* a favor de Nellie Young, una viuda anciana a quien un ejecutivo de la institución crediticia diseñó esta figura con el propósito de ayudarle.¹⁵ A partir de eso, se sucedieron diversos acontecimientos que consolidaron la figura en el país vecino:

- En 1975, Jack M. Guttentag escribió la monografía *Creating New Financial Instruments for the Aged*, lo que contribuyó en la academia al mayor conocimiento y difusión de las hipotecas inversas.
- En 1977, Arlo Smith, presidente de *Broadview Savings & Loans* desarrolló un programa de hipotecas inversas en Cleveland, Ohio.
- En 1981, en *Newsweek* apareció un artículo sobre la hipoteca inversa, lo que coadyuvó a que llegara al gran público.
- Ese mismo año, el gobierno federal lanzó un programa piloto bajo los esquemas sugeridos por el *Federal Housing Authority Insurance Program* (FHA).
- Entre 1988 y 1991, bajo los auspicios del FHA y de *Housing and Urban Development* (HUD), se emitieron las regulaciones concernientes a las *reverse mortgages*.

¹⁵ Brophy, Ed, *History of Reverse Mortgage*, <http://edbrophy.com/history-of-reverse-mortgage/>, consultado el 19 de mayo de 2011.

- Para 1993, la hipoteca inversa estaba a disposición en todo el territorio de los Estados Unidos, con excepción de Texas, Alaska y Dakota del Sur.
- En 1997 se constituyó la *National Reverse Mortgage Lenders Association*, que agrupa a otorgadores de hipotecas inversas de todo el país. Gran parte de su actividad se orienta a la difusión de los alcances de esta figura entre el sector al que va dirigida.
- En 2005, Texas se convirtió en el último Estado en autorizar hipotecas inversas en su territorio.
- Desde entonces, está disponible en toda la unión americana para toda persona con una edad de, al menos, 62 años.

Toda esta experiencia inspiró la instauración en Kansas, del Museo Histórico de Hipotecas Inversas (*The Gardner Historical Museum or Reverse Mortgages*), que dedica sus salas a la exhibición de los principales documentos y eventos relacionados con las *reverse mortgages*.

Finalmente, al amparo de la *Housing and Recovery Act*, de 2008 se busca establecer herramientas de apoyo para que las personas mayores no queden a merced de prestamistas inescrupulosos.

3. REGULACIÓN EN JAPÓN

No es casual el surgimiento de la hipoteca inversa (*Ribasumogejji*) en el país con mayor longevidad del mundo, y se ha demostrado que las

personas viven un promedio de 20 años, después de haberse retirado.¹⁶

Aunque el primer ejemplo data de 1981, en Tokio, Las hipotecas inversas se divisaron en el horizonte de los gobiernos locales del Japón en la conocida por esas latitudes como la *Bubble era* (finales de los años 80 hasta 1992). Ahora, se encuentra ampliamente difundida y disponible tanto en el ámbito gubernamental como por las instituciones privadas de crédito, para personas que hayan cumplido 60 años.

4. REGULACIÓN EN ESPAÑA

En ese país, la figura jurídica a la que se hace referencia en este breviarío fue respuesta a la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre), en cuya Exposición de Motivos se reconoció que la mayor esperanza de vida está produciendo incrementos constantes de la población anciana y que un porcentaje importante de ella está en situación de dependencia, es decir, necesita la ayuda de otras personas para realizar las actividades

¹⁶ Ohgaki, Hisashi, *Economic Implication and Possible Structure for reverse Mortgage in Japan*, <http://www.esri.go.jp/jp/prj-rc/forum/030910/kicho2-e.pdf>, consultado el 19 de mayo de 2011. Este ensayo abunda en el análisis del impacto económico de la hipoteca inversa en Japón. Mayor información se encuentra en <http://www.reversemortgage.jp/>

básicas de la vida cotidiana. Luego, esa prolongación de la vida, provoca cambios y nuevas necesidades que requieren de financiación.¹⁷

Mientras que, en el caso de Francia, no hay edad determinada por el Código de Consumo, en España, la edad mínima para solicitarla es de 65 años. Asimismo, un aspecto de gran importancia en la legislación española es que el solicitante está en posibilidad de designar beneficiarios de este contrato, siempre que se trate de personas cuya edad sea igual o superior a los 65 años o afectadas de “dependencia severa” o “gran dependencia”.

Por otra parte, si la legislación francesa dispone que las cantidades recibidas a propósito de la hipoteca inversa deben ser destinadas exclusivamente al consumo, en cambio, la regulación española en la materia no establece limitante alguno a la financiación obtenida.

