


El doctorando Abigail Quesada Páez y los directores de la tesis M^a Carmen García Garnica y Rafael Rojo Álvarez-Manzaneda, garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección de los directores de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Granada, a 10 de julio de 2013

Director/es de la Tesis

Doctorando



Fdo.: M^a CARMEN GARCÍA GARNICA Fdo.:

ABIGAIL QUESADA PÁEZ

RAFAEL ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

**ANÁLISIS DE LOS NUEVOS
INSTRUMENTOS JURÍDICOS PRIVADOS
PARA LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE
LAS PERSONAS DEPENDIENTES**

TESIS DOCTORAL

Que presenta la licenciada en Derecho Abigail Quesada Páez, realizada bajo la dirección de los Profesores Dres. D^a M^a del Carmen García Garnica, Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Granada y D. Rafael Rojo Álvarez-Manzaneda, Profesor Titular de Derecho Mercantil en la Universidad de Granada, para la obtención del grado de doctor.

Fdo. M^a Carmen García Garnica/ Rafael Rojo Álvarez-Manzaneda

Directores de la Tesis

Fdo. Abigail Quesada Páez

Doctoranda

Granada, Julio de 2013



Universidad de Granada

**ANÁLISIS DE LOS NUEVOS
INSTRUMENTOS JURÍDICOS PRIVADOS
PARA LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE
LAS PERSONAS DEPENDIENTES**

TESIS DOCTORAL

Abigail Quesada Páez

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Abigail Quesada Páez
D.L.: GR 497-2014
ISBN: 978-84-9028-803-0

ABREVIATURAS	6
RESUMEN.....	8
SINTESI.....	12
INTRODUCCIÓN.....	16
1. EL CONTEXTO.....	16
2. ENFOQUE Y CONTENIDOS	23
CAPÍTULO I	27
LA POBLACIÓN ANCIANA Y/O DEPENDIENTE EN ESPAÑA	27
1. LA POBLACIÓN ANCIANA, LA POBLACIÓN DEPENDIENTE Y LA SEGURIDAD SOCIAL	27
1.1 LA POBLACIÓN ANCIANA Y LA POBLACIÓN DEPENDIENTE: UN PROBLEMA DE LA SOCIEDAD	27
1.2 LOS SISTEMAS DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL.....	41
2. LA ANCIANIDAD EN ESPAÑA.....	67
2.1 EL ENVEJECIMIENTO.....	67
2.2 DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA	73
3. EL ANCIANO COMO SUJETO DE DERECHO	75
CAPÍTULO II	81
EL SISTEMA PUBLICO DE AYUDA A LAS PERSONAS DEPENDIENTES Y SUS LIMITACIONES	81
1. ANCIANIDAD E INCAPACIDAD	81
2. ENVEJECIMIENTO Y DEPENDENCIA	83
2.1 LA DEPENDENCIA EN ESPAÑA	90
2.2 FUNDAMENTOS, PRESTACIONES Y CONDICIONES DE LA LEY 39/2006	95
2.3 LOS SISTEMAS DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA. EL MODELO DE LOS EE.UU.....	99
CAPÍTULO III	114
INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS MAYORES Y DEPENDIENTES	114
1. CONSIDERACIONES GENERALES	114
ANCIANIDAD Y RENTA INMOBILIARIA	116
2. LA HIPOTECA INVERSA	123
2.1 CONCEPTO Y CARACTERES.....	123
2.2 ANTECEDENTES	137
2.3 RÉGIMEN JURÍDICO.....	151
2.3.2 RESPONSABILIDAD PERSONAL Y REAL.....	164
2.3.3 LA EJECUCIÓN	170
2.3.4 DIFICULTADES Y MEJORAS POSIBLES.....	174
2.4 UTILIDAD SOBRE LA HIPOTECA INVERSA.....	178
2.5 ALGUNOS PUNTOS DE CONTROVERSI A EN TORNO A LA HIPOTECA INVERSA	186
2.6 EL SEGURO DE RENTA.....	193
2.7 RIESGO Y ALEA	199
2.8 NOMINALISMO Y VALORISMO	202
2.8.1 PROBLEMAS	207
3. LA RENTA VITALICIA	210
3.1 INTRODUCCIÓN	210
3.2 CONCEPTO.....	213
3.3 ELEMENTOS, PARTES Y CARACTERES	221
3.3.1 ELEMENTOS	221
3.3.1.1 PLURALIDAD DE PARTES	221
3.3.1.2 ENTREGA DE UN CAPITAL.....	224
3.3.1.3 PAGO DE UNA RENTA VITALICIA POR PARTE DEL DEUDOR EN FAVOR DEL	

BENEFICIARIO	224
3. 4 CARACTERES	229
3. 4. 1 CARÁCTER UNILATERAL O BILATERAL	230
3. 4. 2 CARÁCTER ONEROSO.....	235
3. 4. 3 CARÁCTER REAL O CONSENSUAL	237
3. 4. 4 CARÁCTER DE EFICACIA PERSONAL	240
3. 4. 5 CARÁCTER ALEATORIO.....	241
3. 4. 6 CARÁCTER FORMAL Y SOLEMNE	244
3. 4. 7 CARÁCTER DE TRACTO SUCESIVO	245
3. 4 LEGISLACIÓN COMPARADA	246
3. 6 LA RENTA VITALICIA Y LA HIPOTECA INVERSA	250
3. 6. 1 DOS PRINCIPIOS DISTINTOS.....	250
3. 6. 2 TASACIÓN DE LOS INMUEBLES GRAVADOS	256
4. EL SEGURO DE DEPENDENCIA	261
4. 1 INTRODUCCIÓN	261
4. 2 CONCEPTO DEL SEGURO DE DEPENDENCIA	264
4. 2. 1 NATURALEZA.....	268
4. 3 CONTENIDO DEL CONTRATO DE SEGURO DE DEPENDENCIA	272
4. 3. 1 INTRODUCCIÓN	272
4. 3. 2 EL RIESGO EN EL SEGURO DE DEPENDENCIA	273
4. 3. 3 DEBERES Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRACTUALES	276
4. 3. 3. 1 DEBERES Y OBLIGACIONES DEL TOMADOR O DEL ASEGURADO	276
4. 3. 3. 2 OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR.....	284
4. 4 LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL SEGURO DE DEPENDENCIA	289
4. 5 EL TRATAMIENTO FISCAL DEL SEGURO DE DEPENDENCIA EN ESPAÑA	291
4. 6 EL SEGURO DE DEPENDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO	292
4. 6. 1 ALEMANIA.....	293
4. 6. 2 ESTADOS UNIDOS.....	294
4. 6. 3 FRANCIA	295
5. CONTRATO DE ALIMENTOS	298
5. 1 INTRODUCCIÓN	298
5. 2 CARACTERES DEL CONTRATO DE ALIMENTOS	308
5. 2. 1 ONEROSO	309
5. 2. 2 BILATERALIDAD Y CONSENSUALIDAD.....	310
5. 2. 3 PERSONALÍSIMO.....	313
5. 2. 4 ALEATORIEDAD.....	314
5. 2. 5 VITALICIO.....	319
5. 3 ELEMENTOS DEL CONTRATO	320
5. 3. 1 ELEMENTOS PERSONALES: LAS PARTES DEL CONTRATO	320
5. 3. 2 ELEMENTOS REALES.....	326
5. 3. 3 FORMA DEL CONTRATO	328
5. 4 EFECTOS DEL CONTRATO.....	328
5. 5 EXTINCIÓN DEL CONTRATO.....	332
5. 5. 1 LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO	332
5. 5. 2 INCUMPLIMIENTO	336
5. 5. 3 GARANTÍAS.....	337
5. 5. 4 DESISTIMIENTO	339
5. 6 DIFERENCIAS CON LA OBLIGACIÓN DE LOS ALIMENTOS LEGALES	340
6. EL ACOGIMIENTO DE MAYORES	342
6. 1 INTRODUCCIÓN	342
6. 2 CONCEPTO.....	346

6.3 CARACTERES	348
6.4 OBJETO	349
6.5 ELEMENTOS PERSONALES.....	350
6.6 ELEMENTOS REALES.....	355
6.7 EFECTOS DEL CONTRATO.....	358
6.7.1 Obligaciones exigibles a ambas partes.....	359
6.7.2 Obligaciones a cargo de los acogedores.....	359
6.7.3 Obligaciones de los acogidos.....	359
6.8 EXTINCIÓN DEL ACOGIMIENTO	360
CONCLUSIONES.....	364
CONCLUSIONI	375
BIBLIOGRAFÍA.....	385
ANEXO	403
LAS ENMIENDAS PROPUESTAS A LA LEY 41/2007 EN RELACIÓN A LA HIPOTECA INVERSA	403
1. INTRODUCCIÓN.....	403
2. LAS ENMIENDAS EN EL CONGRESO DE DIPUTADOS	408
3. LAS ENMIENDAS EN EL SENADO	428
4. ANÁLISIS.....	439
ANEXO DE LEGISLACIÓN	457
ANEXO DE JURISPRUDENCIA.....	463

ABREVIATURAS

AA VV	Autores Varios
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ABVD	Actividades Básicas de la Vida Diaria
AC	Actualidad Civil
AD	Disposición Adicional
ADC	Anuario de Derecho Civil
BVD	Baremo de Valoración de la Dependencia
BOCA	Boletín Oficial de Canarias
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud
CC	Código Civil
CC AA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
FHA	<i>Federal Housing Administratiosn</i> , (Administración Federal de la Vivienda)
FIPRE	Ficha de Información Precontractual
HECM	<i>Home Equity Conversion Mortgage</i> , (Hipoteca de Conversión del valor acumulado)
IPC	Índice de Precios al Consumo
INE	Instituto Nacional de Estadística
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994)
LCS	Ley del Contrato de Seguro (Ley 50/1980)

LD	Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia (Ley 39/2006)
LECEX	Ley del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior (Ley 40/2006)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LISMI	Ley de Integración Social de Minusválidos
LH	Ley Hipotecaria
LPPD	Ley de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad (Ley 41/2003)
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
RD	Real Decreto
RH	Reglamento Hipotecario
RCM	Rendimientos de Capital Mobiliario
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDP	Revista de Derecho Privado
SAAD	Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SNS	Sistema Nacional de Salud
TS	Tribunal Supremo
UVMI	Unidades de Valoración Médica de Incapacidades

RESUMEN

El estudio de la tesis se ha centrado en los elementos para combatir la dependencia, y cómo estos pueden mejorar el nivel de vida de nuestros mayores y de las personas dependientes.

El aumento de esta población en España y en Europa en general es alarmante. Según señala la Exposición de Motivos que prologa la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, la población de más de 65 años de edad ha pasado en España de un 9,7 % de la población total a un 16,6 % entre 1970 y 2000, duplicándose en números absolutos. Y las proyecciones apuntan a una profundización del fenómeno. Por otra parte, junto con el envejecimiento aumenta la incidencia de la discapacidad, ya que un 32 % de los mayores de 65 años sufre de algún tipo de limitación *“que le ha causado, o puede llegar a causar, una dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidades de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades”*, mientras que en el resto de la población ese porcentaje se reduce a un 5%. Al mismo tiempo -y por otro lado- se han producido cambios profundos en cuanto al modelo tradicional de familia, de modo que las posibilidades del grupo familiar de asumir el cuidado y atención de las personas dependientes -el así llamado “apoyo informal”- se encuentran cada vez más serias dificultades. La progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral les impide hacerse cargo de esa atención, que solía recaer sobre sus espaldas: según datos recogidos en un estudio realizado para la fundación MAPFRE, las mujeres representan nada menos que el 83% de los cuidadores informales. De ahí la necesidad de la creación de instrumentos privados para proteger y promover la autonomía de las personas en situación de dependencia, ya que los públicos suelen ser insuficientes en la mayoría de los casos. Todo ello para poder garantizarles la calidad de vida adecuada a las personas dependientes. Por lo que

se analizan los instrumentos jurídicos privados, como la hipoteca inversa, la renta vitalicia y el seguro de dependencia, así como el estudio comparado de su funcionamiento en otros ordenamientos jurídicos, fijando sus ventajas y cuales son sus puntos débiles y susceptibles de mejora. También se analizan hasta donde llegan las coberturas de estos instrumentos y hasta que punto son suficientes o si se necesitan varias figuras a la vez para que todas las necesidades de estas personas, bien mayores o dependientes, estén totalmente cubiertas.

La tesis se centra en profundidad en primer lugar en el estudio de la hipoteca inversa, que es un préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los requisitos establecidos por la ley.

Esta clase de hipoteca plantea dos posibilidades, una, consiste en celebrar un contrato por el cual se obtenga una renta temporal, es decir una cantidad económica durante un tiempo determinado, hasta completar el porcentaje del valor de la vivienda pactado, pudiendo ocurrir que una vez cumplido ese plazo, no se reciba mas renta o por el contrario la posibilidad de obtener una renta de por vida y continuar cobrando mientras se viva. Siendo lo herederos del deudor los que deban pagar el crédito, si quisieran recuperar la vivienda hipotecada.

Después se procede a estudiar el contrato de renta vitalicia, que consiste en el pago de una renta o pensión de por vida, a cambio de una transmisión patrimonial, en la que los herederos perderán cualquier tipo de derecho sobre el bien enajenado.

También se analizan otros instrumentos privados para cubrir las necesidades de las personas dependientes como son el seguro de renta y el contrato de alimentos. Ampliando el estudio de la protección integral de las personas mayores

y de los dependientes, haciendo una comparativa con la normativa de otros países de nuestro entorno, especialmente los países anglosajones, contemplando su ordenamiento jurídico y sus instituciones.

En el trabajo se contemplan las posibilidades y los riesgos que encierran estos instrumentos jurídicos para los ancianos y los dependientes, cuyas pensiones resultan insuficientes (o meramente insatisfactorias), o la contratación de seguros para aquellos que se vean en la penosa necesidad de enfrentar situaciones de dependencia-, deberán ser evaluadas entonces a sabiendas de que en su conjunto generarán un beneficio para las entidades o agentes financieros que las ofrecen. Eso no significa que deba descartarse su capacidad de ofrecer mejoras -e incluso soluciones- a aquellos que están en condiciones de recurrir a ellas, sino simplemente exige una ponderación adecuada de las pérdidas y beneficios que los ancianos o dependientes pueden esperar de ellas, yendo un poco más allá de la eventual ventaja económica para intentar evaluar sus efectos en cuanto a ampliación de derechos y respeto a la autonomía: no solamente la protección indispensable de un patrimonio sino la mejora en las condiciones de existencia.

También se analizan los fundamentos económicos y sociales de estas figuras jurídicas, lo que nos permitirá entender los vínculos que las unen, proceder a una identificación más precisa de las variables en acción y de los intereses involucrados en la cuestión. E incluso como dispone de esos medios la sociedad para enfrentar lo que podríamos denominar globalmente como “la vida después -o fuera- del trabajo”. Medios con los que debe contar la persona mayor o dependiente para mejorar sus condiciones de vida y tener todas sus necesidades cubiertas.

A continuación la investigación sigue con el estudio del contrato de alimentos, ya que a raíz de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Ley 41/2003 de 18 de noviembre, por la que se modifican los

artículos del Código Civil 1791 a 1797, se crea esta nueva figura jurídica del Código Civil, que consiste, en proporcionar alimentos, atenciones y cuidados personales que se prestan en el seno de una familia, a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles, que cede el alimentista.

La tesis concluye examinando una figura atípica, que no está regulada en todo el territorio nacional y únicamente está contemplada en algunos ordenamientos jurídicos autonómicos como son los de Galicia, Cataluña, Navarra, Madrid y Asturias, que es el acogimiento de mayores. Esta figura trata de proteger a los ancianos que carecen de vivienda y de medios suficientes de vida y se propone proporcionarles unos cuidados y atenciones que les son prestados en el seno de una familia. Es un contrato privado y los acogedores pueden recibir una retribución por los servicios que prestan. Esta remuneración debe en principio correr a cargo del anciano acogido, pero si sus recursos económicos son insuficientes algunas Comunidades Autónomas contribuyen también a satisfacerlos.

En suma, he pretendido obtener una visión completa y global del problema de la dependencia y de las distintas soluciones que propone nuestro ordenamiento jurídico para solventarlas desde el punto de vista de derecho privado patrimonial.

SINTESI

Lo studio della tesi è incentrata sugli elementi per combattere la dipendenza, e come possono migliorare il tenore di vita delle persone anziane e non autosufficienti.

L'incremento della popolazione in Spagna e in Europa in generale è allarmante. Secondo le note esplicative d'ordine che prefazioni la legge 39/2006 sulla promozione dell'autonomia personale e la cura per le persone non autosufficienti, persone con più di 65 anni è stato in Spagna del 9,7% del popolazione totale al 16,6% tra il 1970 e il 2000, raddoppiando in numeri assoluti. E le proiezioni indicano un approfondimento del fenomeno. Inoltre, insieme con l'invecchiamento aumenta l'incidenza di disabilità, e che il 32% di quelli oltre i 65 soffrono di qualche forma di limitazione "che ha provocato, o possa provocare, una unità per le attività di vita quotidiana o di supportare le esigenze di autonomia personale pari opportunità ", mentre nel resto della popolazione, tale percentuale è ridotta al 5%. Al tempo stesso, e dall'altra parte, ci sono stati profondi cambiamenti in termini del modello tradizionale della famiglia, in modo che le possibilità della famiglia di prendersi cura e cura di carico-cosiddetto "supporto informali" - è sono sempre più gravi difficoltà. L'integrazione progressiva delle donne nel mercato del lavoro impedisce loro di assumere la cura, che ha usato per mentire sulla sua schiena: secondo i dati raccolti in uno studio per la Fondazione MAPFRE, le donne rappresentano non meno che il 83% degli operatori informali. Da qui la necessità per la creazione di strumenti privati di proteggere e aiutare le persone in situazioni di dipendenza, come il pubblico sono spesso insufficienti nella maggior parte dei casi. Tutto questo al fine di garantire un'adeguata qualità della vita di persone non autosufficienti. Strumenti giuridici privati come discusso, come il mutuo inverso, la rendita vitalizia e l'assicurazione di dipendenza, così come lo studio comparato

delle loro prestazioni in altri ordinamenti, fissando i suoi vantaggi e quali sono i loro punti deboli e le potenzialità di miglioramento . Si discute anche raffreddato con la copertura di questi strumenti e in che misura sono sufficienti o se avete bisogno di diverse figure in una sola volta in modo che tutte le esigenze di queste persone, sia anziani o dipendente, sono completamente coperti.

La tesi si concentra sul primo studio approfondito del mutuo inverso, di prestito o di credito garantiti da un'ipoteca sui beni immobili che costituiscono la residenza del richiedente ed a condizione che soddisfino i requisiti stabiliti dalla legge.

Questo tipo di mutuo solleva due possibilità, una è quella di stipulare un contratto con il quale per ottenere una rendita temporanea, vale a dire una somma di denaro per un certo tempo, per completare la percentuale di valore a casa d'accordo, si può verificare una volta entro tale termine, si riceverà più reddito oppure la possibilità di ottenere un reddito per la vita e continuano ad essere pagati in vita. Essendo gli eredi di credito del debitore di pagare, se volevano recuperare il bene ipotecato.

Poi si procede a studiare il contratto di rendita vitalizia, il che comporta il pagamento di una rendita o di pensione per la vita, in cambio di un trasferimento di proprietà, in cui gli eredi perdono alcun diritto sulla proprietà folle.

Si discute anche di altri strumenti privati per soddisfare le esigenze di carico, come reddito di assicurazione e contratto di cibo. Ampliare lo studio di protezione integrale delle persone anziane e dipendenti, facendo un confronto con le regole di altri paesi vicini, in particolare i paesi di lingua inglese, contemplando il suo sistema giuridico e le sue istituzioni.

Nello studio si considerano le opportunità e i rischi connessi a tali strumenti giuridici per i dipendenti anziani, le cui pensioni sono insufficienti (o semplicemente insoddisfacente), o la fornitura di assicurazione per coloro che saranno nel disperato bisogno di affrontare le situazioni -dipendenza deve essere valutato quindi sapendo che insieme generano un profitto per gli istituti finanziari o agenti che li offrono. Ciò non significa che si dovrebbe escludere la sua capacità di fornire miglioramenti soluzioni-e anche quelli che non sono in grado di usarli, ma semplicemente richiede una adeguata ponderazione delle perdite e dei benefici o anziani non autosufficienti può aspettare da loro, andando a appena al di là del possibile vantaggio economico per cercare di valutare i loro effetti in termini di espansione dei diritti e il rispetto per l'autonomia: non solo la protezione essenziale di una tenuta, ma il miglioramento delle condizioni di vita.

Si discute anche le basi economiche e sociali di questi concetti giuridici, che ci permette di comprendere i legami tra loro, procedere ad una più precisa identificazione delle variabili in azione e gli interessi coinvolti nel problema. E anche come i media deve affrontare la società che si potrebbe definire a livello mondiale come "la vita dopo-o fuori del lavoro". Mezzo attraverso il quale la persona deve avere maggiore o dipendenti per migliorare le loro condizioni di vita e hanno tutti i loro bisogni soddisfatti.

La seguente ricerca è lo studio del contratto di cibo per effetto della legge di protezione dei beni delle persone con disabilità, la legge 41/2003, del 18 novembre, che modifica gli articoli del Codice Civile 1791 1797, che stabilisce il nuovo concetto giuridico del codice civile, che consiste nel fornire cibo, l'ospitalità e la cura personale sono forniti all'interno di una famiglia, in cambio di un capitale o di beni immobili, che dà il creditore.

La tesi si conclude con l'esame di figura atipica, che non è regolamentata in

tutto il territorio nazionale è coperto solo alcuni ordinamenti regionali come la Galizia, Catalogna, Navarra, Madrid e nelle Asturie, che è il posizionamento degli anziani. Questa figura tratta di proteggere gli anziani che sono mezzi adeguati senza casa e vivono e si propone di fornire una certa cura e attenzione fornito loro all'interno di una famiglia. Si tratta di un contratto privato accogliente e può essere indennizzate per i servizi che forniscono. Tale remunerazione dovrebbe in linea di principio a carico del sambuco accolto, ma se le risorse finanziarie sono insufficienti alcune Comunità autonome contribuiscono anche a soddisfarli.

In breve, ho cercato di avere una visione globale del problema della dipendenza e le varie soluzioni proposte per risolvere loro il nostro sistema giuridico, dal punto di vista del patrimonio diritto privato.

INTRODUCCIÓN

1. EL CONTEXTO

En las últimas décadas se han producido en España -y en el mundo entero- una serie de fenómenos de orden demográfico y social que han afectado profundamente la estructura y organización de las familias, produciendo una serie de consecuencias respecto de los ancianos y dependientes que obligan a buscar nuevas soluciones para procurar el mejor cuidado de estas personas, cuidados que durante largo tiempo habían permanecido más o menos encerradas en el ámbito familiar. La atención a este grupo de personas se les prestaba en la esfera privada de su entorno y de su familia, por lo que el Estado no consideraba necesario ocuparse de tales atenciones.

Un factor muy importante que ha causado tales transformaciones es el aumento sostenido de la esperanza de vida, producido a partir de los avances en la medicina y las ciencias de la salud y apoyado en los cambios acaecidos en distintos aspectos de la vida -en particular los relativos a la alimentación, la higiene y el empleo del tiempo libre, todo lo cual ha causado, amén de sus consecuencias indudablemente virtuosas a nivel personal, notorios efectos a escala de la sociedad entera.

El primer efecto que ha causado es lógicamente el envejecimiento de la población, fenómeno que afecta especialmente a los países desarrollados (como el nuestro) perturbados por una baja tasa de fecundidad. Según señala la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia¹, la población de más de

¹ Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. BOE núm. 299, Viernes 15 diciembre 2006,

65 años de edad ha pasado en España de un 9,7 % de la población total a un 16,6 % entre 1970 y 2000, duplicándose en números absolutos. Y las proyecciones apuntan a una profundización del fenómeno. Por otra parte, junto con el envejecimiento aumenta la incidencia de la discapacidad, ya que un 32 % de los mayores de 65 años sufre de algún tipo de limitación “*que le ha causado, o puede llegar a causar, una dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidades de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades*”², mientras que en el resto de la población ese porcentaje se reduce a un 5%.

Al mismo tiempo se han producido cambios profundos en cuanto al modelo tradicional de familia, de modo que las posibilidades del grupo familiar de asumir el cuidado y atención de las personas dependientes -el así llamado “apoyo informal”- se encuentran cada vez más seriamente dificultadas. La progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral -tres millones solamente en la última década, según las estadísticas oficiales³- les impide hacerse cargo de esa atención, que solía recaer sobre sus espaldas⁴.

La creciente imposibilidad de familiares y allegados de asegurar la atención requerida por un número cada vez mayor de personas mayores o dependientes ha hecho imperativo que desde las instancias del legislador y el ejecutivo se buscara establecer unas condiciones básicas de vida de esas personas, fijando pautas mínimas generales y poniendo en acción políticas específicas, las cuales debieran cumplir con la condición de ser “*universales, de alta calidad y sostenibles en el tiempo*”, según imponen las normativas de la Unión Europea, para encarar el

p. 44142.

² Ibídem.

³ Ibídem.

⁴ Según datos recogidos en un estudio realizado para la fundación MAPFRE, las mujeres representan nada menos que el 83% de los cuidadores informales, BLAY BERRUETA, *Sistemas de cofinanciación de la dependencia: seguro privado frente a hipoteca inversa*, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación MAPFRE, Madrid, 2007, p. 40.

tema de la dependencia desde la esfera estatal y regular las normas y pautas a las que debe atenerse la disposición y movilización de los recursos e iniciativas privados -incluso los de los propios ancianos y dependientes- en la materia.

Por otra parte, España -que en comparación con otros países desarrollados cuenta con una cobertura claramente inferior en cuanto a los servicios sociales⁵- presenta en ese sentido algunas características singulares que la colocan en una situación especialmente favorable para desarrollar algunas medidas que podrían representar un importante auxilio para mejorar la calidad de vida de ancianos y dependientes. Situación que también podría, por el contrario -de no ser debidamente protegidos sus derechos y preservado su patrimonio- convertirse para ellos en una fuente de mayor vulnerabilidad, exponiéndolos a riesgos excesivos, principalmente patrimoniales, pero con consecuencias directas (y potencialmente nefastas) sobre sus condiciones de subsistencia.

TUSET DEL PINO señala en tal sentido la paradoja -más frecuente en nuestro país que en cualquiera de los otros miembros de la Unión Europea- de que *“jubilados con pensiones de subsistencia dispongan de un patrimonio abultado en forma de inmueble, especialmente después de las fuertes subidas del precio de la vivienda de los últimos años, pero sin poder disponer de su valor en forma de renta vitalicia”*⁶.

