



Autores: Tumminello, José Pablo

## Título: Hipoteca inversa o del mutuo hipotecario exigible post mortem.

Tumminello, J. P. (2014). Hipoteca inversa o del mutuo hipotecario exigible post mortem. La Ley Actualidad, LXXVIII(224), 1-3.

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a [repositorio@scba.gov.ar](mailto:repositorio@scba.gov.ar)



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

## Hipoteca inversa o del mutuo hipotecario exigible post mortem

Tumminello, José Pablo

### I) Introducción

La fuerza que mueve la necesidad de obtener un techo propio tiene su origen en nuestra propia naturaleza humana. Llegado a tan preciado objetivo, como base del desarrollo individual, personal y en última instancia social, tal patrimonio, en la mayor parte de los casos, permanece intacto, incólume, y trasciende la persona del propietario, para pasar en concepto de herencia a su propia descendencia.

Pero no debe perderse de vista la situación económica de las personas mayores en los tiempos actuales, de crisis e incertidumbre económica. La suba de los precios —incluso medicación— y las magras sumas recibidas en concepto de jubilación entre otras vicisitudes, acarrear la necesidad de convertir un activo importantísimo —por no decir el más importante— como es la vivienda propia en dinero líquido, a fin de paliar tal situación, o mucho mejor, para disfrutar los últimos pasos en esta vida de la mejor manera.

Ante este panorama, escasas alternativas brinda el mercado financiero argentino a los efectos de obtener liquidez, pero desde el derecho anglosajón e incluso desde el español —el cual será objeto de estudio principal del presente trabajo— surgen nuevas formas de hacer negocios y de maximizar las ganancias. (1) Y aquí nos encontramos con la denominada "hipoteca inversa o revertida".

Si bien el derecho real de hipoteca es ampliamente conocido en nuestro derecho, surge esta nueva "modalidad" que merece la atención de nuestros operadores. Es un negocio enfocado a las personas mayores de edad, o con alguna discapacidad, que cuentan con un inmueble de su propiedad, sin cargas mayores. El hipotecante accede a un crédito el cual se irá entregando en forma de prestaciones periódicas generalmente, hasta su fallecimiento. En ese momento sus herederos tendrán la opción de reembolsar el capital, más sus intereses, o en caso contrario, permitir que el acreedor subaste el inmueble afectado al derecho real de hipoteca y proceda a satisfacer su acreencia.

### II) Concepto y aclaraciones terminológicas

Podemos definir este instituto como un préstamo otorgado a una persona que ha superado determinada edad o grado de discapacidad, propietaria de un inmueble libre de cargas, por un determinado plazo, que se concreta en entregas periódicas, garantizando el mismo con una hipoteca sobre la propiedad, con la particularidad de que será exigible al fallecer el propietario.

La denominación de hipoteca inversa proviene de la traducción de "reverse mortgage" (2), pero es preciso determinar el alcance del concepto, con el objeto de no prestar a confusiones, dado que poco tiene que ver con nuestro instituto regulado por los arts. 3108 y ss. del Cód. Civil. Sólo avala su utilización la amplia difusión que ha logrado en el derecho comparado, pero ni en el derecho real de garantía ni en el negocio jurídico que le da vida, encontramos rasgos que justifiquen su empleo.

Preferimos en cambio, la denominación de "mutuo hipotecario exigible post mortem" propuesta por los autores Nelson Cossari y Daniel Luna. (3) Ello por la razón de que debe diferenciarse tajantemente el derecho real, del derecho crediticio al que se accede. (4) Por un lado el negocio y por el otro su garantía. Ambos se rigen por diferentes reglas, el primero en la relación jurídica y el segundo, en la potestad real o situación jurídica.

Con el fin de garantizar el pago del capital concedido —en general bajo la figura del mutuo— se constituye un derecho real de garantía —hipoteca en nuestro caso— a través de un derecho de cobro preferente. Y esto no vuelve en reversa el derecho real de hipoteca o lo invierte, sólo de posterga su exigibilidad al momento del fallecimiento del constituyente (o beneficiario en su caso).