Así, de conformidad con la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, la hipoteca inversa queda prevista en España con los siguientes aspectos destacados:

a) La hipoteca inversa es el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante.

¹⁷ Cfr. ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía, “La Hipoteca inversa y otros productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores”, en DÍAZ PALAREA, Ma. Dolores, SANTANA VEGA, Dulce (coords.), *Marco Jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2008, pp. 197 y 198.

b) Los requisitos son: que el solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia; que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas; 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, y 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.

c) Solo pueden ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas.

d) Las entidades que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto.

e) 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.

f) 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.¹⁸

g) Podrán instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante.

5. REGULACIÓN EN FRANCIA

En este país existe el *prêt viager hypothécaire*, regulado desde agosto de 2008 por el Código de Consumo. Como señala con precisión Isabel Contreras de la Rosa, Francia tiene una larga tradición protectora del consumidor en materia de créditos:

“...iniciada a finales de los años setenta con la *Loi Scrivener* (Ley no. 79-596 del 13 de julio de 1979), reguladora del crédito inmobiliario (hoy integrada en el Código de Consumo francés). Sin embargo, cuando se plantearon regular el *prêt viager hypothécaire*, los informes elaborados al respecto aconsejaron, además de una adecuación de la normativa anterior, la redacción de disposiciones específicas que regularan este nuevo tipo de crédito, debido a

¹⁸ Ley Hipotecaria (España), “ART. 114.—Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además de capital sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años”.

la imposibilidad de incluir este producto en ninguna de las dos categorías de créditos existentes: al consumo (por ser las normas del capítulo que los regula aplicables a créditos personales con una duración de más de tres meses y de una cuantía inferior a 21,500 euros) e inmobiliario (porque sus normas rigen sólo en caso de financiación para la adquisición o rehabilitación de viviendas). Por ellos, tras la Ordenanza núm. 2006-346, el título primero que rige en materia de crédito, del libro III, sobre el endeudamiento, del Código de Consumo francés pasó a tener un nuevo capítulo (capítulo IV), dedicado exclusivamente al *prêt viager hypothécaire*.¹⁹

Como podrá apreciarse, la definición de esta figura en el Código de Consumo francés la concibe como un préstamo o crédito con garantía hipotecaria constituida sobre un bien inmueble propiedad del solicitante, cuya novedad radica en que el solicitante recibe una renta periódica o única a cambio de la cual no ha de pagar nada, ya que la deuda no será exigible, en principio, antes de su fallecimiento. Por tanto, este producto financiero se caracteriza por ser un mecanismo adecuado (en determinadas circunstancias) para transformar activos patrimoniales de perso-

¹⁹ CONTRERAS DE LA ROSA, Isabel, "Hipoteca Inversa y *prêt viager hypothécaire*: ¿dos enfoques legales distintos en torno a una misma realidad?, en PULGAR EZQUERRA, Juana (dir.), Vargas Vasserot, Carlos (coord.), *Tendencias actuales en torno al mercado de crédito*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 422.

nas mayores en rentas sin tener que renunciar a su propiedad ni preocuparse por su devolución.²⁰

Así, el *Code* francés regula a la hipoteca inversa en los siguientes términos:

a) La hipoteca inversa es un contrato por el cual una entidad de crédito o entidad financiera otorga a una persona física un préstamo bajo un pago único o pagos periódicos, garantizados por una hipoteca sobre una propiedad del prestatario para uso exclusivo de habitación, y en el que el pago principal y los intereses capitalizables anualmente no podrán ser exigidos sino hasta la muerte del prestatario o cuando se transfiera o divida la propiedad del inmueble hipotecado, en caso de que esto ocurra antes de la muerte.²¹

b) Bajo pena de nulidad, la hipoteca inversa no puede ser destinada para financiar las necesidades de una actividad profesional.²²

c) El prestatario debe llevar a cabo a la propiedad hipotecada todos los cuidados de un buen padre de familia.²³

d) La deuda del prestatario o sus herederos no puede exceder el valor de la propiedad evaluada al final del plazo.²⁴

e) El prestatario puede en todo momento, a iniciativa propia, dar por terminado el contrato de préstamo que se hizo mediante el pago de la

²⁰ *Ibid.* p. 423.

²¹ *Code de la Consommation*, Article L314-1.

²² Article L314-2.

²³ Article L314-8.