Nos ocuparemos más adelante del tema de los precios inmobiliarios, de su aparente volatilidad y las ventajas y riesgos que acompañan a su evolución, pero a nadie puede escapar la importancia de que *“el 92% de los más de 7,5 millones de personas mayores de 65 años de nuestro país posee una vivienda en propiedad”*⁷.

⁵ Ibídem, p. 22.

⁶ TUSET DEL PINO, “Todo lo que debemos conocer sobre la nueva regulación de las hipotecas inversas”, en: *A fondo* nº 79, p. 46.

⁷ TUSET DEL PINO, op. cit., p. 45.

Si a esto le sumamos el hecho -también expuesto por la estadística- de que alrededor de los dos tercios de la riqueza total de los hogares españoles se concentra en el valor la vivienda⁸, y teniendo en cuenta la importancia que le cabe al mercado inmobiliario -especialmente en España, dadas sus condiciones particulares al respecto- tanto a nivel de la macroeconomía como respecto del papel que cumple en la estructura financiera nacional, queda clara la potencial función de institutos como la hipoteca inversa y la renta vitalicia -y de la regulación de los seguros de dependencia- en la definición de las condiciones de vida y subsistencia de los ancianos, sean o no dependientes. Y en la medida en que la Ley 41/2007 los incluye a ambos -en una identificación quizá hiriente o incluso abusiva, pero que de alguna manera apunta a garantizar (o al menos pretende representar) una mayor seguridad jurídica y patrimonial y una ampliación de derechos-, podría convertirse en una fuente alternativa del mayor interés para la financiación de esos grupos de población que por razones de edad, enfermedad o incapacidad no están en condiciones de trabajar para subvenir a su propio sustento.

Por otra parte, dicha Ley -que regula a un mismo tiempo las Hipotecas Inversas y el Seguro de Dependencia- ha sido concebida para operar en paralelo con los diversos componentes del sistema de previsión social: esos institutos funcionan en conjunto -y condicionan- las jubilaciones y las pensiones, los seguros de vida, enfermedad, etc. Así, BLAY BERRUETA precisa que *“además de los beneficios sociales, la creación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) supondrá una inversión eficiente por su impacto social, económico y laboral”*.⁹

⁸ Según se señala en el *Preámbulo* de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. BOE núm. 294, Sábado 8 diciembre 2007.

⁹ BLAY BERRUETA, op. cit., p. 95.

Nos proponemos aquí tratar precisamente acerca de algunos de esos instrumentos jurídicos concebidos con el objeto declarado de facilitar que los ancianos puedan enfrentar en mejores condiciones -con un mayor grado de autonomía- la vida después de su jubilación. Al menos así se los presenta en el Preámbulo de la Ley 41/2007, cuando expresa que *“hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas económicos que tienen España y la mayoría de los países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida [...y que] el 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. La posibilidad de disfrutar en vida del ahorro acumulado en la vivienda aumentaría enormemente la capacidad para suavizar el perfil de renta y consumo a lo largo del ciclo vital, con el consiguiente efecto positivo sobre el bienestar”*.¹⁰

En el mismo sentido se refiere a la cobertura de la dependencia a través de contratos de seguro, cuestión en la que se propone garantizar que las prestaciones convenidas se hagan *“con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación”*.¹¹ También disponemos de otros instrumentos privados para cubrir las necesidades de las personas dependientes como la renta vitalicia, el seguro de renta y el contrato de alimentos.

Ahora bien, para determinar la medida en que dichos instrumentos jurídicos cumplen con esos objetivos y analizar con cierta profundidad las condiciones necesarias para que esos beneficios se hagan efectivos será preciso no perder de

¹⁰ Ibídem "Preámbulo" Ley 41/2007.

¹¹ Ibídem.

vista el marco general en el que se inscriben: el de una estructura económica -la del capitalismo actual, dominado por el poder financiero- organizada en torno de la mercantilización de la vida en todos sus aspectos. Las nuevas propuestas pautadas por las leyes en consideración forman parte integrante del orden social y económico, el cual determina sus condiciones de existencia y fija tanto sus objetivos como sus limitaciones. Tanto las propuestas que se dirigen a las personas en situación de jubilación -y en tal sentido es que nos ocuparemos principalmente de la Hipoteca Inversa y los sistemas basados en la contratación de una renta vitalicia-, como las destinadas a hacer frente a las situaciones de dependencia, concebida en términos de pérdida de autonomía personal -y en ese punto nos detendremos en el análisis de lo que propone la ley respecto de los Seguros de Dependencia - toman las formas y adoptan los mecanismos generados por -y dentro- de dicha estructura económico-social, lo que representa un sesgo que podría convertirlas en última instancia -a pesar de las buenas intenciones que puedan estar en sus orígenes- en instrumentos fundados y diseñados atendiendo antes que nada al resguardo de los intereses del capital financiero, quedando los de ancianos y dependientes relegados a una posición subordinada.

Las posibilidades y los riesgos que encierran estos instrumentos jurídicos para los ancianos y los dependientes, cuyas pensiones resultan insuficientes (o meramente insatisfactorias), o la contratación de seguros para aquellos que se vean en la penosa necesidad de enfrentar situaciones de dependencia-, deberán ser evaluadas entonces a sabiendas de que en su conjunto generarán un beneficio para las entidades o agentes financieros que las ofrecen. Eso no significa que deba descartarse su capacidad de ofrecer mejoras -e incluso soluciones- a aquellos que están en condiciones de recurrir a ellas, sino simplemente exige una ponderación adecuada de las pérdidas y beneficios que los ancianos pueden esperar de ellas, yendo un poco más allá de la eventual ventaja económica para intentar evaluar sus efectos en cuanto a ampliación de

derechos y respeto a la autonomía: no solamente la protección indispensable de un patrimonio sino la mejora en las condiciones de existencia.

No nos ocuparemos aquí de los aportes estatales que regula la ley para la atención de las personas que sufren distintos grados de dependencia, salvo alguna alusión en la figura del acogimiento familiar de personas mayores o dependiente -ya se trate de las contribuciones garantizadas por la Administración General del Estado o las que puedan provenir de convenios con las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales-, por cuanto partimos de la base de que éstos forman parte -como la Seguridad Social en general- de los mecanismos clásicos de distribución secundaria del producto social y -en los Estados modernos, “de bienestar”-, se orientan a una redistribución progresiva del mismo a manera de paliativo para las inequidades sociales más marcadas. Nos centraremos en cambio sobre los aspectos vinculados a la gestión privada de la vejez y la dependencia, y en particular a las propuestas que ponen en juego el patrimonio de los mismos interesados.

En ese sentido el aspecto que nos interesa de los instrumentos a analizar está vinculado a la propiedad privada y no a los recursos públicos. Tanto la hipoteca inversa, la renta vitalicia o el contrato de alimentos son instrumentos que se apoyan en mecanismos propios de la renta inmobiliaria y financiera y no forman parte, al menos no de manera directa, de las políticas redistributivas. Además adoptan en los hechos formas legales aceptadas por los contratantes en ejercicio de su libre voluntad, sin mayor incidencia aparente del conjunto social.

Sin embargo, más allá de intentar dar respuesta a los problemas individuales de los beneficiarios -y en cierto modo de sus allegados directos-, apuntan a resolver uno de los grandes problemas económicos que tiene España y encierran un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales-, razón por la cual el legislador encuentra justificación suficiente para regular las condiciones en las que las figuras anteriormente mencionadas deben

desarrollarse. Queda claro además que dichos institutos participan de un juego más amplio y no sólo afectan a los interesados directos y a sus allegados más cercanos sino que son partícipes de la distribución en general de la riqueza en la sociedad. Estas figuras jurídicas combinan los recursos generados como efectos de las mismas, con los que ha acumulado esa persona durante su vida activa o con sus ingresos de jubilación u otras prestaciones como invalidez, viudez, etc.,

2. ENFOQUE Y CONTENIDOS

Analizaremos los fundamentos económicos y sociales de estas figuras jurídicas y que nos permitirá entender los vínculos que las unen, proceder a una identificación más precisa de las variables en acción y de los intereses involucrados en la cuestión, determinaremos el lugar que ocupan los distintos factores sociales en el sistema general y el sesgo que le imprimen en función de sus propias perspectivas, valores e intereses. E incluso precisaremos como dispone sus medios la sociedad para enfrentar lo que podríamos denominar globalmente como “la vida después -o fuera- del trabajo”. Medios con los que debe contar la persona mayor o dependiente para mejorar sus condiciones de vida y tener todas sus necesidades cubiertas.

Renta vitalicia e hipoteca inversa -y lo mismo puede decirse de los contratos de seguro, contrato de alimentos y acogimiento familiar de personas mayores o dependientes- son instrumentos financieros que actúan dentro del marco de la economía general, pero están orientado a la ayuda de este grupo de persona. Este tipo de instrumentos ha alcanzado cierto grado de desarrollo en diversos países asiáticos, Inglaterra, Francia¹² y especialmente en EE.UU.¹³

¹² En Francia se ha regulado recientemente la hipoteca inversa con la denominación de “Prêt viager hypothécaire”.

¹³ En EE.UU. se comienza a desarrollar la hipoteca inversa como un producto financiero especialmente a partir de 1988. El Congreso de los EE.UU. aprueba la legislación sobre la hipoteca inversa el 22 de diciembre de 1987, creando la denominada HECM (Home Equity Conversion Mortgage), que son hipotecas aseguradas por la Federal Housing Administration (FHA) o por la

Estas figuras tienen en común que actúan en la práctica de manera complementaria -y en cierto modo también como alternativa- a las pensiones de jubilación.

Para intentar una evaluación consistente de las ventajas y desventajas de esas nuevas propuestas jurídicas que podrían colaborar a una mejor calidad de vida de ancianos y personas en situación de dependencia, las particularidades que las definen y los efectos que pueden esperar de ellas tanto el beneficiario directo como sus familiares y allegados, quizá resulte entonces necesario tomar también en cuenta -en simultáneo, o incluso antes de entrar en la consideración de algunas de sus diferencias y particularidades- ciertos puntos relativos al marco general que les da sentido y fundamento, en relación a la mecánica jurídica y social en la que se inscriben y a la función particular que cumplen en la sociedad. Sus efectos sociales globales -dijimos- no son inocuos.

Los nuevos institutos que nos proponemos analizar aspiran a organizar instrumentos que permitan mejorar las condiciones de vida de ancianos y personas dependientes, comenzaremos este estudio con un breve recorrido por las características generales de la población anciana -deteniéndonos con más detalle sobre el caso Español- y ciertos aspectos relativos a la organización de la Seguridad Social, para acercarnos con algo más de detalle a la figura del anciano como sujeto de derecho. El dependiente en particular se encuentra en una situación incómoda frente al llamativo “silencio del constituyente español”¹⁴ respecto de la titularidad de las personas jurídicas respecto de los derechos fundamentales.

Fannie Mae (Asociación Federal Nacional Hipotecaria Estadounidense) y que exigen unos requisitos determinados para su concesión.

¹⁴ La expresión “Silencio del Constituyente”, corresponde al profesor GÓMEZ MONTORO, quien la utiliza en su artículo: “La Titularidad de Derechos Fundamentales por la Persona Jurídica: Un Intento de Fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, nº 65,

En la medida en que las propuestas jurídicas en análisis se apoyan -ya sea directamente o en forma accesoria- en la situación patrimonial y la “capacidad económica”¹⁵ de los ancianos, y teniendo en cuenta la circunstancia ya mencionada en relación al lugar preponderante que ocupa la propiedad inmueble en la sociedad española -elemento que resulta fundamental en los institutos propuestos, sobre todo en lo que respecta a la hipoteca inversa, la renta vitalicia y el contrato de alimentos- necesitaremos hacer ciertas precisiones acerca del mercado inmobiliario, de los fundamentos económicos de la renta inmobiliaria y las regulaciones y la fiscalidad aplicados a la vivienda en España, lo que nos permitirá contextualizar con mayor precisión las condiciones en las que se puede recurrir a la movilización de esos bienes como complemento de otras prestaciones para mejorar las condiciones de vida, ya sea en términos de jubilación o de calidad de vida del dependiente.

Específicamente en los mecanismos propios del seguro de dependencia, la hipoteca inversa, institutos jurídico-financieros pensados específicamente para complementar las prestaciones del sistema público a los ancianos mayores de 65 años y a la atención de las personas dependientes. Incorporaremos también el tema de la renta vitalicia, contrato de alimentos, seguro de renta y acogimiento familiar de personas mayores o dependientes, para abrir el panorama y poder sacar conclusiones generales -en términos no solamente jurídicos sino en función de las consecuencias existenciales- acerca de las posibilidades que ofrece esta serie de alternativas económico-financieras orientadas a mejorar la calidad de vida de las personas mayores y/o dependientes.

Y estudiaremos el contrato de alimentos y el acogimiento familiar de personas mayores, donde analizaremos que estas figuras no sólo se centran

Mayo-Agosto, 2002, p. 56.

¹⁵ Según reza la Ley 39/2006, tanto en su *Exposición de motivos* como en su articulado.

en ayudar económicamente al anciano o dependiente, sino que además se exigen una serie de cuidados y atención personal para el beneficiario.

CAPÍTULO I

LA POBLACIÓN ANCIANA Y/O DEPENDIENTE EN ESPAÑA

1. LA POBLACIÓN ANCIANA, LA POBLACIÓN DEPENDIENTE Y LA SEGURIDAD SOCIAL

1.1. LA POBLACIÓN ANCIANA Y LA POBLACIÓN DEPENDIENTE: UN PROBLEMA DE LA SOCIEDAD

Si se trata de ofrecer soluciones alternativas de protección a aquellos que no producen por edad, enfermedad o discapacidad para su sustento, es obvio que las propuestas que nos proponemos estudiar se internan de algún modo en el terreno de lo que se suele denominar la “previsión social”. La jubilación y la dependencia es un tema que ocupa desde siempre un lugar de importancia en las preocupaciones de la mayoría de los habitantes del planeta, y tradicionalmente se presenta en vinculación con la solidaridad social, ya sea ejercida en forma directa o bajo la estructura determinada por distinto tipo de instituciones -como por ejemplo las “sociedades de socorros mutuos”- con las que los sectores asalariados enfrentaron durante largo tiempo la cuestión, y que han evolucionado -transformándose- al generalizarse la intervención del Estado como garante de ciertas prestaciones.

En España encontramos antecedentes de instituciones dedicadas a la seguridad social desde el siglo XVIII, en los montepíos militares y de funcionarios civiles¹⁶, aunque entidades autónomas como la sociedad de

¹⁶ DE LA LUZ JUÁREZ Y SÁNCHEZ DAZA, *Seguridad social en España y los fondos de*

socorros mutuos de los tejedores de algodón de Barcelona -organizada en 1839- fueron prohibidas en su momento bajo la acusación de servir a propósitos considerados subversivos. No obstante, en 1863 a partir del informe de la "Comisión de reformas sociales", que recoge el creciente descontento popular, se las acepta, e incluso se aportan fondos para ellas¹⁷.

La seguridad, la previsión social, la protección y el cuidado del sujeto no es precisamente un tema que haya ocupado en demasía a los gobernantes y líderes mundiales del pasado. En 1945, SIMMONS publica una investigación referente al rol de los ancianos en las sociedades primitivas¹⁸. Llega a la conclusión de que una cantidad apreciable de las 71 sociedades arcaicas que estudió abandonaban a los viejos como una forma de acelerar su muerte y así, directa y cruelmente los eliminaban.

El senescente, confrontado por una sucesión de pérdidas (físicas, afectivas y económicas) no ha sido debidamente protegido por la ley. El antecedente legal de Occidente más antiguo es el "*honesta missio*", o ley romana de reconocimiento de servicios, que se remonta al siglo 111 antes de Cristo. Era un amparo. Los ancianos percibían una renta igual a la mitad del último sueldo recibido. Pero era un privilegio sólo para soldados: "*El honesta missio llegaba tras veinte años de servicio, pero el privilegio del veterano emerita missio, llegaba tras haber transcurrido veinticuatro años de milicia. Eso en lo tocante a los comitatenses, pues los limitanei¹⁹ habrían de servir*

pensiones, en Análisis Económico nº 41, vol. XIX Segundo cuatrimestre de 2004, pp. 199-223. Disponible en: <http://www.analisiseconomico.com.mx/pdf/4109.pdf>

¹⁷ RODRÍGUEZ, "La seguridad social en España", disponible en: www.elergonomista.com/ss02.html

¹⁸ Cfr. SIMMONS, *The Role of the Aged in Primitive Society*, Yale, University Press, New Haven, Connecticut, USA, 1945.

¹⁹ Los destacamentos fronterizos estaban compuestos por una milicia permanente, hereditaria (en latín, *limitanei*) y tropas con una mayor movilidad para su desplazamiento en los campos de batalla conocidas como *comitatenses*, que se mantenían como reserva estratégica de los ejércitos romanos.

*veinticuatro años para obtener la honesta missio [...]. Todos, sin embargo, disfrutaron de la inmunidad fiscal (capitación) [...], si además recibían la honesta missio la inmunidad se extendía hacia la esposas [...]. Privilegios adicionales fueron la concesión imperial de lotes de tierra a perpetuidad [...], una yunta de bueyes y cien modios de semillas, lotes que estaban exentos de tributación”.*²⁰

Amanecía el sentido solidario, dejando como experiencia los "favores" del faraón, en el viejo Egipto, que designaba con el vocablo *amakhu* sólo a los ancianos que gozaban de su preferencia, garantizándoles un buen pasar hasta el fin de sus vidas.

"Lo que se llamaba una vejez dichosa no se caracteriza sólo por la ausencia de enfermedades. Aún era menester la opulencia, o al menos un buen pasar. El que llegaba al estado de amakhu tenía asegurado, no sólo el pan de sus viejos días, sino que podía contar con una sepultura excelente. Sinuhit, a su regreso del exilio, recibe una casa de propietario, digna de un cortesano. Mucha gente trabajaba en su construcción. El maderamen se hizo con madera nueva y no con madera de demolición: "Me traían provisiones de palacio, tres, cuatro veces por día, además de lo que no dejaban de darme los hijos reales." Luego Sinuhit, que se ha visto atribuir la ofrenda funeraria, vigila la construcción de su casa de eternidad. La amuebla. Dispone minuciosamente todo lo que se refiere al cuidado de su tumba y de su culto funerario. Éste es un gusto de viejo, al menos de un viejo

²⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y LOMAS SALMONTE, *Historia de Roma*, Ediciones Akal, Madrid, España, 2004, p. 533

*amigo del rey. El rey concedía o negaba, a su arbitrio, ese hermoso título de amakhu*²¹

En Grecia, una norma parecida, la de Solón, también hacía favores preferenciales. En Roma, la "*honesta missio*" protegía a todos los soldados por igual. Carlomagno, rey de Francia, en el año 768 ordenó el pago de cierta suma de dinero a pobres, viejos, enfermos, huérfanos y gente sin trabajo. En realidad, se trataba de una dádiva, en cuya organización las parroquias oficiaban de cajas.

Históricamente es la Iglesia Católica como institución fundadora de la civilización occidental la que da origen a las primeras entidades dedicadas a la educación, la atención de enfermos, huérfanos, ancianos e indigentes. Los recursos se obtenían de donaciones, legados, testamentos y obras pías. Las llamadas obras de misericordia, materiales y espirituales, fueron la guía de acción para la práctica de la caridad cristiana. Ésta asume una relación personal entre el donante y el receptor. Escribe CONCEPCIÓN ARENAL (1861): "*La visita domiciliar fue la forma principal a través de la cual se prestaba atención a los pobres y la expresión por excelencia de la caridad. Una caridad motivada por la fe católica, conducente a socorrer al desamparado, llevándole el pan y el alimento del alma. En esas visitas, se establecía una relación personal con el pobre, un verdadero parentesco espiritual y era esa interacción entre el que da y el que recibe, el núcleo central de la caridad*".²²

Ya en su época ARENAL (quien conoció el horror de las cárceles de mujeres y de hombres, la inmisericordia y miseria de hospicios y manicomios, y

²¹ MONTET, *La vida cotidiana en Egipto en tiempos de los Ramsés (siglos XII-XII a.c.)*, Edición Librería Hachette, Buenos Aires, Argentina, 1964, p.171.

²² ARENAL DE PONTE, *La beneficencia, la filantropía y la caridad*, 1861 ,Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Consulta realizada el 22/06/2010 en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/13550596545022496754491/p0000001.htm#_1_

hasta participó en la guerra civil carlista acompañando a las tropas cristinas para atender heridos de ambos bandos) desconfiaba de las instituciones oficiales.

*“Los sistemas, las instituciones, las leyes todas prueban que no hay nada definitivo en la vida social, y la Beneficencia en España se resiente en gran manera de este estado transitorio. Han desaparecido los conventos, a cuyas puertas hallaba sustento el miserable. Los reyes, los grandes, los ricos no fundan hospitales, ni los dotan a su muerte para que esta santa obra pueda contribuir a la remisión de sus pecados. La caridad oficial que se llama Beneficencia ha sustituido a la caridad que, sostenida por el espíritu religioso, auxiliaba a los enfermos y a los necesitados. El Estado, representante de la nueva sociedad, ha recibido de la que se extingue la sagrada misión de amparar al desvalido. ¿Y cómo llena esta misión santa? La llena de tal modo, que hace sospechar que le falta el conocimiento de sus deberes, o la voluntad de cumplirlos. La primera suposición nos parece la más probable. El Estado ensaya, prueba, duda sobre Beneficencia, como sobre todas las cosas; solamente que estos ensayos, y estas pruebas, y estas dudas son más fatales, son horribles, porque tienen por consecuencia dejar sin auxilio al necesitado, sin amparo al desvalido”.*²³

Sus definiciones son terminantes. Beneficencia -dice- es la compasión oficial, que ampara al desvalido por un sentimiento de orden y de justicia.

²³ ARENAL DE PONTE, *ibídem*.

Filantropía es la compasión filosófica, que auxilia al desdichado por amor a la humanidad y la conciencia de su dignidad y de su derecho. Caridad es la compasión cristiana, que acude al menesteroso por amor de Dios y del prójimo. Entendía Arenal que la caridad es un deber y resume la acción social de la Iglesia como “el deber de Dios hacia el hombre”. Esta concepción, durante la época colonial de América Latina, fue la que le permitió delegar a la Corona Española en la Iglesia Católica la fundación y administración de establecimientos de educación, de salud y de protección. El Real Patronato de Indias fue la figura jurídica acordada por la Santa Sede y el Imperio Español para concederle a las organizaciones eclesiásticas y comunidades religiosas el monopolio de los servicios sociales.

Lo cierto es que el asistencialismo español no atendió a la previsión social, como sucedió en otros países europeos con antecedentes verdaderamente valiosos: los primeros jubilados modernos fueron, por ejemplo, los mineros alemanes, hecho que se produce en 1669. La percepción de haberes se concretaba merced a los aportes del patrón y del obrero. El siguiente paso lo da la Revolución Francesa, que fija topes: cincuenta años de edad y treinta de labor. Veamos la evolución del concepto en España.

A lo largo de su evolución, los mecanismos e instituciones encargados de tomar a su cargo a los ancianos -y en general a los miembros de la sociedad que no están en condiciones (permanentes o temporarias) de realizar una actividad económica que les asegure el ingreso suficiente con el que solventar sus gastos-, han asumido distintas formas y enfrentado diversos problemas que afectaban su financiación y su funcionamiento.

El tema de la vejez, y en particular la situación que se produce con la jubilación de la actividad productiva, ocupa un lugar central en la vida de cada individuo singular, pero también incide en la sociedad como un todo. Los ancianos -grupo en crecimiento hoy en la mayor parte del mundo, y muy

especialmente en los países con baja tasa de natalidad como los europeos en general y España en particular- y las personas en situación de dependencia constituyen un grupo de población marcado por su vulnerabilidad, y mucho más en el caso de aquellos -que no son pocos, considerando las flaquezas que han caracterizado a la estructura laboral de nuestro país y la amplitud del paro que signó la historia española en décadas pasadas (lacas ambas que parecen hoy querer volver en alas de los vientos de crisis que corren)- que no han conseguido acumular durante su vida activa recursos suficientes para asegurarse en la ancianidad -o en el paro- las condiciones de vida que consideran aceptables o merecidas. Así, buen número de ancianos y dependientes pobres o empobrecidos enfrentan desde una posición de vulnerabilidad extrema -como un problema de difícil solución y una fuente de sufrimiento y angustia- el hecho de no poder subvenir de manera satisfactoria a sus necesidades y requerir de la ayuda de terceros.

Lo mismo pasa -con las diferencias obvias- en caso de enfermedad o incapacidad. Dependencia económica y dependencia física (o mental) -y ambas suelen combinarse en el caso de los ancianos- duelen en el cuerpo y el alma del individuo, pero pesan sobre el conjunto social, que no puede abandonarlos a su suerte y se encuentra así en la obligación de hacerse cargo de una u otra manera de enfermos, ancianos e incapaces, es decir de poner en acción mecanismos redistributivos a ese efecto donde la distribución primaria ha fallado.

A lo largo de los siglos, la manutención de niños, enfermos y ancianos fue tomada a su cargo por redes solidarias: parientes, allegados, compañeros, gremios, cofradías, etc. Pero aún así la carga se repartía sobre el conjunto social: de una u otra manera la parte necesaria de los recursos producidos por la sociedad termina destinándose a tal fin. Hasta el propietario de esclavos estaba obligado a mantener a los niños de corta edad y curar a los enfermos,

so riesgo de ver su propio beneficio degradarse y su patrimonio disminuir. Del mismo modo, más adelante, el siervo de la gleba debía recibir una parcela o una participación en la cosecha capaz de sostener -aunque fuera malamente- a su familia, incluyendo viejos y enfermos. En las ciudades, durante la Edad Media, eran los gremios artesanales los que se hacían cargo de buena parte de estas cuestiones, incluyendo la fundación de hospitales y el mantenimiento de viudas y huérfanos, la provisión de dotes para las casamenteras y distinto tipo de ayudas económicas a sus miembros. Los costos de todas estas actividades engrosaban, obviamente, el valor y los precios de los productos.

A todo esto podría añadirse el rol asumido por algunas instituciones como instrumentos que de alguna manera intervienen en esa redistribución de recursos hacia los necesitados. La vejez -como la miseria- es un tema que trasciende a los viejos -y los pobres- y afecta al conjunto social. Pero en tanto cuestión más política y social que eraria o económica, ya que afecta no solo a cada uno de los ancianos y los indigentes, sino a la tranquilidad y el orden general del organismo social. Junto a las redes privadas de beneficencia, la Iglesia por un lado y el Estado por el otro, instalan sistemas y establecimientos de asistencia a los pobres y dependientes, instituciones que son utilizadas a la vez como mecanismos de control social.