### III) Su utilización en el derecho comparado

Si bien en su concepción moderna, este tipo de hipotecas se han desarrollado en los Estados Unidos, ya desde la década de los años 30 han existido similares en el Reino Unido, éstas son las home-equity reversion. (5)

En el caso de los Estados Unidos, las operaciones se realizan en el marco de un programa de hipotecas "Hipoteca de Conversión del Valor Acumulado de la Vivienda" aseguradas por el propio Estado, por intermedio de la

Administración Federal de la Vivienda. (6) Esta intervención estatal pretende permitir el acceso a la vivienda, determinar los montos a desembolsar así como los costos del negocio y garantiza el cumplimiento de la partes. Asimismo, fija las condiciones en las cuales debe estar la vivienda para calificar en estos préstamos, la edad mínima de los requirentes, y la debida información para el mismo.

Con similares características, este instituto en estudio ha sido legislado y aplicado también en Francia (7), Puerto Rico y Chile (8), así como el Canadá, Australia. Holanda, Irlanda y Japón. (9)

#### IV) La experiencia española

La ley 41/2007 (10), modificatoria de la ley 2/1981, regula el mercado hipotecario, e incluye en ella a las hipotecas inversas. Esta ley recoge la experiencia y práctica bancaria existente en los últimos años en aquel país. (11)

En la disposición adicional primera, conceptualiza a la Hipoteca Inversa como un préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante, y siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) 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, b) Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas, c) Que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios, d) Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños.

Estas hipotecas sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar por el estado Español, en control por su Ministerio de Hacienda y Economía. Las entidades autorizadas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este préstamo, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto.

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

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

Cuando se extinga el préstamo o crédito 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.

Para el cálculo de los honorarios notariales y registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplican aranceles reducidos.

Podrán asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación las disposiciones contenidas en esta ley.

##### a) Personas mayores y/o con dependencia

El hecho de que la mayoría de las personas mayores de 65 años posean una vivienda propia (12), realza las posibilidades de éxito de este tipo de contratación. El propósito buscado con esta regulación es eminentemente social. Busca proteger a las personas mayores o con discapacidades severas o graves (13), y no a cualquier propietario que pretenda una finalidad de lucro.

##### b) Prestaciones temporales o vitalicias

Es una cuestión propia de la autonomía de la voluntad de las partes, pero las mismas deberán prestar atención a sus diferencias, las cuáles deben ser tenidas en cuenta en razón de la edad del solicitante, el valor de inmueble y su expectativa de vida.

En la modalidad de prestaciones temporales se recibirá una suma durante un tiempo determinado, y transcurrido aquél se extinguirán tales desembolsos, aunque el crédito no sea exigible aún. El inmueble que sirve de garantía es tasado, y de tal resultado dependerá el monto total de las sumas a desembolsarse. En caso que la persona supere las expectativas

de vida, ya no recibirá suma alguna proveniente de este préstamo, pero no podrá ser privado de su vivienda hasta su fallecimiento.

En cambio, de optar por obtener una renta vitalicia, mientras viva el contratante o el beneficiario se cobrarán las sumas, pero en este caso la suma será menor, ya que deberá contratarse un seguro de vida que disminuirá la suma a percibir y se dividirá en una mayor cantidad de años estimados el valor de la vivienda (base de la operación de cálculo). Pero como ventaja, el propietario tiene una mayor seguridad de cobro, ya que estos se extienden hasta el final de sus días.

#### c) Entidades financieras oferentes

Se busca garantizar la profesionalidad y transparencia de los oferentes, para reducir las posibilidades de actuaciones fraudulentas para con personas mayores o con discapacidad (dependencia) e imponiendo un control estatal acentuado. Incluso se prevé un asesoramiento independiente para los contratantes, en pos de la mentada transparencia, buscando que la información proporcionada sea clara y precisa para los receptores.