²⁴ Article L314-9.

totalidad del importe ya pagado en el capital e intereses.²⁵

f) En caso de fallecimiento del prestatario o el último superviviente de los coprestatarios, los herederos pueden pagar el tope de la deuda al valor estimado del inmueble el día de la apertura de la sucesión.²⁶

g) Se establece un régimen de sanciones.²⁷

h) Las modalidades de aplicación de las disposiciones del presente Capítulo se fijan por decreto del Consejo de Estado.²⁸

6. REGULACIÓN EN ALEMANIA

Inspirándose en la experiencia de los Estados Unidos, *la Rückwärtshypothek*, surgió en Alemania a finales de 2009 y principios de 2010. No está prevista por la legislación alemana, sino que se ofrece como un producto regulado por las instituciones bancarias, con los siguientes principios que coinciden con los que se han visto en otros países:

- El solicitante recibe una cantidad (que puede ser mensual, o en un solo pago, dependiendo de las políticas de la institución bancaria), sin perder la propiedad del inmueble.

²⁵ Article L314-10.

²⁶ Article L314-13.

²⁷ 5 años de prisión y multa de 375 mil euros así como la suspensión de derechos civiles y políticos. Article L314-18 y L314-19.

²⁸ Article L314-20.

- La edad mínima para solicitar la *rückwärts-hypothek* es de 60 años.
- Diversos bancos en Hamburgo, Renania del Norte, Westfalia y Baja Sajonia ya cuentan con este producto.

En la práctica, Beate Siewert, experto de la Asociación Alemana de Bancos, sugiere que, por ejemplo, una persona de 70 años, propietaria de una vivienda valuada en 200 mil euros, podría recibir una ministración mensual de 279 euros. Por su parte, el banco recibiría cada mes una comisión de garantía, derivada del propio valor del inmueble.²⁹

7. ASISTENCIA. CUADRO COMPARATIVO

Para todo interesado en obtener información adicional, existen al menos, dos instrumentos de suma utilidad:

- En Europa, está la *European Guide on Banking and Reverse Mortgage Loans*, con información exhaustiva acerca de las instituciones crediticias y condiciones con las que se oferta la hipoteca inversa en dieciocho países europeos:

<http://www.euroarchiveguide.org/index.html>

²⁹ http://www.morgenpost.de/printarchiv/immobilien/article1002815/Senioren_koennen_ihr_Haus_zu_Geld_machen.html, consultado el 18 de mayo de 2011.

- Estados Unidos ofrece diversas ligas con preguntas y respuestas frecuentes, y ofrece diversos sistemas para calcular los montos relacionados con esta figura:

http://www.aarp.org/money/credit-loans-debt/reverse_mortgages/

<http://www.reversemortgage.org/>

http://rmc.ibisreverse.com/default_nrmla.aspx

Tras haber revisado la experiencia en distintos países, a continuación se ofrece una tabla comparativa sobre los elementos fundamentales:

Reino Unido	<i>Lifetime mortgage</i> (<i>Financial Services and Markets Act/ Mortgage Conduct of Business rules</i>)	Años 30, s XX	Entre 62 y 65, dependiendo de la institución que la otorgue
Estados Unidos	<i>Reverse mortgage</i> (<i>Housing and Recovery Act</i>)	1961	62
Japón	<i>Ribasumogeji</i> (<i>Act for the Stable Living of the Elderly</i>) ³⁰	1981	60
España	Hipoteca inversa (Ley 41/2007)	2007	65
Francia	<i>Prêt viager hypothécaire</i> (<i>Code de la Consommation</i>)	2008	n/a
Alemania	<i>Rückwärtshypothek</i> (n/d)	2009	60

³⁰ Cfr. *Age Related Policies: A Global Review on Age Discrimination Legislation* <http://www.silverinnings.com/docs/Elder%20Law/International/Age%20Related%20Policies.pdf>, consultado el 11 de agosto de 2011.

IV. CONCLUSIÓN

En consecuencia, una posibilidad financiera no sólo para este sector de la población sino para toda persona previsora de su propia incapacidad sería transformar la vivienda en propiedad, precisamente, en un instrumento de previsión. Para lograr esto, la figura que permitiría convertir el patrimonio inmobiliario en rentas es la hipoteca inversa. Esta consiste en la contratación de una hipoteca a cambio de una renta mensual o de fondos extraordinarios, con lo que se costea la renta de una persona mayor y los intereses de la hipoteca. Es decir, se trata de un crédito que en lugar de pagar se cobra. A diferencia de la renta vitalicia, en la que el deudor paga la pensión durante la vida de una persona mediante la entrega de una vivienda, cuyo dominio se transfiere desde luego, en el caso de la hipoteca inversa, no se pierde la propiedad de la vivienda.