La asistencia pública -y la “beneficencia” en general, encargada de proveer de un mínimo a los más indefensos-, se acompañaba habitualmente de un fuerte contenido de humillación social para sus destinatarios, aunque fuera sostenida en su origen por argumentaciones del orden de la caridad cristiana y la defensa de los “hermanos en desgracia”. Se la financiaba con distinto tipo de ayudas, subsidios y privilegios, pero a lo largo de la historia enfrenta -amen de su contenido denigrante- crisis recurrentes: válvula de control social más que propuesta fundamentada en convicciones y sentimientos profundos, no apunta a entregar a cada persona lo que le corresponde por el hecho de ser hombre o

por formar parte de la sociedad, sino a mantener a raya los desbordes -delitos individuales o grupales, levantamientos políticos, violencia social- que la carencia y la exclusión tarde o temprano acarrearán. Con el tiempo, la imagen social del pobre fue así virando, desde la de un personaje inofensivo, un simple “inútil” incapaz de proveer a su propia subsistencia, a la de un “parásito social” y una amenaza, un peligro latente que justifica mantenerlo bajo vigilancia e incluso ponerlo bajo encierro. Viejos y dependientes gozan de una mayor tolerancia, pero no dejan de ser considerados una carga improductiva.

Será finalmente durante el último tercio del siglo XIX -y también en función de prevenir situaciones potencialmente riesgosas desde el punto de vista social y político-, que el canciller alemán VON BISMARCK impulse una legislación social de avanzada -que algunos llegaron a denominar abusivamente por su contenido como “socialismo de Estado”- que garantizaba la jubilación de los trabajadores e instalaba un seguro para casos de enfermedad o accidente.

Es a partir de entonces que podemos hablar de un sistema de seguridad social “moderno”: el así llamado “seguro social”. De hecho la base de los sistemas públicos de pensiones de jubilación en el mundo es de raíz “bismarckiana”. En este esquema -del tipo “de reparto”-, aunque el beneficio obtenido queda atado al aporte realizado por el beneficiario -y su alcance queda circunscrito entonces a los sectores asalariados-, se instala una suerte de “solidaridad intergeneracional”, en la que los aportantes -los trabajadores activos- sostienen a los ya retirados y confían a su vez en ser tomados a su cargo por la generación siguiente. El cambio respecto de los sistemas anteriores es profundo: como señala ALONSO, *“a diferencia de las legislaciones sociales heredadas del feudalismo, el seguro social privilegiaba la*

*cobertura del asalariado antes que estar dirigido al pobre o al miserable*²⁴.

El pobre seguía a cargo de la asistencia social, con su carga de humillación y penuria, pero al menos el asalariado conseguía una posición más desahogada y mucho más digna. La protección social pública se ha extendido hoy en cuanto a la población cubierta -la que tiene derecho a la asistencia,- y también sus prestaciones se han ampliado, incluyendo rubros y servicios en áreas hasta hace poco relegadas al ámbito privado, pero en muchos aspectos - como el jubilatorio, su ejemplo más destacado y visible- suele seguir atada a los aportes personales. Después de la Segunda Guerra Mundial -en pleno siglo XX-, con la publicación del *Beveridge Report* en Gran Bretaña, se comenzará a abrir paso la idea renovadora que consiste en desligar los beneficios obtenidos del aporte realizado, partiendo de la base de considerar a la seguridad social como un derecho universal del ciudadano en tanto tal, independientemente del mayor o menor éxito -o rendimiento- que hubiera alcanzado a lo largo de su actividad productiva.

Las políticas de protección jurídica en España se inician en la Comisión de Reformas Sociales, de 1883, a iniciativa del ministro de Gobernación SEGISMUNDO MORET, que se encargó del estudio de cuestiones que apuntaban a la mejora y bienestar de la clase obrera. Puede afirmarse que nace allí verdaderamente la primera legislación laboral española.²⁵

Siguiendo a GIL HERNÁNDEZ²⁶, podemos afirmar que en 1900 se publica la ley de Accidentes de Trabajo, considerada el inicio de la Seguridad Social en España. En 1903 se crea el Instituto de reformas Sociales y en 1908

²⁴ ALONSO, *Política y Seguridad Social en la Argentina de los '90*. FLACSO. Miño y Dávila Editores, Madrid, 2000, p. 35.

²⁵ Cfr. SAMANIEGO BONEU, *La Comisión de Reformas Sociales. 1883-1903. Política social y conflicto de intereses en la España de la Restauración*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, Universidad de Salamanca.

²⁶ GIL HERNÁNDEZ, *Tratado de medicina del trabajo*, Masson S.A., Barcelona, España,

el Instituto Nacional de Previsión. En 1919 se establece el primer seguro social, de carácter obligatorio, con el nombre de “Régimen de Retiro Obrero Obligatorio”. En 1929 se publica la normativa protectora de los accidentes de trabajo en el mar, en 1931 la normativa para los accidentes en agricultura y en 1932 la legislación relativa a los accidentes en la industria. En 1939 se creó el seguro de vejez, invalidez y supervivencia (SOVI) y en 1942 el seguro obligatorio por enfermedad (SOE), que entra en vigor en 1944. En 1966 se publica el texto articulado de la Ley General de la Seguridad Social que es sustituida en 1974 por un nuevo texto. La Constitución española de 1978 es la que influye decididamente en la configuración del sistema de seguridad social español ya que vincula la protección social con los derechos fundamentales. Es preciso el artículo 41: *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*.

Siguiendo a GIL HERNÁNDEZ en la etapa postconstitucional se destacan los siguientes hitos relacionados con la evolución de la seguridad social en España:

- 1979. Se crean: el INSS (Instituto Nacional de Seguridad Social), INSALUD (Instituto Nacional de la Salud e INSERSO (Instituto Nacional De Servicios Sociales).
- 1982. Se sancionan la Ley de Integración Social de Minusválidos (LISMI) y el Real Decreto 2609 sobre evaluación y declaración de situaciones de invalidez, dando lugar a las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades (UVMI).

- 1985. Se sanciona la Ley 26 de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.
- Entre 1990 y 1995 dos leyes (la 3 y la 4) relativas a temas vinculados con la maternidad y la paternidad.
- 1994. Se sanciona la Ley 42 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social transformando la prestación “incapacidad transitoria” por el vocablo “incapacidad temporal”, pasando a ser la maternidad una prestación independiente de ella.
- 1995. Se sanciona la Ley 24 de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social.
- 2001. Se promulga el Real Decreto Ley 16 de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, desarrollado por la ley 35/2002.

Finalmente, consolidando el sólido marco jurídico que hace a la seguridad social española se sanciona en 2006 Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia que ha de ser el tema central de esta tesis.

Es de señalar previamente, como afirma CERCAS ALONSO, la voluntad reformadora de los constituyentes en las materias usualmente contenidas en los objetivos del Estado de bienestar, que se expresa en otros muchos preceptos constitucionales y no sólo, pese a su relevancia, en el mencionado art. 41: *“Con un criterio sistemático discutible desde el punto de vista académico, pero muy clarificador desde la lógica de los políticos, que a la postre fueron los legisladores constituyentes, nuestra Carta Magna se detiene a señalar, en el capítulo Tercero del Título Primero, que trata de los Principios rectores de la política social y económica del Estado, una larga enumeración de*

*acciones sociales constitutivas de políticas y obligaciones públicas, típicas del modelo teórico del Estado de Bienestar*²⁷.

En efecto, la Constitución se dirige, con mandatos imperativos, a los poderes públicos para que aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia y de los niños (Art. 39), la distribución de la renta regional y personal (Art. 40), políticas orientadas al pleno empleo (Art. 40.1), formación profesional, seguridad e higiene en el trabajo, descanso y vacaciones retribuidas (Art. 40.2), derechos sociales de los emigrantes y políticas de retorno (Art. 42), derecho a la salud de todos los españoles (Art. 43), bienes culturales al alcance de todos (Art. 44), Medio Ambiente adecuado (Art. 45), vivienda digna y adecuada y regulación del suelo de acuerdo con el interés general (Art. 47), protección de los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos (Art. 49), pensiones adecuadas, periódicamente actualizadas y suficientes para la tercera edad (Art. 50), Servicios Sociales para el Bienestar (Art. 50), defensa de consumidores y usuarios (Art. 51).

Sólo a modo de ejemplo de cómo la CE ordena, valida y valora los derechos fundamentales del ciudadano, vale analizar las alternativas que abre el art. 42, tanto a través de la legislación estatal (especialmente, la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior) como mediante la legislación de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias (algunas de esas leyes regionales son anteriores a la estatal, mientras otras se han adoptado con posterioridad)²⁸. España ha dado sin duda un paso muy importante en este aspecto consolidando su mandato constitucional del artículo 42 en un estatuto garantizándole a los emigrantes

²⁷ CERCAS ALONSO, *Ibidem*, p. 48.

²⁸ Por ejemplo, entre otras, La Ley 11/2007, de 20 de marzo, de Comunidades de Valencianos en el Exterior; la Ley 6/2005, de 15 de junio, de la Comunidad Riojana en el Exterior; la Ley 5/2000, de 28 de noviembre, de Relaciones con las Comunidades Aragonesas del Exterior; la Ley 18/1996, de 27 de diciembre, de relaciones con las Comunidades Catalanas en el exterior; la Ley 4/1986, de 25 de junio, de entidades canarias en el exterior y del Consejo canario de entidades en el exterior.

españoles un trato igual al que tienen el resto de los españoles, e implica velar por la salvaguarda de sus derechos en el exterior orientando las políticas para su retorno. La Ley 40/2006 sobre el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior (LECEX) considera a los emigrantes residentes en el exterior como un valor en sí mismo que confirma la presencia de España más allá de sus fronteras. La LECEX se adentra en el camino de colocar a la CE en pleno territorio de la globalización, teniendo en cuenta sobre todo que la Carta Magna se define como proyecto, es decir **como movimiento constante que se encamina hacia el futuro.**²⁹

En este escenario, el Estatuto busca considerar la emigración (Art. 42 de la CE)³⁰ como algo mucho más complejo que lo que los constituyentes consideraron al redactar el artículo, por cuanto consideraban que los únicos motivos de la emigración eran laborales. Hoy, con aquellos que emigran por diferentes motivos, la sociedad de origen se mantiene siempre en contacto y esa sociedad de origen es precisamente la que le proporciona un factor de prestigio. Finalmente, *“el eje axial del nuevo Estatuto, en el caso español, es el principio de igualdad real y efectivo entre los ciudadanos españoles en el exterior y los residentes en el territorio español sin embargo en ningún momento se hace explícito en el texto legal que se adopte ninguna medida de acción positiva prefiriéndose la opción técnica del tratamiento específico lo que implica también que sea diferenciado, distinto, pero no necesariamente una medida positiva o compensadora. De ello se desprende la voluntad legal de garantizar la plena ciudadanía social y política de estos ciudadanos rompiendo con una configuración no explicitada pero consagrada veladamente en una variada red de normas pre y post constitucionales del emigrante como ciudadano de segunda clase al tener*

²⁹ SEMPERE NAVARRO, “El Estatuto de la Ciudadanía Española en el extranjero”, en *Comentarios a la Ley 40/2006 del 14 de diciembre de 2006*, Ed. Aranzadi S.A. 2009, p. 537

³⁰ Cap. III (De los Principios Rectores de la Política Social y Económica), art. 42: “El Estado velará especialmente por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los

*sensiblemente limitados o dificultados sus derechos como ciudadanos*³¹

Promulgada la Constitución, España se incorporó al reducido y privilegiado grupo de naciones que cuenta con un ordenamiento plenamente acorde con las ideas y programas del denominado Estado de Bienestar. Así abre un largo y exigente camino de realizaciones muy complejas como luego veremos en profundidad al analizar la Ley de Dependencia y que nunca serán plenamente cubiertas, aun cuando a más de 30 años de vigencia del texto Constitucional, puede aseverarse que el espíritu reformador del texto constitucional ha sido eficaz.

Cabe observar que la situación en nuestro país no es hoy de las mejores: según BLAY BERRUETA, *“España es uno de los países de la Unión Europea que en términos comparativos dedica menos recursos a la protección social.”*³²

1.2 LOS SISTEMAS DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL

En épocas recientes -y en los tiempos que corren con particular intensidad- las crisis de la economía global y las crecientes necesidades de financiación de los sistemas de jubilación basados en los salarios y en la solidaridad intergeneracional, afectados por el aumento de la esperanza de vida, que estira los tiempos en los que el retirado cobra su pensión habiendo dejado ya de aportar, han llevado -a pesar del notable incremento en la productividad del trabajo y de la riqueza global, que compensan ampliamente esa brecha- a proponer la postergación de la edad de jubilación y la búsqueda de alternativas que sean “autosuficientes” -que no requieran de aportes exteriores al sistema- y reflejen las condiciones personales -entendidas en términos de “méritos”- de cada aportante.

trabajadores españoles en el extranjero y orientará sus políticas hacia su retorno”.

³¹ SEMPERE NAVARRO, op. cit., p. 119.

Entre ellas se destacan propuestas de reformas a los sistemas clásicos de jubilación que incluyen la promoción de sistemas privados basados en cuentas de capitalización, ya sea como forma general o a título de complemento de las pensiones básicas. También se puede incluir entre esas alternativas -aunque no formen parte del sistema de pensiones-, y especialmente en España, que cuenta a ese respecto con una situación particularmente favorable, la idea de afinar los instrumentos jurídicos y económicos necesarios para poner en movimiento el capital inmovilizado en la propiedad inmueble de los propios ancianos -y lo mismo se aplica a las personas en situación de dependencia-, para mejorar sus condiciones de vida tras la jubilación. De hecho, esas experiencias han sido aplicadas en diversos países, en particular en América Latina -Chile antes que nadie; Argentina luego pero no han dado el resultado esperado, al punto que en algunos de ellos - Argentina, por caso- ya han sido abandonadas. La fundamentación tradicional de la previsión y de la asistencia sociales, que tenía su origen en los lazos personales y solidarios -o eventualmente, pero con la misma base, en virtudes teologales como la caridad-, debía desde ese punto de vista ser desechada sin más, con independencia de los daños sociales y los sufrimientos personales que su eliminación pudiera producir. Pero para los promotores de un sistema de jubilaciones organizado en torno del ahorro privado compulsivo, el objetivo principal, antes que el de garantizar un ingreso mínimo aceptable para los ancianos, era alcanzar una “inversión eficiente” para asegurar el “crecimiento” y “la buena marcha de la economía”.

La lógica del “a cada cual según sus necesidades” -inscripta de alguna manera en las estructuras de base solidaria, por escueta que resultara la definición de esas necesidades y relativa que fuera su aplicación- debía ceder paso al egoísmo económico, ese defecto individual con el que en la visión

³² BLAY BERRUETA, op. cit., p. 35.

liberal se construye la virtud social, de manera de poder concentrarse en el “a cada cual según su aporte personal”. Las necesidades humanas más básicas debían ceder ante la “razón” de una economía ensimismada en el individuo, consolidando y reforzando -al ignorarlas- las diferencias -y las injusticias- sociales.

Se trata de un cambio profundo, de paradigma: desde esta perspectiva la manutención de los viejos -y lo mismo vale para las personas enfermas y dependientes- dejaría de ser un tema -un problema- de la sociedad toda para convertirse en una cuestión puramente privada y personal: cada cual atiende su juego y está librado a sus propios medios para “comprar” las condiciones de su jubilación -la pensión jubilatoria- o administrar las condiciones de su enfermedad y su dependencia. En la práctica -como lo ha demostrado la experiencia concreta- un importante sector de la población no alcanza a acumular lo suficiente en sus cuentas personales de capitalización y debe por lo tanto ser asistido de una u otra forma.

En condiciones como las de España -con su larga historia de paro, que se renueva hoy en forma alarmante- no es difícil imaginar los posibles efectos de semejantes políticas. Ante la insuficiencia de los recursos personales, son los familiares y allegados -cuando lo pueden- los que vuelven a recibir la carga -que a su vez transmitirán en la medida de lo posible, con el consiguiente encarecimiento de sus productos y servicios- o será el Estado el que se vea en la obligación de intervenir, fijando niveles mínimos de subsistencia -los cuales en algunos países han resultado ser sub-mínimos- para evitar males mayores.

Así, para LO VUOLO y BARBEITO, el sistema de capitalización individual para la jubilación implica algo más que simples ajustes institucionales, y representa más bien la instalación de “*profundas*

transformaciones en el sistema de integración social”³³, ajustes que sólo son posibles en base a la exclusión y la represión, a realizar en el contexto de “una sociedad cada vez más competitiva, fraccionada y carente de redes de estabilidad y seguridad”³⁴, en la que “la movilidad social deja (...) de ser un objetivo de las políticas sociales, y la autonomía se confunde con la libertad de contratar en el mercado”³⁵. Situación que lleva a estos autores a preguntarse si “puede ser éste un modelo de democracia”³⁶.

Lo cierto es que otros países de Europa aplican los sistemas de reparto, con excepción de Italia que aplica un sistema de capitalización. Obsérvense una sucinta descripción de los sistemas de pensiones en Alemania, Francia, Italia y Turquía:

1. Alemania³⁷

Población total ³⁸	81,5 millones
Población activa ³⁹	60 %
PBI per cápita ⁴⁰ :	42.588 U\$S

³³ LO VUOLO Y BARBEITO, op. cit., p. 26.

³⁴ LO VUOLO Y BARBEITO, op. cit., p. 85.

³⁵ LO VUOLO Y BARBEITO, op. cit., p. 87.

³⁶ LO VUOLO Y BARBEITO, op. cit., p. 94.

³⁷ Fuentes: - ISSA (Asociación Internacional de la Seguridad Social), *Observatorio. Perfiles Nacionales*, disponible en: <http://www.issa.int/esl/Observatorio/Perfiles-nacionales>

- OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), *Panorama des Pensions 2011 : Les systèmes de retraite dans les pays de l'OCDE et du G20*, disponible en: http://www.oecd.org/document/49/0,3746,fr_2649_34757_43065310_1_1_1_37411,00.html#pays

- Bundesversicherungsamt: (Federal German Pension Insurance) http://www.bundesversicherungsamt.de/cln_108/nn_1046648/DE/Service/Informationenfranglais/informationenfranglais__node.html?__nnn=true

- LÓPEZ LERMA y RIOG POZUELO, *El sistema de pensiones en Alemania*. En: *Información Sociolaboral*, Marzo 2009, disponible en <http://www.mtin.es/es/mundo/consejerias/alemania/publicaciones/Public4/1.pdf>

³⁸ Fuente: U.S. Census Bureau, *International Data Base (IDB)*, 2011. Disponible en: <http://www.census.gov/ipc/www/idb/informationGateway.php>

³⁹ En % de la población total mayor de 15 años. Datos del año 2008. Fuente: The World Bank, 2011, disponible en: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SL.TLF.CACT.ZS/countries?display=default>

⁴⁰ Por persona empleada (a \$ de Paridad de Poder Adquisitivo constantes). Datos del año 2008. Fuente: The World Bank, op., cit.

Ingreso medio ⁴¹ :	53.200 U\$S
Tasa de desempleo ⁴² :	7,5 %
Cantidad de pensiones pagadas por mes:	23,5 millones
Gastos en pensiones ⁴³ :	11,4%
Esperanza de vida ⁴⁴ :	al nacer: 79,8 años
	a los 65 años 83,9 años
Población de más de 65 años ⁴⁵ :	18,8%
ídem sobre población con edad laboral ⁴⁶	32,2%
Pensión media ⁴⁷ :	793,11Euros (\$1.133)
Mayores de 65 con bajos ingresos ⁴⁸ :	10 %
Coeficiente de dependencia ⁴⁹ :	49,7 %
Tasa neta de reemplazo ⁵⁰ :	58,4

En Alemania el sistema de pensiones es del tipo de reparto, basado en el principio de la solidaridad intergeneracional. Es de carácter público y obligatorio, y su financiación se basa en la cotización social de los asegurados. En 2007 se han modificado los topes de edad, iniciando un proceso que irá cambiando paulatinamente la edad mínima necesaria para retirarse y el monto de los

<http://datos.bancomundial.org/indicador/SL.GDP.PCAP.EM.KD/countries?display=default>

⁴¹ Fuente: OECD, op. cit.

⁴² Sobre el total de la población activa. Fuente: The World Bank, op.cit.

<http://datos.bancomundial.org/indicador/SL.UEM.TOTL.ZS/countries?display=default>

⁴³ En % del PBI. Fuente: OECD, op. cit.

⁴⁴ Fuente: OECD, op. cit.

⁴⁵ Fuente: ISSA, op. cit.

⁴⁶ Fuente: OECD, op. cit.

⁴⁷ Fuente: *Las pensiones de jubilación en Europa*, basado en el informe del MISSOC "Mutual Information System on Social Protection in the EU Member States, disponible en: <http://sonsoles-yovivoaquibitacaturulense.blogspot.com/2010/02/las-pensiones-de-jubilacion-en-europa.html>

⁴⁸ Ingresos menores al 50% de la mediana del ingreso en el conjunto de la población. Fuente: *Cauces 013*, Cuadernos del Consejo Económico y Social, verano 2010, p. 56. Disponible en : http://www.ces.es/servlet/noxml?id=CesColContenido%20M01280320914362~S8389943~NCAUCES_13.pdf

⁴⁹ Población menor de 15 más población mayor de 65 años dividido por la población de entre 15 y 65. Fuente: ISSA, op. cit.

⁵⁰ Fuente: OECD, 2011. op. cit.

beneficio a percibir para los nacidos a partir de 1947. La cotización actual es de un 19,9% del salario, aportando una mitad el empleado y la otra mitad el empleador. En el caso de los mineros, los ferroviarios y los marinos el aporte patronal sube al 16,45% del salario. Los trabajadores independientes cotizan el total (19,9%). Ese porcentual puede variar en función de la relación cotizantes/jubilados. Los ingresos menores a los 400 euros no cotizan, y la cotización es parcial hasta llegar a los 800 euros. El monto de la jubilación se ajusta anualmente. No existe jubilación mínima, pero sí una ayuda a los bajos ingresos, equivalente a un 19,3% del ingreso medio. Existe en cambio un máximo, ya que sólo se aporta hasta un cierto nivel de ingresos. Es posible contratar una jubilación privada adicional. El porcentual del PBI destinado al sistema alcanza al 11,4% y la cobertura al 88,2 %.

Para acceder a la jubilación ordinaria es necesario tener 65 años de edad (tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres) y haber aportado un mínimo de 60 mensualidades. La edad mínima se irá incrementando paulatinamente hasta llegar a los 67 años en 2029. Cabe observar que además de los períodos laborales cotizados se consideran para el cómputo temporal los tiempos de educación de los hijos (se consideraban 12 meses hasta 1991, y 36 desde entonces), haciéndose cargo el Estado de los aportes correspondientes, de manera que es posible jubilarse (ya sea el padre o la madre quien se haga cargo de la educación) sin haber trabajado y cotizado por cuenta ajena. También -al menos a partir de 1992- la percepción del seguro de desempleo y los subsidios por enfermedad están sujetos a cotización para la jubilación, y en ciertos casos los períodos de escolaridad y de estudios superiores y universitarios se pueden computar a los efectos jubilatorios.

Es posible postergar la fecha de la jubilación, lo cual resulta en un incremento de un 6% del beneficio percibido por año extra trabajado.

Además de la pensión ordinaria de jubilación existen en Alemania cuatro tipos de jubilación anticipada:

1. Para cotizantes de larga duración
2. Para discapacitados.
3. Para mujeres.
4. Para desempleados y prejubilados.

El monto de la pensión se establece en función de tres factores: una base personal que asigna puntos de acuerdo con el ingreso personal en relación al ingreso medio nacional y la cantidad de años aportados, un coeficiente determinado según el tipo de pensión del que se trate y una base general actualizada que fija el valor mensual correspondiente a un año de aporte promedio ajustado según la variación de los salarios. La tasa neta de reemplazo alcanza al 58,4 % del ingreso personal.

En cuanto a las pensiones por incapacidad laboral, para recibirlas no es necesario haber cumplido los 65 años, pero se las considera temporales hasta cumplir esa edad y quedan sujetas a controles. Si la incapacidad es parcial se recibe el 50% de la base de cotización, exigiéndose 5 años de cotización, 3 de ellos en los 5 precedentes a la incapacidad. Si ésta es total, se percibe el 100% de la base de cotización, con las mismas condiciones de aportes.

Es posible además obtener una jubilación anticipada mediante una quita en los beneficios. Los cotizantes de larga duración (35 años de aportes) pueden retirarse a los 63 años cobrando 7,2% menos de pensión. Los discapacitados que hayan aportado por el mismo lapso no reciben quita alguna si han cumplido los 63 años, y pueden retirarse a los 60 con una merma de un 10,8 % en su pensión.

Las mujeres nacidas antes del año 1952 pueden retirarse a los 60 años con 15 años de aportes y una reducción del 18%. Desempleados y pre-jubilados nacidos antes del 50 también pueden retirarse en las mismas condiciones.

En el caso de las pensiones para supérstites, en Alemania se exigen 5 años mínimo de aportes por parte del cónyuge fallecido y que el matrimonio o unión de hecho registrada tenga una duración mayor a un año al momento del fallecimiento, a menos de accidente, caso en el que la duración es irrelevante.

Los huérfanos menores de 18 años -o hasta los 27 si se trata de estudiantes o discapacitados- que no superen determinados límites de ingresos tienen también derecho a pensión, pero si sus ingresos superan un mínimo el monto a percibir se reduce. Se compara el 40% de los ingresos con esos topes y se recorta la pensión de supervivencia en el monto que supere este tope.

En cuanto a la imposición fiscal, existe un mínimo no imponible y actualmente se tributa sólo sobre una parte de la pensión, pero la proporción irá creciendo hasta que -en el 2040- los jubilados tributen por el importe completo de la pensión.

2. Francia⁵¹

Población total ⁵² :	64,9 millones
Población activa ⁵³ :	56 %

⁵¹ Fuentes: - ISSA, op.cit.

- OCDE , op.cit.

- Caisse Nationale Assurance Vieillesse: <http://www.cnav.fr>

- Info Retraite: <http://www.info-retraite.fr/>

- Caisse Nationaler Assurance Maladie: <http://www.ameli.fr/>

- L'Observatoire des Retraites: http://www.observatoireretraites.org/index.php?id=10&no_cache=1#

⁵² U.S.Census Bureau, op. cit.

⁵³ En % de la población total mayor de 15 años. Datos del año 2008. The World Bank, op.cit.

PBI per cápita ⁵⁴ :	55.052 U\$S
Ingreso medio ⁵⁵ :	47.800 U\$S
Tasa de desempleo ⁵⁶ :	7,4 %
Gastos en pensiones s/PBI ⁵⁷ :	12,5 %
Esperanza de vida ⁵⁸ : - al nacer:	81,1 años
- a los 65 años:	84,9 años
Población de más de 65 años ⁵⁹ :	16,3 %
ídem sobre población con edad laboral ⁶⁰	28,2 %
Pensión media ⁶¹ :	1069 Euros (\$1527)
Pensión mínima ⁶² :	514,32 Euros
Pensión máxima ⁶³ :	1.134, 55 Euros
Mayores de 65 con bajos ingresos ⁶⁴ :	9 %
Coeficiente de dependencia ⁶⁵ :	53,1 %
Tasa neta de reemplazo ⁶⁶ :	65,9 %

El régimen de pensiones de jubilación en Francia es del tipo de reparto se basa en los salarios pero contempla mecanismos de compensación demográficos con efectos redistributivos. En general el sistema apunta a que quien haya

⁵⁴ Por persona empleada (a \$ de Paridad de Poder Adquisitivo constantes). Datos del año 2008. The World Bank, op.cit.