#### d) Tratamiento fiscal

Una de las ventajas que convierten en interesante este tipo de contratación es sus ventajas fiscales, con una menor carga tributaria para escrituración y honorarios. Y el hecho de que las sumas percibidas no tributen, ya que no son consideradas como rentas (o ganancias), sino como créditos, redundan en un menor costo de contratación. (14)

#### e) Forma de realización y liquidación de la deuda

El préstamo reviste el carácter de personal, y está relacionado a la circunstancia de la vida del tomador. Por lo cual, al fallecimiento del deudor o del beneficiario, los herederos tienen la opción de cancelar el crédito en el plazo estipulado, con más los intereses correspondientes, o pueden decidir no reintegrar suma alguna, permitiendo así la liquidación del inmueble por parte de la entidad financiera, que sólo podrá obtener las sumas debidas hasta donde alcancen los bienes de la herencia del propietario de la vivienda. Así, no se hace cargar a los herederos con riesgos ni cargas que disminuyan su propio patrimonio.

#### V) Posibilidad de su utilización en el Derecho Argentino

Creemos que es posible su implementación en nuestro país. No existen obstáculos en cuanto a la constitución de la garantía hipotecaria, ya que no colisiona con sus caracteres (en particular su especialidad) (15), resultando novedosa únicamente su particularidad contractual o negocial. Resulta ésta en una obligación del prestamista de otorgar las sumas en las modalidades pactadas, sujeta a un plazo resolutorio.

Aunque de estimar favorablemente su comercialización, deberá protegerse a la parte débil del contrato por una normativa específica (de conformidad con la normativa constitucional y de defensa del consumidor ya prevista), con un control estatal de las tasas de interés, gastos, las obligaciones de información y transparencia, adecuada publicidad.

La edad de referencia de 65 años es, concordante con nuestra expectativa de vida (entre 79 y 71 años en mujeres y varones respectivamente) (16), por lo que podrían mejorar notablemente su calidad de vida en sus últimos años. Además, el valor de los inmuebles se ha disparado en los últimos años, lo que, combinado con la insistente inflación que nos toca vivir, favorecería su utilización, permitiendo en su caso que los herederos tengan que desembolsar sumas inferiores para "rescatar" el inmueble de la liquidación por parte de la entidad financiera.

Determinante será también una disminución de las cargas fiscales que gravan la constitución e inscripción de la hipoteca.

Por el contrario, opinamos que el factor sociológico o psicológico incidirá negativamente en algunos casos. Esto porque existen reticencias y temores de gravar el único inmueble con una hipoteca, es considerado como una "espada de Damocles", una amenaza permanente al estatus de propietario. (17) La propiedad está asociada íntimamente con un mínimo de seguridad de vida que ha de protegerse al extremo indispensable.

También existen cuestiones relativas a la herencia, ya que el tomador no está dispuesto a dejar a su descendencia con esa carga, o en el peor de los casos sin vivienda, desnudando su patrimonio. Los futuros herederos podrían oponerse e influir negativamente en la toma de decisión del tomador, o por el contrario, alentarlos, al ver tal operación como una manera de sostener las necesidades del mayor o un merecido homenaje en vida del mismo.

Por otro lado, podemos decir que el concepto de familia ha sido objeto de transformaciones en los últimos años, así como el de herencia, socavando sus concepciones tradicionales. Históricamente con la herencia se transmitía un medio de subsistencia y una posibilidad de conservar o mejorar la calidad de vida de quién la recibía (18), y en la actualidad tiene más que ver con una liberalidad o regalo, pero que no salva o le cambia la vida a la mayoría de las personas.

Respecto de las entidades financieras, la situación de crisis económica generalizada y la intervención estatal, puede que logre cierta reticencia en desprenderse de capitales con una limitación de tasas de intereses, lo que puede perjudicar en la oferta de estos mutuos.