El titular de la hipoteca inversa —sin perder la propiedad de su vivienda— puede disponer de la cantidad otorgada en una o varias veces o puede optar por el cobro de una renta mensual durante el resto de su vida. El beneficiario tiene garantizado que hasta que no haya fallecido no se ejecutará la hipoteca, aunque haya vencido el

plazo del contrato. Una vez producido el fallecimiento, los herederos deciden si cancelan el préstamo (el capital dispuesto más los intereses), establecer una nueva hipoteca por el valor adecuado manteniendo la vivienda, o si prefieren vender la propiedad.

Las características fundamentales de la hipoteca inversa se enuncian a continuación:

- Se trata de un producto que cuenta con las características básicas del crédito hipotecario (deuda originada por la concesión de un crédito o préstamo con una garantía que recae sobre un bien inmueble).
- La propiedad de la vivienda es en todo momento del cliente deudor hipotecario, o del beneficiario que éste designe.
- Brinda la posibilidad de obtener una renta mensual de carácter temporal o vitalicio mediante la suscripción de un crédito con garantía hipotecaria. Es un contrato por el cual una persona mayor propietaria de un inmueble recibe, de una sola vez o cada mes, sumas de dinero hasta el límite del crédito otorgado.
- Al fallecer el titular, los herederos harán frente al pago del préstamo, siempre que no quieran que la entidad financiera proceda a ejecutar la garantía (la venta del inmueble).
- El único requisito es ser una persona adulta mayor, es decir, con 60 años cumplidos, o a la edad que determine la entidad financiera, si es en beneficio del interesado.

- El cliente puede alquilar la vivienda y recibir por tanto dos ingresos: el alquiler y el producto de la hipoteca inversa.
- La hipoteca inversa puede concluir: con la muerte del prestatario, con la transmisión de la vivienda hipotecada o con el pago anticipado por el prestatario.
- A fin de que los interesados puedan estar debidamente informados acerca de todas las implicaciones que derivan del uso de esta figura (entre ellas, las que impactan al Derecho sucesorio), y que las instituciones crediticias que concedan hipotecas inversas adquieran experiencia en la gestión “a futuro” de inmuebles, tendría que establecerse un servicio de asesoramiento en el seno de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), instancia que tiene como finalidad promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los Usuarios frente a las Instituciones Financieras. Lo anterior, máxime, tomando en consideración la especial vulnerabilidad del grupo social al que va orientada la hipoteca inversa.
- Por lo anterior, se trata de una propuesta viable para solventar las necesidades económicas de las personas en previsión de su propia incapacidad, que podrán hacer uso de los recursos acumulados a lo largo de una vida de esfuerzo.

V. PROPUESTA DE REFORMA

En consecuencia, se propone añadir en el Código Civil, dentro del título que regula a la hipoteca, un capítulo que específicamente regule a la hipoteca inversa, en los siguientes términos:

“ART. 2939 *bis*.—Se entenderá por hipoteca inversa al préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya una vivienda habitual, solicitado por una persona física de edad igual o superior a 60 años cuya finalidad sea obtener para el solicitante o para los beneficiarios que este designe, sean personas de edad igual o superior a los 60 años o afectadas de dependencia severa, una renta, sin perjuicio de la disposición de parte del crédito de una sola vez.”

“ART. 2939 *ter*.—La deuda solo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o en su defecto el último de los beneficiarios, si así se estipuló en el contrato.”

“ART. 2939 *quárter*.—Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las instituciones financieras del sistema bancario mexicano, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras, y los institutos de seguridad social.”

“ART. 2939 *quinquies*.—El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por la Comisión Nacional para

la Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, sin perjuicio del servicio de asesoramiento a los solicitantes de este producto que están obligadas a proporcionar las entidades financieras correspondientes.”

“ART. 2939 *sexies*.—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. En las cancelaciones, anticipadas o no, de hipotecas inversas 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.”

“ART. 2938 *septies*.—Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación de la hipoteca inversa, se estará a lo dispuesto por la normatividad correspondiente.”

Asimismo, se propone añadir un párrafo al artículo 51 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, para quedar como sigue:

“ART. 51.—Con objeto de crear y fomentar entre los Usuarios una cultura adecuada del uso de las operaciones y servicios financieros, la Comisión Nacional se encargará de difundir entre los mismos la información relativa a los distintos servicios que ofrecen las Instituciones Financieras, así como de los programas que se otorguen en beneficio de los Usuarios.

El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será establecido por la Comisión Nacional.”