⁵⁵ OECD, op. cit.

⁵⁶ Sobre el total de la población activa. WB, op.cit.

⁵⁷ OECD, op. cit.

⁵⁸ OECD, op. cit.

⁵⁹ ISSA, op. cit.

⁶⁰ OECD, op. cit.

⁶¹ Año 2006. Fuente: Drees, *Enquête annuelle auprès des caisses de retraites 2003 à 2006*, disponible en: <http://www.info-retraite.fr/index.php?id=place>

⁶² Fuente: *Las pensiones de jubilación en Europa*, op.cit.

⁶³ Ibídem.

⁶⁴ Ingresos menores al 50% de la mediana del ingreso en el conjunto de la población. Fuente: *Cauces 013*, op, cit.

⁶⁵ Población menor de 15 más población mayor de 65 años dividido por la población de entre 15 y 65. ISSA, op. cit.

cobrado toda su vida el sueldo mínimo reciba una pensión igual al 85 % neto de ese sueldo mínimo. La mayoría de los trabajadores recibe prestaciones a dos niveles: pensión de base (régimen general) y pensión complementaria, ambas obligatorias. Esta última difiere según se trate de trabajadores asalariados de la industria, comercio y servicios por un lado o de los agricultores y profesiones liberales por el otro. Trabajadores del sector público están cubiertos por varios regímenes especiales según la ocupación.

En el régimen general, para tener derecho a la pensión plena es necesario haber cumplido 60 años de edad y tener 150 trimestres de aportes al sistema general o 160 en total. El trabajador aporta un 6,65% de su salario y el empleador un 8,3% hasta el tope de cálculo, más un 0,10% y un 1,6% respectivamente por encima de él. La pensión obtenida es el resultado de multiplicar el salario de referencia -media de los salarios de los mejores 25 años ajustados por los precios- por la tasa de prestación -hasta un máximo del 50%, para 40 años de aportes- y por el tiempo de cotización. El techo de cálculo equivale a 3961 dólares. Hay un ingreso mínimo por debajo del cual no es necesario hacer aportes.

El régimen complementario se maneja con puntos: es más contributivo pero también deja lugar a la solidaridad. Se compone básicamente de dos cajas: *Arrco* para los asalariados y *Agirc* para los ejecutivos. Las condiciones para obtener la prestación máxima son las mismas que para la de base. Los aportes del trabajador y del empleador son respectivamente de 3,8% y 5,7% en *Arrco* y 8,6 y 13,9% en *Agirc* hasta el tope de cálculo, y del 8,9 % y 13,3% en *Arrco* y 0,13 y 0,22% en *Agirc* por encima. Dan derecho a una prestación en función de los puntos que se acumulan año a año en base a la tasa de aporte y el salario divididos por el “precio” de referencia del punto. Al retirarse, la pensión complementaria es igual a la cantidad de puntos acumulados por el “valor” de referencia del punto.

⁶⁶ OECD, 2011. op.cit.

Existen adicionales por asistencia constante -hasta \$17.328 anuales- y por cónyuge a cargo - \$ 871 anuales para mayores de 65 (o 60 si son inválidos) que tengan 150 trimestres de aportes (si no, se lo reduce proporcionalmente)- así como un 10 % más por hijo si ha tenido o criado tres o más hijos.

El monto de las pensiones se ajusta según el índice de precios.

Se puede acceder a una pensión reducida después de los 60 si se ha aportado al menos un trimestre. La pensión se reduce 1,25% por cada trimestres faltante para completar los 150 trimestres o cumplir los 65 años. No puede ser menor al 25 % del salario de referencia. Los períodos de aportes considerados incluyen los de enfermedad y maternidad, así como los de desempleo. También se obtienen tiempos adicionales por nacimiento y crianza o cuidado de hijos enfermos o discapacitados, hasta un límite de 8 trimestres por hijo.

Personas que empezaron a trabajar antes de los 15 años y con el total de los aportes requeridos pueden solicitar la jubilación entre los 56 y 59 años. En caso contrario la jubilación anticipado es posible pero implica una merma en las prestaciones. También es posible postergar la jubilación. En ese caso la pensión se mayor en 0,75% por cada trimestre adicional después de los 60. Bajo ciertas condiciones, y si el ingreso total sumado no supera al último salario cobrado en actividad, el pensionado puede seguir trabajando a tiempo parcial.

Para los mayores de 65 años -o 60 si son inválidos- con ingresos anuales menores a \$ 11.279 (individual) o \$ 19.316 (matrimonio) existe una prestación mínima de vejez. Pensión de invalidez: menos de 60 años y una pérdida de los 2/3 de su capacidad de trabajo. Estar inscripto 12 meses antes del comienzo de la incapacidad y haber realizado 800 horas de trabajo remunerado en ese período,

de las cuales 200 en los tres últimos meses. El monto de la pensión es del 50% del salario medio de los diez mejores años en caso de pérdida total de capacidad laboral y del 30% si el asegurado aún puede desempeñar ciertas actividades remuneradas. El techo de cálculo es de \$ 3.699 y la pensión mínima anual de \$4.299, con un suplemento por “asistencia constante” del 40% de la pensión de invalidez -y un mínimo de \$1.403 - y un suplemento especial anual máximo de \$6.163 para los que viven solos. A los 60 años la pensión por invalidez es reemplazada por la de vejez.

Supérstites: los viudos/as cobran pensión, incluso en caso de divorcio, pero no los concubinos. Se paga completa si el beneficiario tiene ingresos menores a una determinada suma. En caso contrario la pensión se reduce. Consiste en un 54% de lo que cobraba el difunto. Si hubo varios matrimonios, la pensión se reparte en función de la duración de cada uno de ellos. El mínimo anual es de \$4.482 con 60 meses de aportes y se reduce proporcionalmente si los aportes son menos. El máximo anual es de \$ 23.746. Si el viudo/a tiene más de 65 años y ha criado al menos tres hijos cobra un suplemento de un 10 % por hijo, con un piso de \$ 448. Por viudez los mayores de 50 años cobran dos años a razón de \$ 793 por mes, que pueden prolongarse hasta la edad de 55 años. Por deceso se cobran 90 salarios diarios medios del difunto de los tres meses anteriores al deceso, con un mínimo de \$ 443 y un máximo de \$ 11.096. También se pueden suscribir seguros de jubilación individuales o colectivos, en base a aportes voluntarios y que resultan ya sea en una renta vitalicia o en una suma global cobrada al retirarse. No hay reducción de impuestos a los pensionados, que aportan además a la Seguridad Social la tasa general del 6.6% (4,2% deducible). Pero los pensionados de menores ingresos están exentos o pagan menos. Sí hay deducciones -en particular a los aportes patronales- para las cotizaciones al seguro privado.

3 Italia⁶⁷

Población total ⁶⁸ :	60,9 millones
Población activa ⁶⁹ :	49 %
PBI per cápita ⁷⁰ :	\$ 45.932
Ingreso medio ⁷¹ :	\$ 38.500
Tasa de desempleo ⁷² :	6,7 %
Gastos en pensiones s/PBI ⁷³ :	14,1 %
Esperanza de vida ⁷⁴ : - al nacer:	81,1 años
- a los 65 años:	84,5 años
Población de más de 65 años ⁷⁵ :	19,7 %
ídem sobre población con edad laboral ⁷⁶ :	33 %
Pensión media:	s/d
Pensión mínima ⁷⁷ :	443 Euros (\$ 633)
Pensión máxima:	no hay
Mayores de 65 con bajos ingresos ⁷⁸ :	13 %
Coficiente de dependencia ⁷⁹ :	50,8 %

⁶⁷ Fuentes: - ISSA, op.cit.
- OCDE , op.cit.
- INSP (Istituto Nazionale della Previdenza Sociale): <http://www.inps.it/portal/default.aspx>
- INPDAP (Istituto Nazionale di Previdenza per i dipendenti dell'amministrazioni pubblica: <http://www.inpdap.it/webinternet/index.asp>

⁶⁸ U.S. Census Bureau, op. cit.

⁶⁹ En % de la población total mayor de 15 años. Datos del año 2008. The World Bank, op.cit.

⁷⁰ Por persona empleada (a \$ de Paridad de Poder Adquisitivo constantes). Datos del año 2008. The World Bank, op.cit.

⁷¹ OECD, op. cit.

⁷² Sobre el total de la población activa. WB, op.cit.

⁷³ OECD, op. cit.

⁷⁴ OECD, op. cit.

⁷⁵ ISSA, op. cit.

⁷⁶ OECD, op. cit.

⁷⁷ ISSA, op. cit.

⁷⁸ Ingresos menores al 50% de la mediana del ingreso en el conjunto de la población. Fuente:

Tasa neta de reemplazo ⁸⁰ :	65,9 %
Tasa de cambio ⁸¹ :	\$1 = 0,70 Euros

Tipo y cobertura: El sistema de pensiones italiano vigente desde 1996 es de capitalización, del tipo Contribución Definida. Cubre a todos los trabajadores asalariados, inclusive los dedicados a tareas domésticas. Los contratados y profesionales sin cobertura obligatoria pueden afiliarse voluntariamente. Los afiliados con aportes al sistema anterior -de Beneficio Definido- pueden optar en función de sus años de aporte a uno u otro régimen.

Empleados públicos y trabajadores independientes tienen regímenes especiales.

Requisitos: para tener derecho a la jubilación se toman en cuenta tres categorías de afiliados, en relación al cambio de régimen de 1996. La edad requerida -65 años para los varones y 60 para las mujeres- es la misma, pero los afiliados con más de 18 años de cotización al régimen viejo deben completar 20 años de aportes para poder retirarse optando por el sistema nuevo (pensión “de vejez”) o cobrar la anterior pensión “de ancianidad”, que se paga a los mayores de 58 años con 35 años de aportes, o a cualquier edad con 40 años de aportes. Los que tengan menos de ese tiempo de aportes al viejo sistema pueden obtener la jubilación nuevo con 15 años de aportes (y un mínimo de cinco al sistema viejo) u obtener una jubilación mixta. Los afiliados a partir de 1996 que tengan al menos 15 años de aportes sólo tienen derecho a la jubilación nueva .

Cauces 013, op. cit.

⁷⁹ Población menor de 15 más población mayor de 65 años dividido por la población de entre 15 y 65. ISSA, op. cit.

⁸⁰ OECD, 2011. op. cit.

⁸¹ Fuente: ISSA, op. cit.

Como en el sistema anterior se podía acceder a la jubilación a los 57 años - siempre con 35 años de aportes- se aplica actualmente una tabla progresiva que combina edad de jubilación y años de aportes: en 2010 debían sumar 95, con al menos 59 años de edad, y al llegar a 2013 deberán alcanzar un total de 97, con 61 años de edad como mínimo. Se mantiene la posibilidad de jubilación a cualquier edad con 40 años de aporte.

Los pensionados nuevos o con 40 años de aportes pueden seguir trabajando a tiempo parcial y sumar su salario a la pensión de jubilación, pero los ingresados antes de 1996 tienen quitas si su pensión supera el mínimo legal.

Cotizaciones: Los asegurados aportan al sistema el 9,19% de su sueldo bruto, con un salario diario mínimo de cálculo de 42,14 Euros (unos \$ 60) -o el mínimo de contrato, si éste fuera mayor. No hay techo para el cálculo de aportes y prestaciones, salvo para los asegurados después de 1995. En ese caso el techo de cálculo es de 88.669 Euros por año. Los empleadores aportan el 23,81% sobre los salarios brutos -con los mismos límites de cálculo que el trabajador-, salvo en algunas industrias y regiones desfavorecidas, en las que la tasa es menor.

Prestaciones: El monto a cobrar por la pensión de vejez (CD) se calcula como el producto de dos factores: el total de los aportes a lo largo de la vida laboral -capitalizados por la tasa de crecimiento del PBI- y un coeficiente de transformación -que se revisa cada tres años- basado en la esperanza de vida, incluyendo la cantidad probable de años que deberá pagarse la pensión del eventual cónyuge superviviente. De tal manera, la pensión disminuye cuando se adelanta la jubilación. Las pensiones de hasta 5 veces el mínimo se indexan al 100% por índice de precios. Entre 5 y 8 mínimos se toma el 75% del índice, y por encima de ese umbral no se ajustan.

La jubilación “de ancianidad” (sistema viejo, de Beneficio Definido) se obtiene multiplicando la cantidad de años de aportes -hasta un máximo de 40- por un porcentual -decreciente de 2% a 0,9%, para ingresos menores a 40.725 E y mayores a 77.377 E respectivamente- del salario medio anual de los últimos cinco años, valor indexado por costo de vida.

Los dos tipos de jubilación incluyen un mes de aguinaldo adicional. La pensión mínima mensual de ancianidad es de 443,12 E, pero a partir de los 70 años pasa a ser de 580 E. Bajo el sistema nuevo no hay mínimo, pero la asistencia social paga un suplemento a los asegurados que quedan por debajo del mínimo.

Residentes en territorio italiano de más de 65 años sin derecho a pensión y con un ingreso menor a un techo determinado tienen derecho a cobrar un subsidio.

Invalidez: existe derecho a una pensión de invalidez por incapacidad total y permanente a partir de haber completado cinco años de aportes (al menos tres de ellos en los últimos cinco) y en la medida en que el asegurado no tenga otros ingresos, ya sea por trabajar en forma independiente o por cobrar subsidio de desempleo. El monto de la pensión se calcula como en el caso de la jubilación, con un suplemento basado en la cantidad de años faltantes para la jubilación al comienzo de la invalidez. En caso de cobrar subsidio por accidente de trabajo o enfermedad profesional, sólo recibe lo que supera esas prestaciones.

Con una pérdida de los 2/3 de la capacidad de trabajo y con las mismas condiciones de aportes se tiene derecho a cobrar durante tres años un subsidio de invalidez, prestación renovable que se hace permanente tras dos renovaciones

consecutivas. Al alcanzar la edad de la jubilación y si se cumple con los requisitos correspondientes, se la convierte en pensión de vejez.

Pensión de supérstite: si el fallecido gozaba de una pensión -ya fuera de vejez, ancianidad o invalidez-, tenía 15 años de aportes (o cinco incluyendo tres de los últimos cinco), el cónyuge sobreviviente -si no tiene hijos a cargo- tiene derecho a cobrar una pensión equivalente al 60% de la del fallecido. Con un hijo cobra el 80% y con dos o más hijos el 100% . En caso de volver a casarse, se suspende la pensión pero se paga una suma global igual a dos años de pensión. Los huérfanos de padre y madre cobran, si es uno, el 70%, si son dos el 80% y si son tres o más el 100%. La pensión de superviviente tiene una quita del 25%, el 40% o el 50% si sus ingresos son mayores a tres, cuatro o cinco sueldos mínimos legales. Los hijos menores de 18 años -estudiantes universitarios hasta los 26- o inválidos no tienen quita. Sobrinos y nietos a cargo tienen derecho también a pensión. Si no hubiera cónyuge ni hijos, padres y hermanos cobran un 15% cada uno, hasta un máximo del 100% de la pensión del asegurado.

Se puede además contratar un seguro de jubilación voluntario adicional, pero hasta ahora no son muchos los afiliados a esos sistemas.

No hay quitas especiales de impuestos para las pensiones públicas, sólo para las privadas.

4 Reino Unido⁸²

Población total ⁸³ :	62,5 millones
Población activa ⁸⁴ :	62 %

⁸² Fuentes: - ISSA, op. cit.
- OCDE , op. cit.
- The Pension Service: <http://www.thepensionservice.gov.uk/>

⁸³ U.S.Census Bureau, op. cit.

PBI per cápita ⁸⁵ :	\$ 51.697
Ingreso medio ⁸⁶ :	\$ 61.500
Tasa de desempleo ⁸⁷ :	5,6 %
Gastos en pensiones s/PBI ⁸⁸ :	5,4 %
Esperanza de vida ⁸⁹ : - al nacer:	79,4 años
- a los 65 años	83,2 años
Población de más de 65 años ⁹⁰ :	16,1 %
ídem sobre población con edad laboral ⁹¹ :	27,3 %
Pensión media:	587,88 Euros (\$840)
Pensión mínima:	108 Euros
Pensión máxima:	840 Euros
Mayores de 65 con bajos ingresos ⁹² :	11 %
Coeficiente de dependencia ⁹³ :	51,7 %
Tasa neta de reemplazo ⁹⁴ :	48 %
Tasa de cambio ⁹⁵ :	\$1 = 0,62 Libras

Tipo y cobertura: el sistema público de pensiones del reino Unido es del tipo de reparto, y consta de dos componentes principales: una pensión básica (suma fija) y una pensión adicional vinculada al salario (SERPS), reemplazada en 2002 por una “2ª pensión” (SSP) que amplía la cobertura. Amén de ésto, existe una

⁸⁴ En % de la población total mayor de 15 años. Datos del año 2008. The World Bank, op.cit.
⁸⁵ Por persona empleada (a \$ de Paridad de Poder Adquisitivo constantes). Datos del año 2008. TheWorld Bank, op. cit.
⁸⁶ OECD, op. cit.
⁸⁷ Sobre el total de la población activa. WB, op.cit.
⁸⁸ OECD, op. cit.
⁸⁹ OECD, op. cit.
⁹⁰ ISSA, op. cit.
⁹¹ OECD, op. cit.
⁹² Ingresos menores al 50% de la mediana del ingreso en el conjunto de la población. Fuente: *Cauces 013*, op. cit.
⁹³ Población menor de 15 más población mayor de 65 años dividido por la población de entre 15 y 65. ISSA, op. cit.
⁹⁴ OECD, 2011. op.cit.
⁹⁵ Fuente: ISSA, op. cit.

amplia gama de pensiones privadas de aporte voluntario. El régimen público cubre a todos los trabajadores asalariados o independientes de entre 16 y 65 años (60 si es mujer) con ingresos de entre 97 y 844 Libras semanales.

Los trabajadores independientes con ingresos anuales mayores a 5.075 L reciben cobertura, salvo SSP, accidentes de trabajo y subsidio para búsqueda de empleo. Los afiliados voluntarios sólo están cubiertos con la pensión básica y de supérstite.

Los asalariados con aportes entre abril de 1961 y abril del 1975 también reciben una pensión proporcional a sus salarios durante ese tiempo.

Requisitos: la edad de jubilación es de 65 años para los hombres y de 60 para las mujeres, pero para éstas la edad aumentará progresivamente hasta llegar a los 65 en 2018, y para 2020 tanto hombres como mujeres deberán haber cumplido los 66 años de edad. A partir del 2010 se exigen sólo 30 años de aportes para obtener la pensión plena, y se paga una pensión reducida proporcionalmente -hasta un mínimo del 25%- a quienes acrediten al menos un año de aportes. El tiempo de aportes exigido se reduce -hasta un máximo de 20 años- por el tiempo dedicado a la crianza de los hijos o al cuidado de parientes discapacitados. También se computa el tiempo en que se reciben prestaciones por discapacidad o búsqueda de trabajo.

La segunda pensión se paga como adicional a la básica con los mismos requisitos de edad y en función de los ingresos, el tiempo de aportes, la discapacidad y la prestación de cuidados a un tercero.

Para los mayores de 80 años hay una pensión no contributiva de hasta el 60% de la pensión básica plena. El pensionado debe tener 10 años de residencia en el Reino Unido después de los 60.

Cotizaciones: el asegurado aporta el 11% de sus ingresos semanales entre 110 y 844 L -algunas mujeres casadas o viudas aportan 4,85%- más un 1% del salario que supere ese techo. De esos 11 puntos de aporte se destinan 2,05 al Servicio Nacional de Salud (NHS). Los empleadores aportan el 12,8% de los salarios mayores a 110 L por semana, con un 1,9% para el NHS.

Los afiliados voluntarios aportan un monto fijo de 12,05 L semanales.

Los trabajadores independientes aportan 2,40 L semanales a partir de un ingreso anual de 5.075 L más un 8% de sus ingresos entre 5.717 y 43.875 L más un 1% por encima de este monto. El 15,5% de sus aportes van al NHS.

Prestaciones: la pensión básica plena es de 97,65 libras por semana, equivalente a cerca del 14% del salario medio. Hasta abril del 2020 se paga un suplemento de 58,5 L semanales por adulto a cargo si los ingresos de éste son bajos.

Por la 2ª pensión se cobra, a partir de abril 2010, el 2% por año para los ingresos comprendidos entre el límite inferior de los salarios -14% del promedio de los salarios- y el umbral de bajos ingresos -un 40% de ese promedio- y el 0,5% por año para la franja siguiente (hasta el techo de cálculo).

Todas las prestaciones se ajustan anualmente en septiembre por el índice de precios.

Jubilación diferida: se paga pensión diferida sin límites de edad. La pensión se incrementa aproximadamente un 10,4% por año. Con 12 meses se puede cobrar como suma global más intereses. Hay un adicional por edad de 0,25 L por semana. No se pagan pensiones anticipadas.

Subsidio por invalidez: se paga de acuerdo a los ingresos del asegurado, su capacidad laboral, edad y estado civil, siempre y cuando tenga un mínimo de 25 aportes semanales durante uno de los últimos tres años previos a la solicitud de pensión y 50 aportes semanales en los dos últimos años. Se cobran 65,45 L semanales por hasta 13 semanas hasta que la invalidez queda establecida, y luego se le suman a ese monto 31,40 L por semana si la discapacidad es severa o 25,95 si aún puede desarrollar algún trabajo.

Para los casos de invalidez existen también una serie de subsidios no contributivos ni sujetos a evaluación de ingresos. El subsidio de subsistencia por invalidez otorga 18,95 L, 47,8 L o 71,4 L semanales (según la necesidad) para cuidados y 18,95 L o 49,85 L por semana para movilidad. El subsidio para asistencia paga 47,8 o 71,4 L por semana, y el subsidio para cuidador sanitario 53,9 L por semana más suplementos por personas a cargo.

Subsidio por viudez: si el fallecido cumplía los requisitos o era pensionado, se paga a viudos/as con hijos por los que recibían salario familiar un monto de 97,65 libras semanales como subsidio de padre viudo hasta la edad de jubilación, y un subsidio por duelo -que varía con la edad del sobreviviente- durante 52 semanas. También se cobra una suma fija de ayuda para gastos de 2.000 L. El subsidio por crianza es de 14,30 L por semana por hijo.

Cerca de un 35% de los asalariados han hecho uso de la opción de cambiar la 2ª pensión por una pensión privada. En ese esquema tanto el trabajador como

su patrón aportan una tasa algo más baja, y el Estado hace un aporte para que la pensión resultante sea similar al de la pensión estatal de la que se desistió.

Los mínimos no imponibles son más altos para los mayores de 65 años, hasta un tope de ingresos de 21.800 Libras anuales, de modo que los pensionados de altos ingresos tributan igual que los activos.

5. Turquía⁹⁶

Población total ⁹⁷ :	78,3 millones
Población activa ⁹⁸ :	48 %
PBI per cápita ⁹⁹ :	\$ 26.187
Ingreso medio ¹⁰⁰ :	\$ 14.500
Tasa de desempleo ¹⁰¹ :	9,4 %
Gastos en pensiones s/PBI ¹⁰² :	6,1 %
Esperanza de vida ¹⁰³ : - al nacer:	71,8 años
- a los 65 años	79 años
Población de más de 65 años ¹⁰⁴ :	6 %
ídem sobre población con edad laboral ¹⁰⁵ :	10,1 %

⁹⁶ Fuentes: - ISSA, op.cit.
 - OCDE , op.cit.
 - Social Security Institution: <http://www.sgk.gov.tr>
 - Ministry of Labour and Social Security: <http://www.calisma.gov.tr>

⁹⁷ U.S.Census Bureau, op. cit.

⁹⁸ En % de la población total mayor de 15 años. Datos del año 2008. The World Bank, op.cit.

⁹⁹ Por persona empleada (a \$ de Paridad de Poder Adquisitivo constantes). Datos del año 2008. The World Bank, op.cit.

¹⁰⁰ OECD, op. cit.

¹⁰¹ Sobre el total de la población activa. WB, op.cit.

¹⁰² OECD, op. cit.

¹⁰³ OECD, op. cit.

¹⁰⁴ ISSA, op. cit.

¹⁰⁵ OECD, op. cit.

Pensión media:	s/d
Pensión mínima ¹⁰⁶ :	de 590,7 a 608,3 TRY
Mayores de 65 con bajos ingresos ¹⁰⁷ :	16 %
Coefficiente de dependencia ¹⁰⁸ :	47,8 %
Tasa neta de reemplazo ¹⁰⁹ :	98 %
Tasa de cambio ¹¹⁰ :	\$ 1 = 1,58 liras turcas (TRY)

Tipo y cobertura: El sistema público de pensiones en Turquía es de reparto, basado en los salarios, con un piso marcado por una red de seguridad sujeta a evaluación de ingresos y una tasa fija suplementaria. La cobertura abarca a todos los trabajadores (incluso extranjeros) de más de 18 años que trabajen en el sector público o privado, incluyendo a los funcionarios públicos y los trabajadores independientes.

Requisitos: Los ingresados al sistema entre septiembre 1999 y octubre 2008 pueden solicitar la pensión a partir de los 60 años de edad (hombres) o 58 (mujeres), con 7.000 días de aportes (9.000 para funcionarios públicos y trabajadores independientes) o 25 años de cobertura y 4.500 días de aportes. Para los ingresados después de esa fecha la edad se irá incrementando gradualmente -hasta el 2046 y 2048 respectivamente-: deberán tener de 60 a 65 años en el caso de los hombres o de 58 a 65 años las mujeres, con 7.200 días de aportes o 25 años de cobertura con 5.400 días de aportes.

¹⁰⁶ A valores de 2009. Fuente: OECD, op. cit.

¹⁰⁷ Ingresos menores al 50% de la mediana del ingreso en el conjunto de la población. Fuente: *Cauces 013*, op. cit.

¹⁰⁸ Población menor de 15 más población mayor de 65 años dividido por la población de entre 15 y 65. ISSA, op. cit.

¹⁰⁹ OECD, 2011. op. cit.

¹¹⁰ Fuente: ISSA, op. cit.

No se acreditan períodos por crianza de los hijos ni períodos de desempleo.

La pensión sujeta a evaluación de ingresos sólo se paga a los que no tienen ningún otro subsidio social, inválidos y mayores de 65 años.

Cotización: El trabajador aporta el 9% de su salario mensual, hasta un techo de cálculo. El empleador aporta el 11% de los salarios, hasta el mismo techo. El Estado aporta un 25% del total de los aportes recibidos por la Seguridad Social.