## VI) Reflexiones finales

La situación económica de las personas mayores no es fácil actualmente y mucho menos en tiempos de crisis. Y los mutuos hipotecarios exigibles post mortem -que no dejan de ser un negocio para cada una de las partes- pueden constituirse en una alternativa atractiva en la búsqueda de un mejor pasar o incluso de una merecida recompensa luego de una activa vida laboral.

La vivienda representa un valor alto, tanto en lo económico, como en lo sentimental, por lo cual deberán otorgarse garantías suficientes con el fin de que no se vean defraudados los intereses de los involucrados, así como de la sociedad en general.

Su éxito dependerá de todos los actores involucrados, como ser las entidades financieras, los tomadores y su núcleo familiar, y por último y no menos importante, el estado como garante del bienestar social.

Una opción de financiamiento alternativo como lo es este instituto dependerá de una regulación pormenorizada y protectoria de los mayores e incapacitados como parte débil del contrato, tanto en su etapa precontractual como en su ejecución. Un ejemplo de ello lo constituye la regulación realizada por la legislación española. Y como siempre, dependerá de la oferta y la demanda, así como de la regulación que la recepte.

(1) Para una evaluación de las distintas alternativas de inversión para personas de edad avanzada véase: Edad & Vida, Conversión de activos inmobiliarios en renta, disponible en: <http://www.edad-vida.org/fitxers/publicacions/Conversion.pdf>.

(2) MARTÍNEZ MAROTO, Antonio, Hipoteca Inversa, Universidad de Mayores de Experiencia Reciproca, Madrid, 2012, disponible en <http://www.umer.es/images/doc/n72.pdf>, p. 5.

(3) COSSARI, Nelson G. A., y LUNA, Daniel G., "La denominada hipoteca inversa o revertida. Mutuos hipotecarios exigibles post mortem", LA LEY 25/10/2007, 25/10/2007,1- LA LEY 2007-F, 941 (La Ley Online, p. 1).

(4) ÁLVAREZ JULIÁ, Luis, "Hipoteca Post Mortem", en AA.VV., Revista de Derecho Privado y Comunitario, Hipoteca II, ALEGRIA Héctor y MOSSET ITURRASPE, Jorge (directores), t. II, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 119.

(5) CALEGARI de GROSSO, Lydia E., "La hipoteca revertida y las desventajas de su instrumentación", SJA 19/9/2007; JA 2007-III-1059 (Abeledo Perrot n° 0003/013439, p. 1).

(6) HERRANZ GONZÁLEZ, Rubén, "Hipoteca Inversa y figuras afines", disponible en <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf>

(7) Para un minucioso examen véase: BELLUSCIO, Augusto C., "El nuevo Derecho francés de las Garantías", SJA 4/4/2007, JA 2007-II-902, (Abeledo Perrot N°: 0003/013142 o 0003/013146).

(8) CALEGARI de GROSSO, ob. cit., p. 2.

(9) COSSARI, y LUNA, ob. cit., p. 5.

(10) Disponible en el Boletín Oficial Español en: <http://www.boe.es/boe/dias/2007/12/08/pdfs/A50593-50614.pdf>.

(11) QUESADA SÁNCHEZ, Antonio J., "La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?", Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración, disponible en: [http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/81/135.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/81/135.pdf), p. 2.

(12) HERRANZ GONZÁLEZ, ob. cit., p. 4.

(13) Disponible en el Boletín Oficial Español en: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/12/15/pdfs/A44142-44156.pdf>.

(14) MARTÍNEZ MAROTO, ob. cit., p. 14.

(15) COSSARI, y LUNA, ob. cit., p. 6.

(16) De acuerdo a datos aportados por el Ministerio de Salud de la Nación en: <http://www.msal.gov.ar/images/stories/pdf/indicadores-basicos-2012.pdf>.

(17) TAFFIN, Claude, La Hipoteca inversa o vitalicia, Asociación Hipotecaria Española, disponible en: <http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2006/04/25/34.pdf?version=3>, p. 5.

(18) MARTÍNEZ MAROTO, ob. cit., p. 6.