BIBLIOGRAFÍA

Age Related Policies: a Global Review on Age Discrimination Legislation, <http://www.silverinnings.com/docs/Elder%20Law/International/Age%20Related%20Policies.pdf>, consultado el 11 de agosto de 2011.

BROPHY, Ed, *History of Reverse Mortgage*, <http://edbrophy.com/history-of-reverse-mortgage/>, consultado el 19 de mayo de 2011.

CONAPO, *Proyecciones*, http://www.conapo.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=123&Itemid=226, consultado el 29 de marzo de 2011.

—, *Indicadores demográficos para los adultos mayores por entidad federativa, 2000-2030*, <http://www.conapo.gob.mx/publicaciones/enveje2005/enveje03.pdf>, consultado el 29 de marzo de 2011.

Code de la Consommation, Francia, <http://www.legifrance.gouv.fr/home.jsp>, consultado el 29 de marzo de 2011.

Código Civil para el Distrito Federal, México, 2011.

COHN, Haim H., “On the meaning of human dignity”, en *Israel Yearbook of Human Rights*, no. 13, 1983.

CONTRERAS DE LA ROSA, Isabel, “Hipoteca Inversa y *prêt viager hypothécaire*: ¿dos enfoques legales distintos en torno a una misma realidad?”, en PULGAR EZQUERRA, Juana (dir.), VARGAS VASSEROT, Carlos

(coord.), *Tendencias actuales en torno al mercado de crédito*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, <http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>, consultado el 29 de marzo de 2011.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía, "La Hipoteca inversa y otros productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores", en DÍAZ PALAREA, Ma. Dolores, SANTANA VEGA, Dulce (coords.), *Marco Jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2008.

Financial Services and Markets Act, 2000, Reino Unido.

GARCÍA MENDIETA, Carmen, "Hipoteca", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, Porrúa-UNAM, México, 2004.

GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, Porrúa-UNAM, México, 2010.

———, *Palabras con motivo del ingreso a la Benemérita Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística*, Ciudad de México, 23 de junio de 2011.

———, *De la tutela designada a la tutela voluntaria*, México, Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2010.

GÓMEZ DE SILVA, Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

GÓMEZ ESTRADA, César, *De los principales contratos civiles*, Temis, Bogotá, 2008.

HAM, Roberto, Conferencia impartida en el ciclo *La población de adultos mayores: retos y oportunidades*, organizado por el CONAPO el 22 de septiembre de 2004, <http://www.conapo.gob.mx/prensa/2004/492004.pdf>, consultado el 29 de marzo de 2011.

Housing and Recovery Act, de 2008, Estados Unidos.

- L'Union des Consommateurs, *The reverse mortgage: for an optimum control*, Quebec, 2007.
- Ley 41/2007, España, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/141-2007.html#da1, consultado el 29 de marzo de 2011.
- Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*, México, 2011.
- LÓPEZ LIZ, José, *Contra la hipoteca. Análisis crítico de los ataques a esta institución*, Bosch, Barcelona, 1999.
- MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *El derecho, los valores éticos y la dignidad humana*, Porrúa, México, 2000.
- MAYORGA TOLEDANO, María Cruz, "La hipoteca inversa y las normas de transparencia del mercado de crédito", en PULGAR EZQUERRA, Juana (dir.), VARGAS VASSEROT, Carlos (coord.), *Tendencias actuales en torno al mercado de crédito*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Mortgage Conduct Of Business rules (MCOB)*, UK, 2003. <http://fsahandbook.info/FSA/glossary-html/handbook/Glossary/L?definition=G1294>, consultado el 11 de agosto de 2011.
- OHGAKI, Hisashi, *Economic Implication and Possible Structure for reverse Mortgage in Japan*, <http://www.esri.go.jp/jp/prj-rc/forum/030910/kicho2-e.pdf>, consultado el 19 de mayo de 2011.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>, consultado el 29 de marzo de 2011.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La hipoteca unilateral*, Thomson, Madrid, 2004.
- SORIANO HERNÁNDEZ, Jared Albino, "Aspectos importantes de la hipoteca", *Axioma. Revista Jurídica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de*

Puebla, Tercera época, número 10, enero-marzo de 2004.

TAFFIN, Claude, *La hipoteca inversa o vitalicia*, Asociación Hipotecaria Española, http://www.unizar.es/eueez/mercadoinmobiliario/files/hipoteca_vitalicia.pdf, consultado el 18 de mayo de 2011.

UNDP (*International Human Development Indicators*), <http://hdrstats.undp.org/en/indicators/default.html> consultado el 29 de marzo de 2011.

VISOSO DEL VALLE, Francisco J., *La Hipoteca*, México, Porrúa, 2007.