Prestaciones: La pensión a cobrar por el sistema anterior al 2008 se calcula en base al promedio de los salarios de toda la vida laboral revaluados según el crecimiento nominal del PBI y los cambios en el índice de precios al consumidor $[(1 + \text{PBI}) \times (1 + \text{IPC})]$. El monto de la pensión se determina en base a una fórmula no lineal respecto de los años de cobertura: los primeros 10 años otorgan una pensión del 35%, luego un 2% anual adicional por cada uno de los 15 años siguientes y un 1,5% anual extra después de esa fecha.

Con el régimen instalado en 2008, la pensión de jubilación se basa en los mismos valores de salario, pero revaluados según la fórmula $(1 + \text{IPC} + 30\% \text{ PBI})$. El monto a cobrar es del 2% por año de cobertura y no puede ser mayor al 90% del valor de cálculo.

Existe un piso por debajo del cual no se requieren aportes: en 2009 era de 693 liras turcas (unos 439 U\$S). Y también un techo de cálculo: 4.504, 50 TRY.

Las pensiones se indexaban mensualmente por el índice de precios al consumidor desde 1999, pero a partir del 2003 sólo se actualizan una o dos veces al año.

Existe una pensión mínima, que varía entre 590,7 y 608,3 TRY.

La pensión sujeta a evaluación de ingresos se paga trimestralmente. En la primera mitad de 2009 era de 90,7 TRY mensuales, y en la segunda de 94,8.

El trabajo remunerado debe cesar con la jubilación, pero en ciertos casos se permite continuar trabajando mientras se cobra pensión por vejez.

Jubilación anticipada: sólo se le permite a los trabajadores de algunas industrias -mineros, por ejemplo, que en ciertas condiciones pueden retirarse a los 50 años- o inválidos. También las madres con hijos con necesidades especiales pueden retirarse 5 años antes de la edad normal.

Jubilación diferida: se permite, sin límite de edad.

Pensión por invalidez: un asegurado de cualquier edad que queda inválido y tiene por lo menos 15 años de cobertura incluyendo al menos 3.600 días de aportes pagos, cobra pensión según el nivel de discapacidad. Debe haber una pérdida de al menos el 60% de la capacidad laboral con 1.800 días de aportes y 10 años de cobertura. El monto de la pensión se basa en un 2% del último salario por año de cobertura, hasta un tope determinado. Si el inválido requiere de atención constante no se aplica el requisito de años de cobertura y la pensión se incrementa hasta el 70% del promedio anual de los ingresos.

Pensión para supérstites: Si el fallecido era pensionado o cumplía con los aportes requeridos al momento de su muerte -o había estado afiliado desde al menos 5 años pagando 900 días de aporte (1.800 para funcionarios públicos y trabajadores independientes)-, los familiares tienen derecho a cobrar una pensión que se calcula en base al 2% del último salario por la cantidad de años de cobertura, partiendo de un valor mínimo y hasta llegar a un máximo. Los beneficiarios son el cónyuge, hijos menores de 18 años (hasta 25 si son

estudiantes universitarios) o incapacitado y desempleado, hija soltera, viuda o divorciada sin empleo ni cobro de cualquier beneficio social, y los padres a cargo. La pensión del cónyuge cesa con un nuevo matrimonio.

Subsidio de supervivencia: cuando el fallecido no reunía las condiciones para la pensión se reparte entre los familiares una suma fija.

Asignación por sepelio: a la familia del jubilado o que cobraba pensión por invalidez se le otorga una suma fija.

Impuestos: No hay normas especiales para pensionados, pero la pensión no está sujeta a impuestos ni a aportes a la seguridad social.

De todo esto se puede concluir que a mayor población activa se destina un porcentaje menor para las pensiones. Los datos de Alemania y Francia son bastantes parecidos, aunque es en Francia donde la pensión media es mayor, sin ser el país donde más se destina a este gasto que es Italia. Italia al tener una población activa mucho menor que otros países europeos, aunque destina un mayor porcentaje, la pensión mínima en muchos casos será insuficiente. Vemos que estos cinco países tienen un porcentaje de población mayor de 65 años dependiente alrededor del 50%, esto es un dato que todos los tienen en común. Por lo que dependiendo del país en que se viva, el dependiente tendrá un mayor o menor estado de bienestar. En países como Reino Unido, donde la población activa es bastante numerosa, se destina un porcentaje pequeño a las pensiones, esto es debido a que se apoyan en el sistema privado para cubrir sus necesidades en la última etapa de su vida, de hecho si nos fijamos, la pensión mínima es casi ridícula. También habrá que tener en cuenta que en países como Turquía tiene un pensión mínima parecida a la de Italia, pero con la diferencia que en algunos casos al jubilado se le deja trabajar, y que el nivel de vida en Turquía es más bajo

que muchos países europeos, por lo que en algunos casos será más rentable esa pensión y tendrá más coberturas que en otros países. Ya que en el resto de países hemos visto hará falta algún sistema privado complementario para suplir las necesidades de los mayores dependientes, ya que la pensión por jubilación en la mayoría de los casos se quedará corta. Algunas opciones para poder cubrir todas sus necesidades pueden ser la hipoteca inversa, la renta vitalicia o el seguro de dependencia.

2. LA ANCIANIDAD EN ESPAÑA

Las alternativas socioeconómico-jurídicas que nos proponemos analizar se inmiscuyen de una u otra manera en el tema de la seguridad social, ya que -al incorporar una renta originada en los bienes inmuebles de ancianos y dependientes- modifican el monto general de los recursos sociales disponibles para hacer frente a la jubilación, el paro y la dependencia personal. Basadas en el aprovechamiento del patrimonio propio de los afectados, representan un alternativa especialmente importante -y viable- en las condiciones de España, donde la proporción de propietarios es muy elevada. La crisis actual podría representar un obstáculo, en la medida en que la propiedad se deprecie y el crédito se haga más oneroso. Así, la posibilidad de hacer valer su propio peculio no deja de ser una alternativa interesante, y los instrumentos jurídicos que lo hacen posible merecen un análisis detallado, más allá de que las conclusiones puedan o no verificar los propósitos que los impulsan.

2. 1. EL ENVEJECIMIENTO

La población anciana experimentó en España un crecimiento importante a lo largo de los últimos años. Según el último informe de IMSERSO (Instituto de

Mayores y Servicios Sociales, 2008)¹¹¹ la población mayor de 65 años en España alcanzó la cifra de 7.531.800 individuos de ambos sexos. Y se prevé que el número de adultos mayores de 65 años se triplique hacia el 2045 y que, hacia el final de la cuarta década del nuevo milenio el porcentaje total de población anciana sea cuatro veces mayor que en la actualidad. En concreto se espera que se incremente llegar al 67,5% en el año 2050¹¹².

La esperanza de vida al nacer, que era en España de 34,76 años en el 1900, pasó a 62,10 en 1950¹¹³, y llega hoy a los 81,5 años¹¹⁴, lo cual plantea un reto importante para la salud pública y múltiples problemas socioeconómicos, legales y para el individuo mismo, empezando por el deterioro físico y psicológico que sufren las personas de edad, el cual no se limita solamente al proceso biológico propio del envejecimiento: también el estilo de vida, que supone un mayor o menor grado de actividad física, los factores ambientales y el desarrollo de enfermedades crónicas son factores que juegan un papel de importancia a la hora de acelerar los cambios inherentes al proceso de envejecimiento.

El envejecimiento se caracteriza por una pérdida gradual y acumulativa del control metabólico del organismo debido a que los mecanismos homeostáticos que controlan las funciones corporales pierden eficacia. Algunas de estas alteraciones, siguiendo a MUÑOZ MUÑIZ y otros¹¹⁵ se explican por la

¹¹¹ Fuente: INE, INEBASE: *Revisión del Padrón Municipal de Habitantes a 1 de enero de 2007*. INE, mayo 2008.

¹¹² BLAY BERRUETA, op. cit., p. 2.

¹¹³ GOERLICH GISBERT y PINILLA PALLEJÀ, "Esperanza de vida en España a lo largo del siglo XX. Las tablas de mortalidad del Instituto Nacional de Estadística", en *Documentos de trabajo 11*, Fundación BBVA, 2008. Disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/goerlich-esperanza-01.pdf>

¹¹⁴ Fuente: Banco Mundial, *Indicadores del desarrollo mundial*, última actualización el 26 de abril de 2011. Disponible en: http://www.google.com/publicdata?ds=wb-wdi&met_y=sp_dyn_le00_in&dim=country:ESP&dl=es&hl=es&q=esperanza+de+vida+espa%C3%B1a

¹¹⁵ MUÑOZ MUÑIZ, LÓPEZ-NOMDEDEU y SENDRA PINA: "Alimentación de las personas mayores", en VÁZQUEZ C. y otros (compiladores) *Alimentación y nutrición. Manual teórico práctico*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2005, pp. 227-237

acumulación de mutaciones genéticas (tanto a nivel del DNA nuclear como del mitocondrial) que se producen con la edad, siendo las más frecuentes la sustitución de bases, las deleciones¹¹⁶ y los errores en la reparación del material genético. Estas alteraciones genéticas son algunos de los marcadores biológicos del envejecimiento.

Según los autores mencionados en el cuerpo de los ancianos se producen también una serie bastante amplia de cambios funcionales y estructurales asociados básicamente a la edad. A partir de los 80 años aproximadamente, y por mecanismos todavía no bien conocidos, se produce así una disminución de la masa grasa. También se produce pérdida de masa ósea, proceso que comienza en las mujeres alrededor de la menopausia, con la particularidad de que casi el 50% de esa descalcificación se produce durante los primeros 5 o 10 años. En los varones la pérdida de masa ósea se inicia unas décadas más tarde. Las consecuencias de la osteopenia y de la osteoporosis implican un riesgo aumentado de fracturas, que puede terminar disminuyendo la capacidad funcional de la población anciana.

Los ancianos presentan también trastornos funcionales en los mecanismos de regulación térmica del organismo, los cuales se asocian con una disminución muy importante de la sensación de sed, por lo que suelen presentar una ingesta hídrica menor a la normal. En ellos, la deshidratación es frecuente y puede llegar a constituir un problema médico importante, como se ha podido comprobar hace unos pocos años -en 2003- en ocasión de la ola de calor que ha dejado un tendal de víctimas -principalmente ancianos- en gran parte de Europa, principalmente en Francia, y que en España causó -según el Centro Nacional de Epidemiología- la friolera de 6500 fallecimientos por encima de la media interanual.

¹¹⁶ Delección: pérdida de material genético de un cromosoma que puede ir desde una pérdida parcial, puntual, hasta la pérdida de grandes regiones visibles del citoplasma.

Se producen en general cambios orgánicos fundamentales: presión arterial, cáncer, alteraciones del sistema inmune y alteraciones cognitivas son los principales temas a considerar si se pretende entender la pérdida de calidad de vida y la necesidad de terceros que los cuiden y ayuden. El anciano, a partir de ese proceso de deterioro físico, entra en la categoría del ser humano dependiente, junto con los discapacitados motrices y los enfermos mentales.

La existencia de un menoscabo cognitivo está también asociada, en efecto, al envejecimiento. El detrimento cognitivo se asocia normalmente con el deterioro de un número importante de funciones cerebrales y de muchos procesos sensoriales y cognitivos, por cuanto el envejecimiento humano viene acompañado de transformaciones estructurales y funcionales importantes virtualmente en todos los órganos y sistemas, y el Sistema Nervioso Central (SNC) no es una excepción en ese sentido. Las dificultades en la memoria de corto plazo, síntoma importante del envejecimiento a nivel cognitivo, son uno de los principales determinantes de la calidad de vida en los mayores. Sin embargo, NICOLAS y colaboradores¹¹⁷ han demostrado en un estudio que en el caso de los mayores con déficit cognitivo leve, esta situación es reversible con una adecuada nutrición y un cambio en el estilo de vida, lo cual refuerza la importancia de una atención adecuada.

Actuar contra el envejecimiento y las alteraciones que produce implica trabajar en las relaciones de dependencia en todos los órdenes: el médico, el nutricional, el económico, el social, el familiar y el institucional. Muñoz Muñiz y colaboradores¹¹⁸ señalan que el 40% de la población anciana presenta algún tipo de alteración orgánica y clasifica los niveles de riesgo en:

Riesgo I: Ancianos sanos integrados en la comunidad.

¹¹⁷ NICOLAS, NOURHASHEMI, LANZMANN-PETITHORY y VELLAS, "Nutrition and cognitive function", en: *ILSI (International Life Sciences Institute) Review, Nutrition in Clinical Care*, Volume 4, Issue 3, 2001, pp. 156-167.

¹¹⁸ MUÑOZ MUÑIZ, LÓPEZ-NOMDEDEU y SENDRA PINA, op. cit., p. 231.

Riesgo II: Ancianos con enfermedades crónicas, integrados en la comunidad.

Riesgo III: Ancianos que viven solos y confinados en su domicilio.

Riesgo IV: Ancianos residentes en instituciones.

En función de estos grupos establecen también la siguiente clasificación de los factores de riesgo más importantes a la hora de desarrollar cuidados en función del grado de dependencia del sujeto, en relación directa con los riesgos previamente puntualizados:

Ancianos independientes que viven en la comunidad	Ancianos dependientes que viven en la comunidad	Ancianos institucionalizados
Pobreza	Deterioro cognitivo y/o funcional	Incapacidad física o psíquica grave
Bajo nivel cultural	Aislamiento	Enfermedades crónicas
Soledad	Enfermedades agudas	Infecciones o agudización de procesos crónicos
Viudez	Agudización de enfermedades crónicas	Depresión

Depresión	Depresión	Mal estado dental
Mal estado dental	Pérdida de apetito	Alcoholismo
Alcoholismo	Mal estado dental	Pérdida de apetito
Pérdida de apetito	Alcoholismo	
Dificultades de acceso a la comida		
Prácticas dietéticas erróneas		

Fuente: Muñoz Muñiz, Madrid, 2005.

Escriben textualmente los mencionados autores: *“Como el motor de un coche que no tiene un mantenimiento y un combustible correctos y que no puede sostener la alta velocidad del tráfico en una autopista, [... los ancianos] no pueden en su mayoría desarrollar actividades metabólicas normales y a su vez movilizar las defensas necesarias que todo el mundo requiere para adaptarse*

de modo eficaz a su entorno”.¹¹⁹

2. 2. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA

Si bien la vejez no es una enfermedad y la mayor parte de las personas ancianas puede gozar de buena salud, un número importante de este segmento poblacional desarrolla discapacidades y su organismo se deteriora por causa de procesos crónicos originados por el envejecimiento. De hecho, muchos se tornan dependientes. Señalan MUÑOZ y colaboradores que diversos estudios han demostrado que las personas que sobrepasan los 65 años padecen dos veces más discapacidades, cuatro veces más limitaciones, van al médico 42 % más seguido que las personas menores de 65 y sus estancias hospitalarias son 50 % más prolongadas.

Las dificultades que acarrearán estas limitaciones e inconvenientes han llevado a dictar normas en defensa de la persona afectada, la que se encuentra en cierto modo disminuida, o por lo menos en situación de particular vulnerabilidad -física, pero también patrimonial y jurídica- por causa de su estado de deterioro. Así, el artículo 200 del Código Civil, al tomar en cuenta esas situaciones, expresa que son causas de incapacitación las deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma. La incapacitación legal busca proteger así al incapaz, es decir al que ha sido declarado como tal por una sentencia firme, sentencia que se debe amparar en la legalidad de un procedimiento judicial y que ha de establecer la extensión y los límites de la incapacitación.

De hecho, tanto la incapacitación como la discapacidad son problemas que han sido abordados desde distintos puntos de vista con el correr de los años. Desde siempre fueron objeto de estudio para las ciencias médicas, en la medida en que estaba en cuestión el tema del cuerpo. Luego, fue la educación la que se

¹¹⁹ Ibídem, p. 88.

fue interesando por estas personas para que no quedaran -sobre todo en el caso de que fueran niños en edad escolar- marginadas de la educación, lo que podría llevarlas a quedar en cierto modo segregadas, aumentando aún más su “handicap”, su vulnerabilidad, la brecha que los separa del resto de la humanidad. Se intentó evitar dejarlos arrumbados en el rincón de los “diferentes”, los “impedidos” e “incapaces” y se comenzó a conceptualizar y a pensar a estos niños, adolescentes, adultos o adultos mayores como sujetos: sujetos pensantes, deseantes, sufrientes, formando parte de una familia y de una sociedad. Es decir: sujetos con derechos.

Los discapacitados, ya no son sujetos pasivos, como se les ha venido tratando hasta ahora, son ciudadanos libres que quieren su sitio en la sociedad actual, con capacidad para decidir por sí sobre sus necesidades y poder gestionar su patrimonio. Por lo que se les debe de considerar como personas con plenitud de derechos y obligaciones.

Ni la vejez ni la discapacidad son enfermedades, pero tampoco son síntomas que con el tiempo puedan desaparecer: son marcas reales que deja la vida y que acompañan a las personas durante el tiempo que les queda de existencia, y en algunos casos pueden empeorar. Desde las ciencias sociales y el derecho, sostener la calidad de vida de un anciano incapacitado o dependiente es una obligación irrenunciable en la que se encuentran implicados tanto la familia como el Estado, y que parte del reconocimiento de que el anciano es sujeto de un derecho fundamental: el derecho a la vida, y que en tanto ser humano e integrante de la sociedad le cabe disfrutar del máximo de los derechos personales y posibilidades vitales que su condición permita.

Señalamos esto por cuanto hoy, cuando se habla de “derechos” -y de derechos humanos en particular- es habitual que no se tome en cuenta las condiciones particulares de la vejez o la dependencia: *“cuando ha de abordarse el estudio de cualquier grupo o colectivo humano, como lo es el de la «gente*

mayor», la «tercera edad» o los ancianos e incapacitados, [... no se hace] referencia a este núcleo esencial de derechos civiles que han de presidir todas las consideraciones que puedan realizarse sobre las normas jurídicas que específicamente hagan referencia a este colectivo. Es significativo que los grandes textos universales han olvidado hacer referencia específica a este grupo social¹²⁰.

De hecho, la carta de la ONU cita y enumera los derechos humanos en su texto, pero cuando trata de eliminar discriminaciones o desigualdades menciona sólo a las que se derivan de la raza, sexo, idioma o religión. No se hace mención alguna a discriminaciones por razón de edad. Algo similar puede decirse respecto de la discapacidad y la dependencia. Pero el 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹²¹, más su Protocolo facultativo, por lo que desde el 3 de mayo de 2008 este cuerpo normativo internacional forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

3. EL ANCIANO COMO SUJETO DE DERECHO

Hasta hace muy poco, a las personas mayores se les ha tratado como un grupo minoritario, independiente del sistema económico y político, y sus problemas se veían en términos individuales de la edad o de la jubilación. De hecho, muy poca atención se le ha prestado a la población anciana con su relación con el resto de la población¹²²

¹²⁰ ORTUÑO MUÑOZ, "Las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y la salud. La incapacidad como protección. Los internamientos en espacios residenciales". Ponencia presentada a las Jornadas sobre Derecho y Responsabilidades de las Personas Mayores, texto publicado en *Revista Jurídica*, Región de Murcia, 1996, Nº 22, pp. 53-56.

¹²¹ <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> fecha 20 de junio de 2012

¹²² Cfr. WALKER, *Toward a Political Economy of Old Age, Ageing and Society*, 1, Cambridge University Press, 1980, p.18.

El art. 10 de la Constitución Española¹²³ hace referencia a la dignidad de la personas y a los derechos que los inherentes, lo que implica el respeto a la persona como ser humano y a sus derechos. La titularidad de los derechos los tienen todas las personas desde que nacen hasta su fallecimiento, aunque históricamente no haya sido siempre así por ejemplo en el caso de esclavos, condenados a muerte, etc.

Como bien afirma BOBBIO, se ha manifestado, a partir de mediados del siglo pasado, una nueva línea de tendencia -que se puede llamar de especificación- en relación a los derechos, “*consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos*”.¹²⁴

Señala este autor que ha sobrevenido respecto a los sujetos aquello que ocurrió desde el inicio respecto a la idea abstracta de libertad, que se fue determinando en libertades concretas y singulares (de conciencia, de opinión, de prensa, de reunión, de asociación) en una progresión ininterrumpida: “*baste pensar [... que] se han venido reconociendo progresivamente las diferencias específicas de la mujer respecto al hombre y en atención a las varias fases de la vida, se han venido diferenciando poco a poco los derechos de la infancia y de la ancianidad de aquellos del hombre adulto. Respecto a los estados normales o excepcionales, se ha subrayado la exigencia de reconocer derechos especiales a los enfermos, a los incapacitados, a los enfermos mentales, etc. Basta recorrer los*

¹²³ Artículo 10 CE:

1.La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2.Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹²⁴ BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Fundación Sistema, Madrid, España, 1991, p. 110.

*documentos aprobados en estos últimos decenios por los organismos internacionales para darse cuenta de esta innovación. Me refiero, por ejemplo, a la Declaración de derechos del niño (1959), a la Declaración sobre la eliminación de la discriminación de la mujer (1967), a la Declaración de derechos del disminuido mental (1971). Por lo que se refiere a los derechos de los ancianos, varios son los documentos internacionales que se han sucedido después de la Asamblea mundial desarrollada en Viena del 26 de julio al 6 de agosto de 1982, que tenía como orden del día el tema de los nuevos programas internacionales para garantizar la seguridad económica y social de los ancianos, cuyo número es creciente”.*¹²⁵

El anciano es un sujeto de derecho débil¹²⁶, o también podemos decir que en determinadas circunstancias está sometido a una situación vulnerable, por ello es necesario una mayor protección sobre este grupo de personas, así como de sus derechos y patrimonio. El incremento de personas mayores en nuestro país es alarmante, de hecho el porcentaje de mayores de 65 años casi se ha triplicado en poco más de 60 años, llegando a representar el 17,4 por ciento de la población española en 2012¹²⁷. Debido a esta necesidad, han surgido leyes como la Ley 39/2006 de 15 de diciembre, de Protección de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, o leyes de ámbito autonómico como la Ley 2/1988 de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía entre otras.

¹²⁵ Ibídem BOBBIO, pp. 110-111

¹²⁶ En este sentido CIURO CALDANI, en *Derecho de la ancianidad*, en “Investigación y Docencia”, n. 20, Rosario (Argentina), FIJ, 1992, pp.39 y ss. Citado por LABATTAGLIA y VAZZANO, *Derecho de la Ancianidad. “Ancianos, sujetos vulnerables dignos de tutela jurídica”*, X Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Córdoba (Argentina), Noviembre 2009, p.2, dice que: “el anciano, es considerado un sujeto débil, sometido a una triple situación de debilidad: la dinámica jurídico social torna vulnerable al viejo, en tanto lo estereotipa y la constriñe en su ámbito de actuación. El sistema normativo lo debilita por no ofrecerle completamente un marco de protección jurídica adecuado a su naturaleza. Y también lo debilitan los valores jurídicos imperantes cada vez que no reconocen suficientemente a la persona anciana como un fin en si.

¹²⁷ ANIS, “Informadores de salud” consulta 5 de julio de 2012 <http://www.anisalud.com/en/actualidad/notas-de-prensa/el-envejecimiento-de-la-poblacion-requiere-de-un-sistema-eficiente-para-f>

Esta conciencia social de que el anciano es un sujeto vulnerable del derecho, no sólo existe ya en España, sino además en otros países, incluso en algunos como en Estados Unidos hay programas específicos para la protección de los mayores como consumidores, donde se estudian todas las materias relativas a este grupo de personas como consumidores débiles, o que se encuentran en una situación de desventaja, debido en gran manera a que hay estudios que prueban que las personas mayores son el objetivo de actividades fraudulentas, y se encuentra en cierta manera en una situación de indefensión debido a que son el foco de timadores y estafadores, de hecho un estudio de 2010, cifra en 2'9 billones de dólares la cantidad que le estafaron a las personas mayores americanas¹²⁸. Probablemente debido a que son más fáciles de engañar o confundir. Otra razón pudiera ser, que normalmente son más confiados otras personas en distinto grupo de edad. La sociedad americana teniendo conciencia de la vulnerabilidad de este problema de las personas mayores, ha creado una serie de organismos para ayudarlas, así por ejemplo está el *Consumer Financial Protection Bureau's Office Financial Protection for Older Americans*¹²⁹, creada para darle información y que las personas mayores puedan consultar cualquier tipo de información relacionada con dudas que le puedan surgir relativas a algún de operación financiera, o no estén seguros de cómo proceder o que tipo de contraprestación van a tener que hacer. Y también tienen la *American Association of Retired People*¹³⁰, que sería parecido a nuestro IMSERSO, donde las personas mayores pueden tener información y asesoramiento sobre diversas figuras financieras como créditos, impuestos, servicios financieros, fraudes, etc. Por todos estos motivos, vemos que los ancianos son sujetos de derecho que necesitan una

¹²⁸ Estudio realizado por MetLife, *Study of Elder*, disponible en <http://www.law.stetson.edu/academics/elder/ecpp/media/update-why-the-elderly-02-11-2013.pdf> consulta 24 de abril de 2013.

¹²⁹ Oficina de Protección Financiera al Consumidor de Protección Financiera para los Americanos mayores <http://www.consumerfinance.gov/older-americans/>

¹³⁰ Asociación Americana de Personas Jubiladas, <http://www.aarp.org/> consultado el 9 de abril de 2013.

protección especial.

En numerosas ocasiones los ancianos como consecuencia de la edad, se encuentran en situaciones de dependencia o de discapacidad, en nuestro ordenamiento jurídico no encontramos una definición como tal de discapacidad, probablemente porque no se le ha prestado la atención que merece hasta hace relativamente poco tiempo, de hecho antiguamente se le trataba como a un grupo marginal y ni el Estado ni la sociedad se preocupaba por él. Actualmente podemos decir que la discapacidad es la limitación que sufre una persona como resultado de la interacción entre sus deficiencias funcionales (físicas, psíquicas o sensoriales) y el entorno social en el que se desarrolla¹³¹.

La preocupación por la personas discapacitadas (que es uno de los grupos más marginados del mundo) o en situación de dependencia vemos que no sólo ocurre en España, sino que es una preocupación internacional, debido al rápido incremento de este tipo de población en especial en los países desarrollados, que en algunos casos puede llegar a ser alarmante. Ello se debe a que la población está envejeciendo y el riesgo de discapacidad es superior entre los adultos mayores, y también al aumento mundial de enfermedades crónicas tales como las enfermedades cardiovasculares, cáncer y los trastornos de la salud mental. La Convención Internacional de Naciones Unidas de 2006 establece que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que cualquier otra persona¹³². Estableciendo que todas las personas con discapacidad son iguales ante la ley. El texto también hace referencia a todas las mujeres, niñas y niños que presenten discapacidades. La Organización Mundial de la Salud y el Grupo del

¹³¹ MARTÍN AZCANO, *El Patrimonio protegido de las personas con discapacidad Aspectos civiles*, La Ley, Madrid 2011, pp. 120 y 121.

¹³² El artículo 1.2º de la Convención de la ONU sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad, dice así: *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*

Banco Mundial han producido conjuntamente un *Informe mundial sobre la discapacidad*¹³³, para proporcionar datos destinados a la formulación de políticas y programas innovadores que mejoren las vidas de las personas con discapacidades y faciliten la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. esta Convención se incorporó al Ordenamiento Jurídico español desde la fecha de su ratificación en 2008¹³⁴. Esto supone que los cincuenta artículos que la componen han completado nuestra legislación, ya que no sólo promueve la integración plena de las personas con discapacidad, sino que detalla sus derechos y se reconoce que la sociedad necesita un cambio para la plena igualdad e integración de las personas con discapacidad.

Esta integración de la Convención en el Ordenamiento Jurídico español tiene rango estatal; sin embargo las Comunidades Autónomas, que tienen transferidas las competencias en estas materias, deben velar porque se materialice efectivamente lo dispuesto en la repetida Convención.

¹³³ Informe Mundial sobre la discapacidad
http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf

¹³⁴ La Convención entró en vigor el 3 de mayo de 2008, publicándose en el BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008.

CAPÍTULO II

EL SISTEMA PUBLICO DE AYUDA A LAS PERSONAS DEPENDIENTES Y SUS LIMITACIONES

1. ANCIANIDAD E INCAPACIDAD

Como hemos estado viendo, la población anciana en España, está creciendo a un ritmo alarmante, de hecho algunos estudios dicen que en 2060 duplicaremos nuestra población de mayores de 65 años y seremos el país europeo con más octogenarios¹³⁵. El aumento de la esperanza de vida tanto en hombres como en mujeres hace que la población anciana esté creciendo a este ritmo. Con el aumento de la esperanza de vida normalmente también aparecen situaciones de discapacidad e incapacidad.

La capacidad de obrar de la persona se ha visto muy afectada con la aparición de enfermedades y deficiencias que tienen carácter permanente y que condicionan de un modo muy pronunciado la posibilidad de autogobierno de una persona¹³⁶.

La incapacidad es la imposibilidad de autogobierno, que se establece judicialmente y la discapacidad es una minusvalía física, psíquica o sensorial en

¹³⁵ Periódico *El Público* <http://www.publico.es/espana/380936/la-poblacion-mayor-de-65-anos-se-duplicara-en-2060> , web consultada a 11 de mayo de 2012.

¹³⁶ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, "La declaración de incapacidad", en *La protección jurídica de discapacitados incapaces y personas en situaciones especiales*, Seminario del Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 47.

los grados de afección que señala el art. 2.2 de la Ley 41/2003¹³⁷, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad. Y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹³⁸, que en su art. 1.2 dice así: “A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional”.

Las personas que no pueden gobernarse por sí mismas y que están incapacitadas judicialmente, podemos decir que la casi la totalidad son discapacitadas, pero no es así a las inversa. Ya que hay personas discapacitadas que tienen plena capacidad de obrar y plenitud de autogobierno. La incapacidad requiere de una declaración judicial, en sentencia dictada al final de un proceso judicial. El estado civil de incapacitado se produce desde la firmeza de la sentencia¹³⁹. La persona con discapacidad es aquella que sufre una minusvalía, acreditada administrativamente en unos grados, que tienen efectos sobre todo en el ámbito laboral y fiscal¹⁴⁰. En el art. 49 de la Constitución Española señala tres categorías de discapacidad: física, sensorial y psíquica. Si la resolución

¹³⁷ Art. 2.2 LPPD: A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 %. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 %.

¹³⁸ BOE núm. 289, de 3 diciembre 2003.

¹³⁹ SERRANO GARCÍA, Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, Iustel, Madrid, pp.54-56.

administrativa es afirmativa, tendrá efectos desde la presentación de la solicitud¹⁴¹.

La incapacidad en las personas mayores, se produce cuando éstas tienen deficiencia o ausencia en el discernimiento, inteligencia, lucidez o raciocinio, suficientes para su puesta en práctica. Hay bastantes enfermedades que se dan en la población anciana que afectan de esta manera a este grupo, así por ejemplo el Alzheimer, Parkinson o demencia senil. La incapacitación tiene como finalidad principal la protección de la persona del incapaz, lo que no quiere decir que aquélla sea siempre absolutamente necesaria. La incapacitación no es uniforme, se gradúa en cada caso, dependiendo del grado de discernimiento de la persona, la sentencia determinará una incapacitación que sólo afecte a determinadas actuaciones jurídicas del incapacitado, o será una incapacitación absoluta o total. Dependiendo del grado, se nombrará a un curador o a un tutor. El proceso de incapacitación deberá tener como premisa fundamental, el respeto a los derechos fundamentales del anciano¹⁴². La detección precoz de estas enfermedades puede facilitar al anciano que pueda decidir sobre su futuro, así podrá decidir quién podrá ser su tutor o curador legal, en el caso que lleguen a incapacitarlo.

2. ENVEJECIMIENTO Y DEPENDENCIA

Hasta algunos años después de la Segunda Guerra Mundial, no se empieza a concebir y tener el concepto de dependencia, ya que hasta ese momento, los posibles deterioros físicos, mentales o sociales debido al envejecimiento, se veían como un proceso natural e inevitable de la persona¹⁴³.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² ZURITA MARTÍN, "La incapacitación del anciano", Revista: *Protección civil de la ancianidad*, Sumario 2004, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 55-56.

¹⁴³ TOWNSEND, *The Structured Dependency of the Elderly: A Creation of Social Policy in the*

Aunque la vejez no implica discapacidad, ambos grupos se encuentran en una situación en la que sus ingresos están sujetos a variables que no controlan. Cuando se ven obligados -o simplemente tentados- y están en condiciones de aumentarlos echando mano de los bienes inmuebles que hayan podido acumular durante su vida activa, deben poder hacer una evaluación precisa de las ventajas y peligros a los que se enfrentan.

Los nuevos modelos de familia, y sobre todo la incorporación de la mujer al mercado laboral, y que no se siga haciendo cargo de los mayores de la familia, como tradicionalmente ha sido habitual. Así como la reducción del número de hijos por familia, ya que en muchos casos las personas dependientes no tienen familiares directos, o si los tienen no quieren ser una carga para ellos, ya que tienen sus propias responsabilidades familiares. Y en algunos casos son familias unipersonales, como el viuda o la viuda, o el anciano soltero. El aumento significativo de las dolencias e incapacidades que generan dependencia a partir de los 65 y el aumento de la esperanza de vida, hace que normalmente el último tramo de vida de las personas estén en situaciones de dependencia.

La dependencia se manifiesta en la capacidad de obrar: la aptitud para adquirir, ejercitar derecho, asumir obligaciones y actuar eficazmente; ya que es en esta esfera en la que se produce la intervención de los titulares de las potestades y en su caso, además afecta a la falta de autonomía para administrar su patrimonio, o para tomar decisiones acerca del mismo¹⁴⁴.

La vinculación entre los conceptos de dependencia-autogobierno y capacidad de obrar generalmente se efectúa tomando como presupuesto el grado de desarrollo intelectual y físico de la persona media. La capacidad de obrar

Twentieth Century, en *Ageing and Society*, Volumen 1, Issue 1, Cambridge, enero 1981, p.2

¹⁴⁴ GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad", en AA.VV., GARCÍA GARNICA (directora), *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad*, Capítulo 2, Aranzadi, Pamplona, 2011, p.61

depende del desarrollo de la aptitud intelectual de la persona, de donde, es lo que motiva que existan grados, ya que no existe uniformidad entre los grados, y cada caso presenta unos signos diferentes¹⁴⁵. La incapacidad y falta de gobierno no tienen por qué ir unidas, ni tienen porqué coincidir en el mismo grado¹⁴⁶

Como anteriormente hemos visto el Consejo de Europa define la dependencia como «la necesidad de ayuda o asistencia importante para las actividades de la vida cotidiana», o, de manera más precisa, como «un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria y, de modo particular, los referentes al cuidado personal». Esta definición nos expone que se tienen que dar tres factores para encontrarnos ante una situación de dependencia: la existencia de una limitación física, psíquica o intelectual que merma algunas capacidades de la persona, incapacidad de la persona para realizar por sí mismo actividades de la vida diaria y la necesidad de asistencia o cuidados por parte de un tercero¹⁴⁷.

Esta definición está en conexión con la nueva clasificación de discapacidades dio la Organización Mundial de la Salud en 2001¹⁴⁸, denominada Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF).

Con la Ley de Dependencia se ha intentado regular y proteger legalmente sus derechos, promoviendo la autonomía personal y tratando de asegurar las

¹⁴⁵ Ibidem., p.63.

¹⁴⁶ Ibidem., p.62.

¹⁴⁷ *Libro Blanco Sobre Atención a las personas en situación de dependencia*, <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas-libroblancodependencia-01.pdf>, p. 21, web consultada 23 de junio de 2012.

¹⁴⁸ LIV Asamblea Mundial de la Salud, que tuvo lugar en Ginebra (Suiza) entre el 14 y el 22 de mayo de 2001.

condiciones básicas que “*garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1 CE)*”¹⁴⁹.

En el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, se aprueba el baremo de valoración de La Ley 39/2006 de 14 de Diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Dicho baremo hace una valoración de la autonomía de las personas dependiendo en cómo o que grado puedan realizar las tareas básicas de la vida diaria, al mismo tiempo que valoran la necesidad de apoyo o supervisión para las personas que tengan alguna discapacidad intelectual.

Así el Baremo de Valoración de la Dependencia (BVD) permite determinar las situaciones de dependencia moderada, dependencia severa y de gran dependencia, que lo establece de la siguiente manera:

a) **Grado I.** Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 25 a 49 puntos.

b) **Grado II.** Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 50 a 74 puntos.

c) **Grado III.** Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su

¹⁴⁹ Ley 39/2006, *Exposición de motivos*, BOE nº 299, f. 41143.

pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 75 a 100 puntos.

Asimismo, el BVD permite identificar los dos niveles de cada grado en función de la autonomía personal y de la intensidad del cuidado que requiere de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

El BVD es aplicable en cualquier situación de discapacidad y en cualquier edad, a partir de los 3 años.

Se trata pues antes que nada de una cuestión de derechos. La atención - funcional, médica, etc.- de la dependencia no es un conjunto de prestaciones y servicios que buscan solamente ofrecer soluciones o paliativos en términos económicos, no es un producto regido en última instancia por las leyes del mercado, sino que se lo considera un derecho ciudadano que el Estado se encuentra obligado a proteger “en cumplimiento de los deberes que marca la constitución”.

De hecho, desde 2006, con la aprobación de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia se sostiene una consolidación de los derechos sociales de la población a partir de la implantación del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, lo que constituye, según lo expresa GARCÍA GARNICA, *“lo que se ha dado en llamar «el cuarto pilar del Estado del Bienestar», tras el Sistema nacional de Salud, el Sistema educativo y el de Pensiones. Su incidencia va más allá del establecimiento de nuevos servicios sociales, por cuanto se proclama un nuevo derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y*

*atención a las personas en situación de dependencia. Este Sistema tiene por objeto cubrir las necesidades de más de 1.200.000 personas que precisan de apoyos para desempeñar las actividades básicas de la vida diaria. Cifra que se prevé que aumente hasta los 1.500.000 aproximadamente en torno al año 2020".*¹⁵⁰

El Padrón Municipal de Habitantes al 1 de enero de 2008 presenta una cifra de población de 65 y más años de 7.633.807 personas¹⁵¹. Pero el INE (Instituto Nacional de Estadística) proyecta para el 2060 una población de 15.679.878 personas que habrán superado el umbral de los 65 años. Según el informe de IMSERSO, esta población alcanzará entonces al 29,9% de la población total. El panorama demográfico futuro presenta así una sociedad envejecida en la que casi un tercio de los habitantes serán personas mayores.

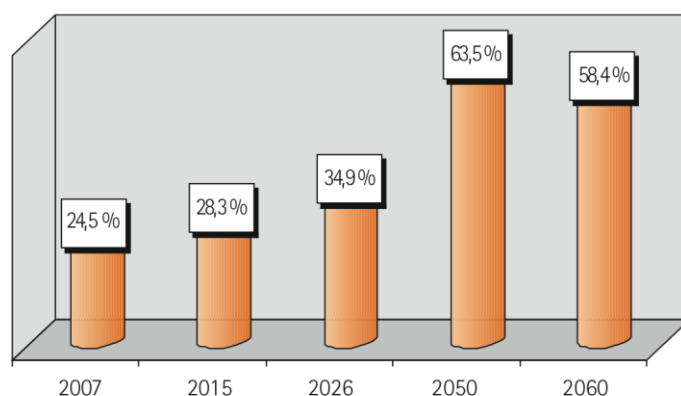
El incremento relativo del grupo etario de 65 y más años ha sido relativamente constante hasta la década de los 90, y a partir de ese año esta cifra se mantiene estable en el 2,5% anual. Como se prevé que la población española crezca en el período de 1991-2020 a una tasa anual de 0,84%, la de las personas mayores de sesenta y cinco años lo hará a un ritmo tres veces mayor. Y en las proyecciones de 2020 a 2050 se calcula que en ese período la población mayor crecerá ocho veces más rápido que la total. El panorama es aún más complejo si se tiene en cuenta que en los últimos años una circunstancia relevante en la orientación del futuro demográfico español es el importante aumento de personas octogenarias -lo que se ha dado en llamar "el envejecimiento del envejecimiento"-, todo lo cual supone que habrá un número cada vez mayor de ancianos

¹⁵⁰ GARCÍA GARNICA, *La protección patrimonial y la promoción de las personas dependientes: un nuevo reto para el derecho privado*, trabajo realizado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía, "Análisis interdisciplinar de los instrumentos de protección y promoción de las personas dependientes", reproducido por eScholarship Repository, University of California, en: <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/060309-05>

¹⁵¹ Ministerio de Sanidad y Política Social, IMSERSO: "Datos estadísticos estatales y por Comunidades Autónomas"; Informe 2008, Colección Documentos, Serie Documentos estadísticos,

dependientes. Y dentro de la población anciana que tendremos en un futuro, un estudio del IMSERSO advierte de cómo subirán alarmantemente los porcentajes de dependencia de la población anciana, superando el 50% y llegando en 2050 a tener un 63'5 % de dependientes dentro de la población de mayores.

Proyección de la tasa de dependencia de la población mayor en España. Años 2007-2060¹⁵²



El incremento de la dependencia se muestra así como una consecuencia del envejecimiento progresivo de la población, un fenómeno que produce efectos sensibles a nivel del conjunto social y asimila en cierta forma las condiciones en las que se desenvuelven ancianos y dependientes, en tanto ambos grupos de población se encuentran en una situación en la que, al no participar -o hacerlo en forma deficitaria- de la producción de su sustento, deben recibir ayuda externa para su manutención, y a veces hasta para poder desarrollar sus actividades cotidianas de una manera mínimamente satisfactoria.

Nº 22019, informe completo en: <http://publicaciones.administracion.es>.

¹⁵² IMSERSO, *Economía y Personas Mayores*, Colecciones Estudios, Series personas mayores, nº 11003, 2008. Disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/dizy-economia-01.pdf> consultado 18/01/2013.

El concepto de autonomía personal que se pretende que tengan los dependientes como diría AGICH incluye que la persona pueda ser independiente, con libre determinación y poder tomar decisiones libre y racionalmente y la habilidad para que el individuo pueda tener lo que es mejor para él¹⁵³

Se podría decir que a una determina edad la autonomía personal y los cuidados personales a largo plazo van unidos¹⁵⁴, ya que los dependientes necesitan de esos cuidados ya que sufren algún tipo de enfermedad o de incapacidad, que merma su independencia¹⁵⁵. En algunos casos esos cuidados irán o serán a cargo de la familia, pero en otros casos en que la familia no se quiera hacer cargo de ellos, o que la persona en concreto no tenga familiares cercanos, ésta tendrá que ver la forma para poder tener ese tipo de cuidados que en muchas ocasiones con la pensión que tiene no pueden cubrir todos los gastos de sus necesidades.

2.1 LA DEPENDENCIA EN ESPAÑA

En ese sentido, la Ley 39/2006 establece las pautas y regula las condiciones en las cuales se desenvuelve hoy la dependencia y las pautas mínimas de atención a las personas en dicha situación, en condiciones que GARCÍA GARNICA -como vimos-, considera una defensa de la autonomía personal en los términos de “un nuevo derecho subjetivo de ciudadanía”.

La Ley de Dependencia configura el derecho a la atención de las personas en situación de dependencia como un nuevo derecho de ciudadanía, un derecho de acceso en igualdad a elemento esenciales para la vida

¹⁵³ AGICH, *Dependence and Autonomy in Old Age. An Ethical Framework for Long-Term Care*. Cambridge University Press, 2003, p. 5

¹⁵⁴ Cfr. AGICH, *Dependence and Autonomy in Old Age An Ethical Framework for Long-Term Care*, op. cit., p. 1

¹⁵⁵ *Ibidem*.

autónoma de muchas personas, un derecho que es inseparable a la dignidad de las personas¹⁵⁶. Todas las personas en situación de dependencia son los destinatarios de esta Ley, pero no sólo ellos sino también sus familiares o personas que están dedicando su vida a cuidar a los dependientes, y para que éstos vean reforzada su autonomía¹⁵⁷.

La “Ley de Dependencia” es precisa en cuanto a la definición de las nociones esenciales que rigen la dependencia. A los efectos del cumplimiento de la ley, en su art. 2 (correspondiente al *Título Preliminar*, que trata de las *Disposiciones generales*), se puntualizan claramente los conceptos centrales sobre los que se fundamenta su contenido. Se señala allí que

“se entiende por:

1. Autonomía: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa las decisiones personales respecto de la manera de vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

2. Dependencia: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad

156

http://www.laleydeladependencia.com/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=70 consultado el 30/01/2013.

mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

3. Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD): las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas.

4. Necesidades de apoyo para la autonomía personal: las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad.

5. Cuidados no profesionales: la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada.

6. Cuidados profesionales: los prestados por una institución pública o una entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sea en su hogar o en un centro.

7. Asistencia personal: servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la

vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal.

8. Tercer sector: organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales.”

Definidos los conceptos fundamentales, la Ley se detiene en la definición de la dependencia, categoría en la que reconoce la existencia de distintas formas o grados. En tal sentido, los artículos 26 y 27 son los esenciales para la clasificación y la valoración de la dependencia. El 26 define los siguientes grados de dependencia:

“a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal;

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal;

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona

necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal”.

Por su parte, el art. 27 establece que para valorar una situación de dependencia serán las Comunidades Autónomas las que deban determinar los órganos de valoración encargados de emitir dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. A efectos de su valoración, ha de aplicarse un baremo que tiene entre sus referentes a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF), adoptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁵⁸.

Cabe observar que fueron (y siguen siendo, aunque hoy hayan sufrido modificaciones) tres los conceptos esenciales que se consideraron en un principio para valorar la dependencia. Así, se entendía por *deficiencias* a las anomalías de la estructura corporal, de la apariencia, así como las de la función de un órgano o sistema, cualquiera que fuese su causa; las deficiencias representaban trastornos en el ámbito del órgano y se definían como toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica.

A su vez, la *discapacidad* reflejaba las consecuencias de la deficiencia

¹⁵⁸ La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), fue puesta en marcha por primera vez en los años setenta y publicada en 1980 por la Organización Mundial de la Salud como instrumento para la clasificación de las consecuencias de las enfermedades y sus repercusiones en la vida del individuo. Este instrumento fue traducido a más de 14 idiomas y la versión española publicada en 1983 por el Instituto Nacional de Servicios Sociales, tenía por objeto ofrecer un marco conceptual para la información relativa a las

desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo. Se consideraba discapacidad toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen considerado normal para un ser humano cualquiera.

Finalmente, la *minusvalía* hacía referencia a las desventajas personales experimentadas por el individuo como consecuencia de las deficiencias y discapacidades. Se la definió como una situación de desventaja para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad que limita o impide el desempeño de un rol que sería normal en función de su edad, sexo y factores sociales y culturales.

Hoy los conceptos son otros pero apuntan en la misma dirección. De hecho se consideran:

I) Deficiencias *de función* y deficiencias *de estructura* (antes deficiencias).

II) Limitaciones en las *actividades* (antes discapacidades).

III) Limitaciones en la *participación* (antes minusvalía).

2. 2 FUNDAMENTOS, PRESTACIONES Y CONDICIONES DE LA LEY 39/2006

Entre los objetivos de la ley 39/2006, como ya se ha señalado, ocupa un lugar importante la defensa de la autonomía de la persona. De tal manera, se organiza una amplia oferta de asistencia en base a cuatro tipos de recursos: prestaciones monetarias, servicios sociales, ayudas fiscales y ayudas al cuidador, orientadas todas a asegurar las condiciones para una existencia más completa:

consecuencias a largo plazo de las enfermedades, los traumatismos y otros trastornos.

“Las prestaciones de dependencia podrán tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas e irán destinadas, por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria”¹⁵⁹.

Por otra parte -y en consonancia con el carácter de derecho que reviste la atención de la dependencia- hemos visto ya que la normativa de la Unión Europea impone el carácter *“universal, de alta calidad y sostenible en el tiempo”* que deberá tener esa atención. Y el mismo sentido se desprende del postulado de la ley respecto de que deben servir para garantizar *“la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos”*.

Sin embargo se nota una cierta falencia respecto del contenido real que se le reconoce a la universalidad y la igualdad invocados, una reticencia que pareciera justificarse o escudarse -al menos en principio- en las dificultades que acarrearía la necesidad del financiamiento -“sostenibilidad en el tiempo”- de los servicios y prestaciones correspondientes. En tal sentido es que se apela a complementar las prestaciones del sector público con recursos privados, incluyendo los que corresponden a los mismos afectados:

“se constata la existencia de un importante fundamento público para la protección de este tipo de riesgos en los países desarrollados, aunque últimamente se introducen y desarrollan con mayor fuerza los sistemas privados complementarios al modelo público de gestión y financiación”

¹⁵⁹

BLAY BERRUETA, op. cit., p. 26.

Así, en la *Exposición de motivos* que introduce la Ley, se hace mención - al referirse al derecho de los ciudadanos a acceder a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia- a

“un derecho subjetivo que se fundamenta en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral al ciudadano, al que se reconoce como beneficiario su participación en el Sistema...”

El reemplazo de la idea de igualdad por la de equidad -concepto al que se presenta como garantía de una “igualdad real”- es el que permite soslayar la exigencia de universalidad.

Ahora bien, en general ese principio ha sido adoptado por la gran mayoría de los países de Europa, e implica prestaciones y condiciones similares para todos los ciudadanos sin distinción.

“En la mayoría de los países desarrollados, los sistemas utilizados para abordar los cuidados de larga duración e intentar dar solución al problema de la dependencia, presentan dos características comunes: la creciente preocupación social ante esta contingencia y el predominio, salvo algunas excepciones (como en los Estados Unidos) del principio de universalidad”¹⁶⁰.

Pero el sistema que propone la Ley 39/2006 se aparta en la práctica de dicho principio, a pesar de la invocación inicial.

Según BLAY BERRUETA,

¹⁶⁰ BLAY BERRUETA, op. cit., p. 20.

“Esta Ley de Dependencia supone una ampliación de las prestaciones y recursos destinados a la población en situación de dependencia, aunque quizá no gozará del grado de universalidad que muchos sectores habían reclamado”¹⁶¹.

Eso en función de que la ley condiciona el carácter gratuito de las prestaciones a los ingresos del beneficiario:

“Los beneficiarios del Sistema participarán en la financiación del mismo en función de su renta y patrimonio de manera equilibrada y justa, teniendo en cuenta que ningún beneficiario dejará de recibir atención por falta de recursos”¹⁶².

La imprecisión respecto de lo que se debe considerar “equilibrado y justo” deja una puerta abierta a los abusos e infracciones, sin que tenga un fundamento claro en el criterio de equidad: en la medida en que los sectores en mejores condiciones económicas tengan una carga impositiva acorde a sus ingresos, no parece demasiado claro o equitativo el hecho de que deban pagar por servicios que han sido definidos como un derecho universal.

En la práctica se ha instalado un copago, y en ese sentido

“el hecho de introducir el concepto de copago, implica que el usuario asumirá una parte del coste del servicio que reciba”¹⁶³,

Así, en la medida en que se exige un copago en función de las condiciones de renta y patrimonio de cada beneficiario, se abandona el

¹⁶¹ Ibídem, pp. 21-22.

¹⁶² Ibídem, p. 95.

¹⁶³ Ibídem, p. 22.

principio de universalidad, según el cual se debería considerar la protección ante la situación objetiva de dependencia como el reconocimiento de un derecho que les cabe a todos los ciudadanos sin excepción, con independencia de sus ingresos, y por ende asumirla como un verdadero “deber constitucional” del Estado.

Dada la incapacidad de las Administraciones Públicas para frenar la expansión del gasto y de la crisis del Estado del bienestar, ya que la Ley de Dependencia lucha por sobrevivir a los impagos a aquellas que prestan sus servicios, y en los Presupuestos Generales del Estado para 2012, se recortaron 283 millones de euros¹⁶⁴, por lo que se suscita la cuestión de la cobertura de los costes de los dependientes entre los familiares y los servicios sociales. Habrá quizá que analizar si para mejorar la suerte de ancianos y dependientes hay que recurrir a sus propios bienes inmuebles para que suplan las necesidades que tengan o que les pueden ir surgiendo.

En todo caso, BLAY BERRUETA señala la oposición de algunas organizaciones -menciona específicamente nada menos que al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)- a la aplicación de un copago a las personas en situación de gran dependencia y a referir el acceso a las prestaciones y servicios del Sistema exclusivamente a la situación de necesidad.

2.3 LOS SISTEMAS DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA. EL MODELO DE LOS EE.UU.

Los cuatro modelos de atención

¹⁶⁴ Diario El Mundo, disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/30/solidaridad/1333143302.html> consultado el 2 de enero de 2013.

Según un grupo de investigadores de Valencia,

*"el mercado privado del seguro de dependencia todavía no ha conseguido despegar en el contexto español, tras la regulación legislativa del mismo aprobada en diciembre de 2007"*¹⁶⁵.

En ese marco, de acuerdo a las normativas de la Unión Europea, el modelo de atención sanitaria debe ser universal, de elevada calidad y sostenible financieramente. En relación a la dependencia, se señala -entre otras consideraciones- la necesidad de coordinar los cuidados para proporcionar un mayor nivel de calidad y eficiencia, homogeneizar los criterios de acreditación y evaluación, formar el personal especializado e integrar a los cuidadores informales en el mercado de trabajo.

Dos caminos se han propuesto para que la atención social y la sanitaria sumen esfuerzos¹⁶⁶: el de la coordinación, que

"aboga por la complementariedad entre los servicios de salud y sociales, sin la generación de nuevos recursos",

y el de la integración, que

"defiende la creación de un nuevo espacio de atención -red de atención sociosanitaria- conformado por determinados recursos del SNS y del Sistema de Servicios Sociales, así como nuevos servicios específicos para este fin, que dan

¹⁶⁵ BENÍTEZ BERMEJO, POVEDA PUENTE, BOLLAÍN PASTOR, PORCAR SEDER, SÁNCHEZ LACUESTA, PRAT PASTOR, CELDRÁN, *El sistema estatal de atención sociosanitaria en el ámbito de la dependencia. El caso español y otros modelos de referencia*, Instituto de Biomecánica de Valencia, Universidad de Valencia y CUIDA Asociación para el cuidado de la calidad de vida, Valencia, 2009. P. 12. Disponible en: <http://www.ceafa.es/files/pdfs/4a24d0ff10.pdf>
Consulta: 21 de enero de 2012

lugar a un tercer sistema, el sociosanitario propiamente".

En España la coordinación ha sido presentada como más viable¹⁶⁷, y diversos actores sociales han demandado que la norma la contemple explícitamente¹⁶⁸, pero existen algunos problemas para coordinar adecuadamente los servicios sanitarios y los sociales, debido a las diferencias en materia jurídica, financiera, organizativa y profesional que caracterizan a unos y otros, y sin que la puesta en marcha de la Ley 39/2006 haya logrado ningún avance significativo al respecto, ya que

"deriva esta responsabilidad a las CC.AA., no llega a definir el rol del Sistema Nacional de Salud (SNS) en el ámbito de la dependencia y contempla un catálogo de servicios de marcado perfil social"¹⁶⁹,

sin que se defina el papel del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la dependencia. De tal manera, los autores del trabajo citado consideran que la ley *"ha tratado de manera superficial el tema de la organización de la atención sociosanitaria"*¹⁷⁰.

A esto habría que sumarle la circunstancia de que *el análisis del impacto del copago en la renta de los beneficiarios refleja que los usuarios con menores recursos asumen, proporcionalmente, una mayor carga que aquellos que tienen*

¹⁶⁶ Ibídem, p. 58.

¹⁶⁷ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) "Atención a las personas en situación de dependencia en España. Libro Blanco". Madrid. Diciembre 2004. Disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas-libroblancodependencia-01.pdf>

¹⁶⁸ JIMÉNEZ, *El sector de la salud y la atención a la dependencia*. Documento de trabajo 111/2007. Fundación Alternativas. Madrid. 2007. Citado por BENÍTEZ BERMEJO, op. cit, p. 60.

¹⁶⁹ BENÍTEZ BERMEJO *et al*, op. cit, p. 14.

¹⁷⁰ Ibídem, p. 60.

*unos ingresos de nivel medio-alto*¹⁷¹.

Situación obviamente reñida con cualquier criterio de equidad, y que no se han logrado aún avances suficientes en la posibilidad de favorecer el desenvolvimiento de las personas con algún nivel de dependencia en su vida ordinaria, en términos funcionales -facilidad de desplazamientos y accesibilidad, tanto en la adaptación de su propia vivienda como en los espacios públicos- y su integración en actividades ciudadanas y laborales, circunstancias contempladas ya en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, modificada recientemente por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Los distintos sistemas de protección social se suelen agrupar en cuatro modelos básicos¹⁷²:

- ⤴ El modelo liberal, en el que los beneficiarios participan en forma importante en el costo de las prestaciones (en especial a partir de mecanismos de copago). El sistema suele ser descentralizado y deja principalmente en manos de las Administraciones Locales la valoración del grado y nivel de dependencia -y por lo tanto las prestaciones a las que tiene derecho el solicitante- y se le reconoce al sector privado un papel principal en la atención. Es el modelo que rige en los EE.UU y en el Reino Unido.
- ⤴ El modelo continental o bismarckiano, eminentemente universal, en el que la atención de la dependencia queda a cargo de la Seguridad Social y tiene un financiamiento esencialmente público. Las prestaciones

¹⁷¹ Ibídem, p. 13.

pueden ser pecuniarias o de servicios e incluyen ayudas para los cuidadores. Es el que aplican -entre otros- Alemania, Francia y Japón.

- ⤴ El modelo nórdico, que es de protección social universal, pero se centra en la prestación de servicios, dado que los cuidados informales tienen menos arraigo en los países en los que rige: los escandinavos y los Países Bajos, en particular.
- ⤴ El modelo meridional, latino o mediterráneo, en el que la dependencia queda a cargo fundamentalmente de la familia (en base a cuidados informales) y son escasos los recursos públicos que se le destinan. Es principalmente de tipo asistencial. Se aplica, por ejemplo, en Italia y Portugal.

Intentaremos aquí fundamentalmente una aproximación al modelo liberal, en la medida en que el desarrollo que en él ha alcanzado la financiación privada podría mostrar caminos alternativos -o al menos complementarios- a los actualmente vigentes en nuestro país y favorecer la sustentabilidad en el tiempo de sus prestaciones. Sin perder de vista sin embargo, las normativas de la Unión Europea, los necesarios criterios de equidad y en especial los fundamentos conceptuales que plantea la legislación española acerca del tema .

En ese sentido quizá haya que evitar la confusión entre discapacidad y dependencia, pero sin duda las consideraciones que hace la Exposición de motivos de la Ley 51/2003 son aplicables a muchos -si no a todos- los casos de dependencia. Allí el legislador se declara -en relación a las personas con discapacidad- "en favor del modelo de «vida independiente», que defiende una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre unas bases nuevas: como ciudadanos titulares de derechos; sujetos activos que ejercen el

derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia y no meros pacientes o beneficiarios de decisiones ajenas; como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales, más que personas especiales con necesidades diferentes al resto de sus conciudadanos y como ciudadanos que para atender esas necesidades demandan apoyos personales, pero también modificaciones en los entornos que erradiquen aquellos obstáculos que les impiden su plena participación"¹⁷³.

Así al menos se deduce de lo que plantea la Ley 39/2006¹⁷⁴, en función de promover la autonomía personal y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos por parte de las personas aquejadas de algún grado de dependencia. En ese sentido también, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recoge el cambio de paradigma que lleva a cambiar el enfoque basado en la perspectiva asistencial para adoptar una mirada de la discapacidad centrada en los derechos humanos¹⁷⁵. Allí se adopta un punto de vista que saca el problema del interior del individuo para colocarlo en el plano de sus vínculos con el entorno, y se redefine a la discapacidad como "la circunstancia personal y el ecosistema social resultante de la interacción del hecho diferencial de algunas personas con un entorno inadecuado por excluyente en tanto en cuanto que establecido según el parámetro de persona «normal»"¹⁷⁶.

¹⁷³ Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, Boletín Oficial del Estado: 3 de diciembre de 2003, Núm. 289. Disp. en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-22066

¹⁷⁴ Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE nº 299 de 15 de diciembre de 2006. Disponible en: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2006-21990

¹⁷⁵ Exposición de Motivos de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Boletín Oficial del Estado: 2 de agosto de 2011, nº 184. Disp. en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-13241

¹⁷⁶ *Ibidem*.

Es decir que de lo que se trata es de buscar las mejores maneras de financiar los mecanismos destinados a las personas que sufren algún tipo de dependencia para "*favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva*"¹⁷⁷.

En los Estados Unidos, país en el que nació el seguro de dependencia en la primera mitad de los años 70, el sistema de cobertura es esencialmente privado, con gran variedad en las fórmulas aseguradoras. Ya en 1999 había más de seis millones de pólizas de seguro de dependencia contratadas¹⁷⁸. En general, en los sistemas que se basan en el modelo liberal, la ayuda social -y eso vale en relación a la dependencia- se destina exclusivamente a la población de menores recursos, la que no puede hacer frente a ningún gasto. El resto de la población debe participar a través de aportes personales canalizados habitualmente a través de empresas e instituciones privadas. El nudo de estos sistemas -pensados en función del libre mercado, tomando a la provisión de salud como una mercancía más- consiste en separar la provisión del servicio -acoger el pedido y disponer la ayuda, de lo que se encarga el Estado, ya sea local (caso general) o central- y la atención -que puede ser pública o privada y por lo tanto implicar desembolsos mayores o menores a los usuarios y costos o beneficios para el erario público o la empresa prestadora.

Cabe señalar que en los Estados Unidos nunca hubo lugar a la implantación de un estado del bienestar semejante al de los países europeos, y ni siquiera durante el "New Deal" con el que Roosevelt enfrentó los efectos de la crisis de 1929 se profundizó en ese aspecto. El centro de las medidas apuntaba a

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ VICENTE MERINO, POCIELLO GARCÍA, VAREA SOLE, *Cobertura de la dependencia: una comparación internacional* en *Actuarios*, nº 22, mayo/junio 2004. Disponible en:

resolver los problemas de la economía y no los efectos sociales de la crisis. Así y todo, en 1935 se instala un sistema de jubilaciones y un seguro de desempleo.

Recién en tiempos de la "War on poverty" de LYNDON B. JOHNSON -1964- se instalaron las dos instituciones públicas de salud que aún hoy están encargadas del tema: *Medicare* (para aquellos que cuentan con recursos) y *Medicaid* (para los que perciben rentas mensuales inferiores a 349 € y tienen bienes patrimoniales diferentes a la vivienda habitual valorados en menos de 1.300 €¹⁷⁹). Vale decir que hay dos sistemas distintos, según los ingresos del solicitante.

Bill Clinton, en su campaña de 1992, propuso un plan de cobertura universal, que partía de la exigencia a todos los empleadores de proveer un seguro de salud a sus trabajadores, a través de un sistema que respetaba la primacía del mercado pero introducía estrictas regulaciones¹⁸⁰. Tanto la asociación médica -el sindicato de los médicos- como las empresas asociadas a la industria farmacéutica y las compañías aseguradoras se opusieron, frustrando el intento. El plan intentaba mejorar los malos resultados sanitarios e introducir -además de una mayor equidad- una mejor eficiencia: el gasto en salud en Estados Unidos. es gigantesco, pero sus resultados no lo reflejan. La excelencia médica queda reservada sólo a un sector de la población, mientras que el resto tiene -a lo sumo- una atención de calidad menor.

El actual presidente – Barak Obama- también intentó una reforma, pero se vio obligado a aceptar cambios en su proyecto que lo vaciaron de lo mejor de su contenido. El problema no es menor: Joaquín Montero señala que según la Organización Mundial de la Salud, en el año 2006 el gasto en salud de los Estados

<http://www.actuarios.org/espa/revista22/dossier.htm>

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ MONTERO, *Reforma de Salud de EEUU y Atención Primaria de Salud*. Disponible en: <http://medicinafamiliar.uc.cl/html/articulos/265.html> consulta: 7 de mayo de 2012.

Unidos era de 6.174 dólares al año por persona., lo cual implicaba el 15,3% de su PBI, mientras que en Chile era de sólo 697 dólares -un 5,3% de su PBI. En cambio la expectativa de vida al nacer era superior en Chile: 8 años más para los hombres y 10 para las mujeres¹⁸¹. Y eso sin contar con que 46 millones de estadounidenses -el 14% de la población- no accede a la atención primaria por no contar con seguro médico¹⁸².

La cobertura de la dependencia en los Estados Unidos es así fundamentalmente privada e individual. En 1995 se estimaba la población dependiente en unos 12 millones de personas, de las cuales algo más de la mitad eran mayores de 65 años. La mayor parte de la asistencia era informal, aunque la cobertura se pueda considerar universal (el *Medicaid* se hace cargo de las personas carentes de recursos). El financiamiento de la cobertura incluye la posibilidad -además de las dos instituciones públicas- de contratar algún seguro de dependencia. Un gran número de pólizas -6,7 millones- son manejados por 120 compañías, pero las 10 primeras concentran el 75% de ellas, lo cual indica el nivel de concentración de mercado¹⁸³.

Medicare -que se hace cargo de las personas que cuentan con suficientes recursos- se financia con las cotizaciones de trabajadores y empleadores, que se complementan con aportes adicionales después de la jubilación si no se tiene aún la cantidad suficiente de aportes realizados. De todos modos, las prestaciones - tanto en domicilio como en institución- tienen un límite de tiempo: 60 días de asistencia en hospitales, 100 días en residencia (de los cuales sólo los primeros 20 tienen una cobertura del 100%), residencia de enfermedades terminales para pacientes con esperanza de vida inferior a los 6 meses, etc. La limitación temporal de las prestaciones de Medicare es lo que explica que muchos dependientes

181

Ibidem.

182

Ibidem.

183

VICENTE MERINO, op. cit.

institucionalizados acaben siendo tomados a su cargo por Medicaid.

Medicaid -cuyos fondos son principalmente públicos- funciona en base a las condiciones que cada uno de los Estados determina. La ley federal sólo obliga a dar atención domiciliaria a las personas dependientes -se calcula que el costo de la asistencia domiciliaria es inferior en un 50% al de la internación en una residencia especializada-, pero la mayoría de ellos presta asistencia institucional. De hecho, no todas las residencias -en general instituciones privadas- aceptan a pacientes de Medicaid. Aún así, en el año 2000 se calculaba que -debido en particular a los límites temporales de la cobertura de Medicare- 2/3 de los pacientes alojados en residencia terminaban contando con la cobertura de Medicaid. En todo caso, los diversos Estados, sin llegar a eliminar por completo la cobertura de Medicaid en residencia, han buscado maneras de reducir los gastos por medio tanto de la restricción de la cantidad de camas disponibles en las instituciones como de la limitación de las prestaciones que allí se les dispensan a las personas dependientes.

La contratación de un seguro privado de dependencia -voluntario e individual-viene así más que nada a cubrir el agotamiento de las prestaciones de Medicare. Para contratarlo se debe atravesar un severo proceso de selección, en el que se aplican criterios de admisibilidad distintos, bastante más restrictivos en el caso de la dependencia que en el caso del seguro de vida. Además, los planes en general incluyen copagos. La variedad de productos es amplia, y las coberturas - como las de Medicare-limitadas en monto y tiempo, aunque tienden a ampliarse.

Las CCRC

Quizá el aspecto más interesante del tratamiento de la dependencia en los Estados Unidos son lo que se ha dado en denominar "*Continuing Care*

communities" o CCRC. Se trata de residencias que prestan servicios de todo tipo: alojamiento -que puede ir desde una casa en el parque o un departamento individual hasta una habitación en el centro de atención, ya sea con asistencia parcial o continua-, hotelería, entretenimientos, cuidados sanitarios y personales, incluyendo la asistencia a las personas dependientes. Habitualmente no se hacen cargo de los servicios médicos, de los que se encargan Medicare o los seguros médicos que se le exigen a los candidatos para ser admitidos. La persona que contrata los servicios de una CCRC puede ir recorriendo en ella las distintas etapas de su envejecimiento -incluso en relación a una eventual pérdida progresiva de su independencia- y pasar sin necesidad de mayores traslados o complejas tramitaciones de una vida plenamente autónoma hasta una situación en la que necesite de una asistencia permanente.

Gran parte de estas instituciones son manejadas por entidades sin fines de lucro -grupos religiosos y organizaciones caritativas- y se financian en base a una cuota de admisión y un pago mensual. Obviamente suelen ser muy costosas -la cuota de ingreso oscila entre 80.000 y 750.000 dólares, y luego se paga mensualmente una suma que suele ser bastante elevada-, y presentan como problema -como tantos otros contratos de larga duración, expuestos a situaciones imprevisibles (o simplemente imprevistas)- el de una eventual insolvencia de la empresa que maneja la institución¹⁸⁴. No solamente por los problemas y vicisitudes existenciales a los que puede verse expuesto el residente, sino teniendo en cuenta que por lo general, en caso de quiebra son otros los acreedores que gozarán de tratamiento preferencial cuando se trate de lograr un resarcimiento con la realización de los bienes de la compañía quebrada.

Las variantes en los servicios que se pueden contratar son muchas, y a menudo para ingresar se exige también la contratación de un seguro de

¹⁸⁴ United States Government Accountability Office: "Older Americans. Continuing Care Retirement Communities Can Provide Benefits, but Not Without Some Risk". *Highlights*, June 2010.

dependencia. En los contratos con las CCRC se especifican las condiciones de alojamiento, servicios de atención a la salud y personales, y todo lo que incluye la estadía. Los servicios serán prestados por todo el tiempo que el contratante se aloje en la residencia. Se especifican también el costo vigente de la cuota, los parámetros que determinarán sus eventuales ajustes y las condiciones y costos - según lo contratado- de cambiar de un nivel de atención a otro.

Básicamente hay tres tipos de contratos:

- ⤴ el de por vida -"life", "extensive" o "all-inclusive"-, que asegura alojamiento, servicios residenciales, comodidades, asistencia personal y de enfermería por toda la vida, mediante el pago de una suma - importante y habitualmente no reembolsable- y una cuota mensual fija, que no cambia si el nivel de asistencia requerido cambia.
- ⤴ el "modificado", que implica que la CCRC sólo se hace cargo del cambio de nivel de atención por un tiempo limitado -60 días-, a partir del cual el residente debe pagar una tarifa diaria que puede ser completa o reducida según lo que se especifique en el contrato.
- ⤴ el de pago por servicios ("*Fee-for-Service*"), que a veces no precisa de cuota de ingreso. No tiene descuentos en las tarifas de atención sanitaria o asistencia a la dependencia, pero ofrece prioridad para acceder a los niveles superiores de atención.

En general podemos decir que los costos extremadamente elevados de estos servicios -a pesar de ser prestados por instituciones que en muchos casos (en particular cuando están dirigidas por entidades caritativas o religiosas) no persiguen un fin de lucro- representan un obstáculo importante -quizá insalvable- para su aplicación generalizada. Y los riesgos de bancarrota que las acechan - agravados por la crisis inmobiliaria- no están suficientemente considerados y

protegidos, con lo que se relativizan los beneficios reales que de ellas se puede esperar. Al menos en las condiciones en que se desarrolla su actividad en los Estados Unidos. El alto grado de especialización que las caracteriza -y de integración entre asistencia sanitaria y personal- es sin duda un objetivo doblemente atractivo, en la medida en que puede ofrecer un modelo de integración sociosanitaria superior respecto de los esfuerzos -poco eficaces, por añadidura- que se han hecho en España por el camino de la coordinación.

De cualquier manera, debiera prestarse atención a ciertas voces que alertan contra algunos aspectos que a veces quedan ocultos detrás de las exhortaciones a transferir parte de los gastos ocasionados por los servicios sociales a los propios usuarios y a sus familiares. Las muy insistentes invocaciones a la imposibilidad por parte del sector público de seguir afrontando o manteniendo ciertos niveles de atención -a partir de la así llamada crisis del estado del bienestar- a veces encubren intereses muy otros que los que se pregonan. Reclamo de privatización de prestaciones cuyo objeto es explotar a fondo las posibilidades de lucro vinculadas a los ancianos y dependientes, o incluso especulaciones electoralistas se anotan en la lista de vicios ocultos o disimulos. VINUESA señala por ejemplo que "la presión privatizadora (hacia los familiares) del gasto en asistencia social proviene también de una consideración de rentabilidad electoral perteneciente a los aspectos más sórdidos de la actividad política: el gasto por plaza de una residencia asistida es elevadísimo para la escasa rentabilidad electoral que produce. El anciano acogido, de ordinario, no puede votar"¹⁸⁵.

Peor aún: no solamente no vota, sino que las sumas destinadas a su atención tendrían mucho más rédito electoral si fueran aplicadas a otras actividades más visibles, más atractivas y alegres, sin duda menos deprimentes

¹⁸⁵ VINUESA, *La asistencia a la tercera edad, Acontecimiento*, p. 58. Disponible en: <http://www.mounier.es/revista/pdfs/053058061.pdf> consulta: mayo 2012.

pero también menos acuciantes que el cuidado de una persona que no puede valerse por sí misma en sus actividades cotidianas. VINUESA se pregunta al respecto, "cuántas residencias podrían construirse y cuántas plazas mantenerse con los fondos que ese Instituto dedica a programas menos prioritarios, como los viajes de vacaciones o las estancias en Balnearios"¹⁸⁶.

Según él, el elevado porcentaje de ancianos dependientes atendidos por sus familiares, o cuya atención -en el hogar o en residencia- es costeadada por sus propios familiares -nada menos que el 83% si se suman ambos casos-, es fruto de la legislación. Sostiene al respecto que "la coyunturalidad y falta de rigor de la políticas de asistencia social tiene su fundamento jurídicoconstitucional. En oposición al derecho a la asistencia sanitaria universal y gratuita, los servicios sociales no tienen ese carácter. Por eso, un anciano «enfermo» (salvo que su enfermedad sea mental) tendría una protección que no alcanza el anciano extremadamente dependiente"¹⁸⁷.

Así, el problema no estaría tanto en la falta de capacidad de coordinar o integrar las prestaciones, como en el enfoque social y político que se le da al tema y los objetivos realmente buscados y que son los que determinan las pautas que definen el tratamiento jurídico y legal que sostiene y organiza la atención al anciano o al dependiente. El envejecimiento de la población -y la consiguiente mayor incidencia de la dependencia- es un dato "duro", pero la evaluación de las formas de atención, los costos que implican y las decisiones respecto de la asignación de partidas -la determinación de las prioridades- abren paso a especulaciones y oportunismos. El problema de los costes muchas veces es sólo una excusa, y aunque la institucionalización no pueda -ni deba, sin duda- ser generalizada, es una solución posible y a veces imprescindible que debe ser evaluada haciendo hincapié en los derechos ciudadanos de las personas

¹⁸⁶

Ibídem.

¹⁸⁷

Ibídem, p. 59.

dependientes. No son los costes de atención de las diversas enfermedades lo que determina el nivel de cuidados que el enfermo tiene derecho a recibir. Y lo mismo debiera suceder con los que sufren algún tipo de dependencia. Como ya vimos en relación al seguro de dependencia, la falta de precisión -o la poca voluntad- mostrada por el legislador abre las puertas a situaciones de falta de equidad que debieran ser evitadas.

CAPÍTULO III

INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS MAYORES Y DEPENDIENTES

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La sociedad he ido tomando conciencia de la situación de debilidad o de inferioridad que en algunos casos se encuentran las personas mayores y las dependientes, son grupos que necesitan más cuidados y atenciones que el resto, y que el sistema público no puede suplirle todas sus necesidades, ya que tiene ciertas limitaciones, y más en estos momentos que estamos sufriendo recortes en políticas sociales. El legislador vio la necesidad de dictar Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de personas con discapacidad (en adelante LPPD) para proteger el patrimonio de este grupo de personas, que en algunos casos pueden llegar a encontrarse en situaciones de indefensión, y así poder asegurar que con su patrimonio puedan suplir en la medida de lo posible aquellas necesidades que el Estado o la pensión no le sule. Con esta ley lo que se pretende es aportar soluciones patrimoniales para quienes se encuentran afectados de alguna discapacidad/incapacidad¹⁸⁸. En el caso de las personas con discapacidad nos centraríamos en aquellas que tuvieran un mínimo de una minusvalía de un 33%.

Pero cuál sería la definición de patrimonio, según DOMENICO BARBERO “la idea de patrimonio atañe en el campo del objeto a la pluralidad material (conjunto de bienes), y llega en el campo del sujeto a la unidad ideal; la verdad es

¹⁸⁸ SERRANO GARCÍA, *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, 2008, p.357.

que los dos aspectos se complementan, y sin sujeto no hay patrimonio sino bienes de nadie, como no hay patrimonio sin bienes, sino solamente potencialidad subjetiva de formación del patrimonio¹⁸⁹. Desde el punto de vista económico FISHER afirma que para los economistas el patrimonio se compone, no de derechos, sino de un conjunto de bienes provechosos materiales, y lo define como “la totalidad de los bienes económicamente valorables que se hallen dentro del poder de disposición de una persona¹⁹⁰. El objeto de la LPPD es según la exposición de motivos es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma. Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico.

Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de las personas con discapacidad, y el mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido. Según el art. 1.1 de la LPPD “el objeto de esta Ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derecho, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”.

¹⁸⁹ BARBERO, *Sistema de Derecho Privado*, tomo I, traducción española de Santís Melendo, Buenos Aires, 1967, p.268.

¹⁹⁰ FISHER, *Los daños civiles y su reparación*, traducción española de Rocés, Madrid, 1928.

Este patrimonio se podrá utilizar como medio para complementar las tanto las pensiones de las personas dependientes o mayores, como por ejemplo la ayuda del servicio de la Ley de Dependencia que en estos últimos años, debido a la crisis, no se están cumpliendo en muchos casos, por ejemplo sólo en la provincia de Granada sufren el problema de no ser atendidos 11.000 personas en el 2013¹⁹¹, anunciando la consejera andaluza de Salud y Bienestar Social de la Junta de Andalucía que para las Comunidades Autónomas será inasumible la asunción de las actuales tareas que actualmente vienen desarrollando los ayuntamientos en materia de prestación de servicios sociales y atención a la dependencia. Por lo que las figuras patrimoniales privadas que veremos a continuación podrían cada uno de ellas una buena opción para cada caso concreto, dependiendo de la situación económica, personal y patrimonial de cada persona.

Ancianidad y renta inmobiliaria

Ahora bien, hay otros elementos importantes a tener en cuenta al referirnos a la hipoteca inversa, a los sistemas de pensiones vitalicias y al uso en general de la propiedad inmueble de los propios ancianos y dependientes para mejorar sus ingresos y sus condiciones de vida. Elementos que no están ya referidos a la función que cumplen respecto de las expectativas individuales de quienes contratan esos seguros e hipotecas, sino a ciertos efectos de alcance más amplio, que repercuten y se hacen sentir en el conjunto de la sociedad.

En primer lugar, no puede dejar de mencionarse la función económica que asumen los fondos generados por estos sistemas, en tanto inyectan

¹⁹¹ En prensa, IDEAL de Granada, 12 de abril de 2013, p. 2.

liquidez en el mercado al poner en circulación recursos que de otra manera quedaban inmovilizados en la propiedad inmueble. En eso reside buena parte del carácter “eficiente” de la inversión antes invocado, y la totalidad de su impacto social, económico y laboral. Si bien en las modalidades aquí consideradas probablemente los montos globales no sean demasiado significativos, cuando la mecánica económica trabaja de esa manera asumen ese contenido.

En ese sentido cabe tomar en cuenta que los mismos fondos acumulados en las cajas de pensiones han sido -y siguen siendo- objeto de debate al respecto en distintas ocasiones y latitudes, debates que oponen a los que pregonan su intangibilidad y los que reclaman ponerlos a producir. En América Latina -y luego en Europa-, uno de los argumentos principales que se sostienen para promover los sistemas de pensiones basados en la capitalización personal entregada en administración a empresas financieras privadas -vinculadas a bancos y compañías de seguros- encargadas de incrementarla haciendo “trabajar” los fondos en la producción de una renta, es el de la ingente masa dineraria que sería reinvertida en la producción con efectos virtuosos para el crecimiento general de la economía.

Los efectos de la aplicación concreta de esas propuestas no fueron los esperados -a nivel de la inversión productiva tanto como en relación a los montos resultantes de las pensiones- y son varios los países que tras lanzarse por ese camino vuelven hoy a los sistemas llamados “de reparto”. Así y todo, este tipo de argumentos se mantiene como central en la retórica neoliberal.

Sin embargo, la inyección de esos fondos en el mercado puede no resultar significativa a nivel del crecimiento -e incluso también puede ser desviada hacia otros objetivos- sin que por ello contar en vida con la liquidez correspondiente deje de ser para los ancianos un recurso atractivo.

Pero en la medida en que los sistemas que nos proponemos analizar componen mecanismos financieros concebidos para generar un complemento de ingresos que permita mejorar sus condiciones de vida a aquellos pensionados que perciben bajas retribuciones del sistema público y no cuentan con grandes recursos propios, esas modalidades de contrato, además de las respuestas particulares que puedan ofrecer -más o menos satisfactorias en cada caso concreto según cada balance personal entre los costos económicos y los beneficios existenciales esperados-, modifican en su conjunto la ecuación por la cual se establecen los montos de las pensiones y los aportes a la Seguridad Social en general.

De tal manera, la movilización de recursos privados que propician los nuevos institutos es un instrumento que tiene como efecto secundario el mantener deprimidas las pensiones y las contribuciones y servicios que dependen de la Seguridad Social: del total de los recursos necesarios para una sobrevivencia aceptable de los ancianos y dependientes, una mayor proporción recae sobre sus propias espaldas y las de sus allegados directos. Eso permite reducir la parte aportada por la sociedad en general -el sistema público de Seguridad Social- a través del esfuerzo contributivo diferencial que reclama un mayor esfuerzo de los que están en condiciones económicas de hacerlo para paliar las desigualdades e injusticias sociales y compensar la falta de oportunidades que impide a ciertos sectores acumular durante su vida activa medios suficientes para subvenir a sus necesidades futuras.

La reasignación de recursos a través de los mecanismos de redistribución secundaria resulta así parcialmente reemplazada por el descongelamiento de esos fondos particulares acumulados bajo forma de propiedad por los mismos ancianos y dependientes. Como consecuencia directa de la inyección de nuevos fondos generados en los bienes de los propios interesados, el complemento de ingresos prometido en su conjunto por

la operación termina presionando en dirección a producir una baja de las pensiones, por lo que el resultado final para cada uno de los contratantes que aportan sus bienes con este propósito puede ser menor al esperado -lo es sin duda en el global-, ya que parte de la mejora ofrecida es devorada por una disminución de las prestaciones públicas. El saldo individual seguramente será aún así positivo, pero quizá no en su medida plena.

En la existencia de toda sociedad, el destino de los viejos e impedidos de distinto grado se presenta a un tiempo como esencial y como problemático. Esencial por su contenido, que involucra nada menos que su vida, y problemático a dos puntas: por un lado porque al no participar de la producción ya no producen para su sustento, lo que los obliga a vivir del trabajo social acumulado, tanto el que hayan podido reunir personalmente durante su vida activa como el realizado por otros. En cualquier caso y de un modo u otro, los ancianos y enfermos -al igual que los niños- deben ser tomados a cargo por la sociedad.

Y problemático también por tratarse de un grupo en crecimiento en buena parte del mundo, a partir del aumento en las expectativas de vida y la baja en la tasa de natalidad que tiñe a la demografía de la mayor parte de los países desarrollados, lo que aumenta la duración y el volumen total de esa dependencia: el producto social destinado a subvenir a sus necesidades va en progresivo aumento, y no hay forma de reducirlo: sólo la muerte o la pauperización -ambas humana y socialmente inaceptables en condiciones en que la producción de bienes ha aumentado muy por encima de las necesidades- le pueden poner límites.

Es evidente que el problema se agudiza a medida que se baja en la escala que se mide con los ingresos: los sectores desposeídos, los que no han conseguido acumular durante su vida activa recursos suficientes para asegurarse en la ancianidad -o en el paro, sea dicho al pasar- las condiciones

de vida que consideran merecidas (o simplemente tolerables) de acuerdo a sus esfuerzos y aspiraciones, afrontan el problema de la enfermedad, de la incapacidad -física o laboral, funcional o jurídica- y de la vejez desde una posición de extrema vulnerabilidad. Pero el problema no solamente afecta a los más pobres: todo anciano se enfrenta a la situación de que los montos globales para su manutención aumentan junto con su esperanza de vida, y a veces más allá de sus posibilidades. reales

La economía actual -especialmente en tiempos de dura crisis como los que corren- tiende a acentuar el carácter regresivo de la distribución primaria: a aumentar la porción del producto social de la que se apropia el capital en desmedro de la que retribuye el trabajo, mientras se achica también el gasto social -la distribución secundaria- al mínimo compatible con una relativa paz social, paz mantenida en base a la gestión asistencial del conflicto y su represión por la fuerza cuando desborda de sus cauces “normales”.

Desde esta perspectiva, el sistema de pensiones de jubilación, que encierra en buena medida el porvenir de la población -la sobrevivencia de los seres humanos “después del trabajo”- también resulta asimilado a una mercancía, como si pudiera ser colocado en una red de intercambios económicos regidos por criterios de equivalencia. No en vano una de las primeras medidas con las que se intenta enfrentar la crisis económica consiste en limitar -e incluso cerrar- servicios sociales para discapacitados y mayores, y se busca en primer término modificar el sistema jubilatorio, exigiendo más condiciones y recortando las prestaciones a los aspirantes a la jubilación. Todo eso en condiciones generales en las cuales la productividad del trabajo ha aumentado muy por encima de los requerimientos. Pero a través de la distribución primaria esos excedentes han quedado en manos de las entidades financieras y en los hechos no han sido ajenos al crecimiento de la burbuja especulativa.

Hipoteca inversa y renta vitalicia navegan por estas aguas. A nivel

general tiran las pensiones de jubilación hacia abajo, no porque ese sea uno de sus objetivos, sino como una de sus consecuencias inevitables en las condiciones en que se desarrolla la economía. A nivel personal -en el “sálvese quien pueda” al que convoca la ideología neoliberal- ofrecen puertas de salida individuales. Puertas con peaje, pero que abren sobre la vida. Toda mercancía tiene precio, y también la existencia lo tiene cuando todo se mira a través del prisma del mercado. Pero hay más que negocio en ella, y de lo que se trata es de aprovecharla. El balance entre costos y beneficios habla de la propia vida y es por lo tanto personal.

En estas condiciones -como hemos analizado en páginas precedentes- mayores y dependientes se encuentran en una situación relativamente más precaria que los demás ciudadanos, y requieren por lo tanto más que nunca del sostén de las políticas públicas y del resguardo jurídico de sus derechos personales y patrimoniales. Los ancianos gozan de autonomía -al menos en tanto no se le sume a la edad la disminución de sus capacidades físicas o sus facultades intelectuales- y se ven ante la situación de poder -o necesitar- echar mano de los nuevos recursos jurídicos que le permitan sacar partido del capital inmovilizado en sus viviendas. Los dependientes a menudo se encuentran privados de decidir al respecto. La Ley de Dependencia intenta poner orden en ese aspecto. En la medida en que sus derechos -su autonomía- sean respetados y resguardados podrá verificarse el proyecto de que hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de los países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de vida de una persona mayor.

En el siguiente capítulo pasaremos a ver las ventajas, que tiene el uso de los nuevos institutos jurídicos de derecho privado para proteger a la población dependiente y a los mayores, ya que en la mayoría de los casos la financiación

pública no es suficiente y estos instrumentos son necesarios, para ello nos centraremos en la hipoteca inversa e incorporar el seguro de dependencia y los sistemas de renta vitalicia -como instrumentos específicamente orientados a movilizar la propiedad de los mayores y las personas dependientes para mejorar sus ingresos propios, veremos algunos aspectos generales relativos a los cambios introducidos a tal efecto en el régimen hipotecario por la Ley 41/2007.

2. LA HIPOTECA INVERSA

2. 1. CONCEPTO Y CARACTERES

En primer lugar vamos a ocuparnos de la hipoteca inversa, por ser novedad en nuestro ordenamiento jurídico, se trata de uno de los nuevos institutos regulados por la Ley 41/2007 en función de lograr una mejora en los ingresos de las personas mayores y de enfrentar así, en última instancia, el problema que para los sistemas de jubilación representa el número creciente de ancianos y la prolongación del período de supervivencia, factores que ponen en crisis los recursos previsionales. La existencia de una vivienda en propiedad que se pueda convertir en dinero líquido y que pueda suplir las necesidades de los ancianos o dependientes hace que este producto sea muy atractivo para que estos colectivos puedan vivir atendidos y con calidad de vida.

En los hechos, como bien lo señalan entre otros HERRÁN GONZÁLEZ¹⁹² y ANGUITA RÍOS¹⁹³, las alternativas de interés para utilizar la vivienda propia como elemento generador de renta son unas cuantas, incluyendo al simple alquiler de habitaciones libres y las distintas situaciones de convivencia que permiten destinar las viviendas a obtener un ingreso, ya sean en base a circunstancias de índole familiar e informal -como las que representan los acogimientos familiares- o a articulaciones más institucionales como por ejemplo las situaciones convivenciales de ayuda mutua del tipo de las promovidas en Cataluña por la Ley 19/1998 de 28

¹⁹² HERRÁN GONZÁLEZ, *Hipoteca inversa y figuras afines*, Madrid, Portal mayores, Informes Portal Mayores, 49, 2006, pp. 8-14.

¹⁹³ ANGUITA RÍOS, *La hipoteca inversa y la transformación de los activos inmobiliarios en rentas*, El Consultor Inmobiliario, nº 83, 2007, pp. 3-6.

de diciembre¹⁹⁴.

En el caso de la hipoteca inversa, la Ley¹⁹⁵ define explícitamente que el objetivo general que se buscó al establecer este tipo de hipotecas -así se lo fundamentó, y sin duda en esos términos debe ser evaluado- es de orden social. Las explícitas expresiones en ese sentido del Preámbulo de la ley permiten a ANGUITA¹⁹⁶ a sostener que se trata de un producto “*cuya filosofía es la asistencial y no la especulativa*”.

Es en ese sentido que la denominada hipoteca inversa se postula como uno de los medios que tienen los propietarios de viviendas ya pagadas para transformar el valor líquido acumulado de las mismas en dinero efectivo. De tal manera los propietarios pueden complementar sus ingresos recibiendo pagos en dinero fresco durante un plazo -determinado o no-, bajo la forma de sumas periódicas que el prestamista se obliga a entregar en tiempo y forma convenidos hasta cubrir un valor máximo determinado, asegurándose el acreedor la restitución de lo prestado -con sus intereses y demás conceptos devengados- en base a la correspondiente garantía hipotecaria, calculada sobre la base del valor estimado del inmueble en el momento en que proceda la devolución de los montos entregados. Siempre teniendo en cuenta que la hipoteca inversa además de ser un medio de ayuda para los propietarios, es puramente comercial, al entender que el deudor percibe prestaciones en una aparente inversión de las posiciones contractuales ordinarias, pues el deudor cobra, en lugar de pagar y además, la devolución se retrasa hasta la muerte del prestatario o del beneficiario¹⁹⁷.

En América una frase muy común para definir a las personas mayores, que

¹⁹⁴ Vigente hasta el 1 de enero de 2011.

¹⁹⁵ Ya que ni el Código Civil ni la Ley Hipotecaria dan una definición de la hipoteca, cuanto menos de la hipoteca inversa. Pues los artículos 1876 del CC y el 104 de la Ley Hipotecaria sólo hablan del aspecto negativo respecto a la afección de bienes y la accesoriedad.

¹⁹⁶ ANGUITA RÍOS, op. cit.

¹⁹⁷ RAMOS CHAPARRO, *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca.*

podríamos aplicar también a nuestros mayores, sería *house rich an cash poor*, que se podría traducir como que son propietarios de inmuebles bien valorados pero no disponen de mucho dinero en efectivo, la cual refleja bastante bien la situación de este grupo de demográfico, como vemos en el siguiente gráfico, la franja de edad donde las personas tienen un mayor nivel adquisitivo es entre los 45 y 64, y después se experimenta un descenso de los ingresos, aunque no demasiado significativo, es a partir de los 65 años cuando las personas empiezan a tener posiblemente más gastos para cubrir sus necesidades.

Renta anual neta media por persona y unidad de consumo, según edad. 2010 (euros)		
	Renta media por persona	Renta media por unidad de consumo
Varones	9.537,0	14.446,0
Menores de 16	7.544,0	13.581,0
De 16 a 29	9.260,0	14.033,0
De 30 a 44	10.179,0	15.262,0
De 45 a 64	10.233,0	15.126,0
De 65 y más	9.767,0	13.256,0
Mujeres	9.359,0	14.062,0
Menores de 16	7.278,0	13.032,0
De 16 a 29	9.039,0	13.782,0
De 30 a 44	9.559,0	14.878,0

De 45 a 64	10.497,0	15.323,0
De 65 y más	9.520,0	12.367,0 ¹⁹⁸

Con la frase anteriormente mencionada lo que quiero decir es que aunque las personas mayores tienen un capital importante hablando económicamente, por lo que en teoría deberían tener los posibles gastos que le pudieran surgir cubiertos, pero no tiene liquidez. El problema es que la mayoría de ese capital no está disponible, ya que la mayoría de las rentas o ahorros que han obtenido a lo largo de su vida, lo han invertido en la vivienda familiar¹⁹⁹. Por lo que no pueden disponer de ese dinero sino es a través de la venta del inmueble. La encuesta realizada por el IMSERSO a las personas mayores en 2010, señala que el 87'3% prefiere vivir en su casa, aunque sea solos²⁰⁰, probablemente debido a factores en su mayoría psicológicas como no querer cambiar del entorno que le es familiar y esta lleno de recuerdos, y le puede crear inquietud el vender la casa para trasladarse a otro sitio bien de alquiler o a una residencia, donde nunca saben si van a tener suficiente dinero para pagar el alquiler hasta su muerte o si van a poder hacer frente a subidas del nivel de vida o gastos extraordinarios.

Por lo que una buena opción para este grupo de personas es realizar una hipoteca inversa sobre la vivienda de la que no quieren desprenderse y así poder seguir viviendo en un entorno familiar y conocido por ellos. No sólo no se desprenden de la vivienda, sino que además al realizar la hipoteca inversa sobre

¹⁹⁸ Fuente: Encuesta de Condiciones de Vida 2011. INE. Disponible en: http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925432454&p=125473511067_2&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m3=1259924822888

¹⁹⁹ Un estudio de 2010 del IMSERSO, sobre una encuesta realizada a personas mayores durante ese año, señala que un 83% de las personas mayores son propietarios de sus viviendas. Disponible en http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/presentacionencuestamayores_20.pdf p.22.

²⁰⁰ El estudio también señala, que un 65% de la población española piensa de la misma manera.

su casa conseguirán una renta extra mensual o según pacten con la entidad bancaria, para los eventuales gastos que les puedan surgir o futuras necesidades como ayuda en casa o posibles reforma de la misma, para adaptarla a sus necesidades, como por ejemplo el cambio de bañera a una ducha adaptada a sus necesidades, o de personas dependientes que tengan una movilidad reducida. Y a diferencia de las hipotecas ordinarias donde reciben un monto y tienen que hacer pagos periódicos mensuales, aquí son ellos los que reciben los pagos en lugar de tenerlos que realizar.

Queda clara la diferencia entre la hipoteca inversa y la común. En las hipotecas ordinarias -de amortización- el deudor -hipotecante- obtiene un capital inicial, concedido generalmente para la adquisición de la vivienda que se hipoteca, con lo que el valor líquido del inmueble queda inicialmente reducido en la cuantía de la deuda. Luego, en la medida en se vaya amortizando el préstamo -y por tanto disminuya la deuda-, el propietario irá recuperando el valor total de la finca, al que se le sumará el de las posibles revalorizaciones o aumentos de valor que se generen durante el periodo de amortización del préstamo.

En cambio en la hipoteca inversa -o de endeudamiento- ocurre lo contrario: el prestamista proporciona cantidades de dinero al propietario de un bien inmueble ya pagado, cantidades que se acumulan junto con los intereses correspondiente y van reduciendo el valor líquido del inmueble a medida que pasa el tiempo. De tal modo, si el inmueble no se revaloriza como previsto, la deuda podría llegar incluso a superponerse al valor de mercado de la finca.

Tanto la hipoteca convencional como la inversa son derechos reales y puede tener efectos frente a terceros. Ambas deben de inscribirse en el Registro de la Propiedad, ya que se trata de una inscripción constitutiva²⁰¹. Además, si se extingue la hipoteca inversa, sólo produce efecto entre las partes si no figura

²⁰¹ En virtud del artículo 1875 del Código Civil.

cancelada su inscripción. Por tanto, para que la extinción de la hipoteca inversa produzca efectos frente a terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral debe cancelarse su inscripción²⁰².

En el apartado 1 de la Disposición Adicional de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre define la hipoteca inversa como “el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante” y en los diferentes apartados de la Disposición Adicional se refiere a ella tanto en términos de préstamo como de crédito²⁰³. Por los que habrá que concretar por medio de qué contrato se realiza la hipoteca inversa. Desde mi punto de vista, sería más correcto usar el de préstamo, ya que sería un préstamo con garantía hipotecaria, a interés fijo, con la vivienda como garantía.

En la hipoteca inversa, los créditos recibidos tienen como garantía el valor final del inmueble, y así, la determinación de la cuantía del crédito máximo a conceder se realiza sobre la base de dos parámetros: el valor *inicial de tasación* del inmueble y el valor que pueda llegar a alcanzar por su *revalorización al tiempo del vencimiento* del crédito. Lo que complica la evaluación es que el término de vencimiento es siempre aleatorio: se establece en base a la fecha de fallecimiento del último de los acreditados. En ese sentido, si la evolución de las tasas y la revalorización del inmueble no siguen las pautas previstas, bien puede suceder que la cantidad total adeudada supere el valor en venta del inmueble a la fecha de vencimiento. Es por ello que en algunas hipotecas inversas se contrata un seguro que cubre la diferencia entre el valor en venta de la finca y la cantidad final adeudada, caso en el cual la prima del seguro se incluye como uno de los gastos y se paga con cargo al crédito concedido²⁰⁴. Y no podrá exigirse una compensación

²⁰² Cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *La hipoteca inversa, una alternativa en tiempos de crisis*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 54.

²⁰³ Como los apartados 1.b), 5 y 6.

²⁰⁴ Ese es sistema seguido por las hipotecas inversas aseguradas en EE.UU. (HECM), en las que el seguro cubre el riesgo de minusvaloración del inmueble en relación a la deuda acumulada y

por cancelación de la hipoteca inversa por muerte del deudor o del último de los beneficiarios, ya que no estamos ante un vencimiento anticipado de la obligación²⁰⁵

En cualquier caso, el factor más importante de la hipoteca inversa es la tasación del inmueble. Establece el punto de partida, el valor base a partir del cual se calcula el crédito total a conceder, pues el valor de cambio del inmueble es su única garantía y en consecuencia, teniendo en cuenta la edad del acreditado -es decir el tiempo de supervivencia estimado, que determina la cantidad de pagos en que se repartirá el monto total del crédito-, se determinará la cuantía de las prestaciones periódicas a recibir. De hecho, el crédito a conceder es calculado por las entidades de crédito como un porcentaje sobre el valor de la tasación actual, pero corregido en base a una estimación de la posible revalorización del inmueble.

Ahora bien, esta evaluación es hipotética, y por lo tanto conlleva algunos riesgos. El prestamista apuesta a lo seguro, y esto pesa tanto sobre la tasación -y por lo tanto sobre el monto porcentual del valor que se acuerde en crédito- como sobre los criterios de cálculo de la revalorización, presionando siempre a la baja. Y lo que interesa al acreditado -y lo que le puede dar su sentido social a la hipoteca inversa- es obviamente que el crédito concedido se acerque lo más posible al valor que alcance el inmueble en el momento del vencimiento.

En la práctica, a consecuencia de la gran trascendencia que tiene en ese tipo de negocios jurídicos la valoración del bien hipotecado, se exige una tasación objetiva, realizada por sociedades de tasación legalmente establecida. La Ley es formal al respecto, y en su capítulo III²⁰⁶ establece para esas sociedades los

también garantiza las percepciones prometidas al prestatario ante una posible insolvencia del Banco acreditante. Las bancarrotas -o, más exactamente, las intervenciones por parte de la FHFA (Agencia Federal de Financiamiento de Vivienda)- de Fannie Mae y Freddie Mac tienen relación directa con situaciones de este tipo.

²⁰⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, op. cit., p. 59.

²⁰⁶ BOE núm 294, pp, 50599-61

requisitos de homologación previa, independencia y secreto, en función evitar abusos y conflictos de intereses, instalando un régimen de sanciones a los diversos tipos de faltas que puede llegar a la pérdida definitiva de la autorización para prestar servicios de tasación y obligando además a las entidades de crédito a

“aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que, sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley”²⁰⁷.

La entidad de crédito podrá fijar libremente las comisiones, siempre que estén dentro de los límites de nuestra legislación, como aquellos que se establecen por el Banco de España o referentes a protección del consumidor. Hay que tener en cuenta que las comisiones tienen que responder a servicios efectivamente prestados por la entidad o a gastos realizados²⁰⁸

Llegado el momento del vencimiento ordinario de la obligación, esto es el fallecimiento del último de los acreditados, procede el reembolso de las cantidades adeudadas por parte de los herederos del hipotecante deudor. Si se trata de herederos determinados, podrán optar por mantener la propiedad de la vivienda - abonando la deuda y cancelando la hipoteca existente con sus propios medios económicos o refinanciando la deuda mediante la constitución de una nueva hipoteca ordinaria de amortización- o proceder a la venta de la vivienda para hacer frente al pago de la deuda del causante. Para posibilitar a los herederos el que puedan ejercitar cualquiera de las opciones citadas es frecuente que en este tipo de hipotecas se acuerde como término de vencimiento de la obligación un determinado plazo a contar desde el fallecimiento. Si los herederos no quisieran pagar la deuda ni vender voluntariamente el inmueble -y también en los supuestos

²⁰⁷

Ibídem. p. 50561

²⁰⁸

Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario, hipotecas*, tomo

en que los herederos sean desconocidos (herencia vacante)- el acreedor procederá a su venta forzosa por los medios correspondientes de ejecución hipotecaria.

Si bien las diferencias de detalle pueden variar entre márgenes relativamente amplios, se pueden destacar las siguientes características comunes a toda hipoteca inversa:

1. Supone la disposición a favor del acreditado de sumas de dinero durante un plazo determinado, generalmente mediante disposiciones periódicas, pagaderas a modo de rentas, acotadas en el tiempo o vitalicias. La acreditación de fondos puede instrumentalizarse en un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, ya sea cerrado o abierto. También es posible la entrega inicial de la totalidad del préstamo o crédito, o sistemas mixtos.

En otros países como en Estados Unidos las entidades de crédito ofrece la posibilidad de disponer de la cantidad total del préstamo al inicio para que por un determinado fin como la mejora de la vivienda o para llevar alguna reparación en la misma²⁰⁹

2. Las entidades de crédito no exigen que el acreditado justifique su solvencia, ya que la única garantía económica será el valor en venta, voluntaria o forzosa, que el inmueble alcance -por la revalorización esperada- al momento de la devolución de las cantidades devengadas.

3. A las persona físicas que solicitan este tipo de créditos se les suele exigir una edad determinada (cercana a la edad de jubilación); sin embargo, esto no tendría por qué ser imprescindible.

VIII, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 166 y ss.

²⁰⁹ MURO VILLALÓN, *La hipoteca inversa*, Congreso de Registradores de la Propiedad de Granada, Granada, octubre de 2006, p. 5.

4. Independientemente de la forma en que se realice la entrega de las cantidades, el crédito -con sus intereses y los demás conceptos generados durante el plazo de percepción- no vence sino hasta el momento del fallecimiento del acreditado o del último de éstos si fueran varios. Consecuentemente, hasta que no se cumple ese término, los prestatarios no se encuentran obligados a realizar ningún pago o amortización.

5. El acreedor asegurará su derecho a devolución mediante la constitución de una hipoteca en garantía de esa obligación pecuniaria, hipoteca que se constituirá sobre la correspondiente finca cuyo valor de cambio ha quedado afectado por el crédito concedido.

Resumiendo, se puede señalar que las dos características más relevantes de las llamadas hipotecas inversas serían:

- △ el aplazamiento de la deuda hasta la fecha de fallecimiento del acreditado o deudor;
- △ que el reembolso de la deuda se apoya exclusivamente en el valor de cambio de la vivienda hipotecada.

Como ya queda dicho, la hipoteca inversa es una variante de la hipoteca. Lo que aparece como aleatorio en esta forma de contrato -la fecha de vencimiento de la hipoteca, atada al momento de la muerte del beneficiario- implica riesgos para el prestamista, riesgos equilibrados por una serie de recaudos que éste se ocupa de tomar. Así, entre los requisitos exigidos por las entidades crediticias para el otorgamiento de estas hipotecas -además de la garantía que representa la hipoteca del inmueble, formalizada en escritura pública- se suele pedir el consentimiento formal de la familia -ya que, a la muerte del beneficiario, será sobre los herederos que termine recayendo la cancelación de la hipoteca-, y fijar una serie de condiciones al traspaso de la propiedad a un tercero.

Pero también es frecuente que los plazos y montos totales a los que el prestador se compromete resulten acotados: el carácter “vitalicio” resulta entonces más hipotético que real: se lo fija en base a un valor estadístico -que puede variar enormemente en el caso concreto- y los pagos se reparten en base al valor estadístico de la expectativa de vida del particular, pero el monto total queda acotado a un tope máximo resultante de los valores que surgen de la tasación del bien y de un estimado de su revalorización hasta el momento esperado de cancelación de la deuda (a partir de la muerte del beneficiario). La índole vitalicia del convenio, así desvirtuada, puede ser rescatada por medio de la contratación de un seguro de sobrevivencia que asuma los “riesgos” de la sobrevivencia y cubra los casos en los que el valor de venta final no alcanzara a cubrir los desembolsos realizados por la entidad financiera. Esto resuelve en principio el “problema” de la longevidad -que va en aumento en el mundo entero-, pero corre en paralelo con el aumento de los costos hipotecarios.

Ese incremento corre por cuenta del beneficiario, pese a que entre los riesgos de incumplimiento también se debiera considerar la eventual insolvencia de la entidad prestamista, posibilidad real y concreta que ha quedado al desnudo en la última crisis internacional y especialmente a partir de la quiebra de la banca *Lehman Brothers* en los EEUU.

El multimillonario “rescate” que ha beneficiado al sistema financiero internacional ofrece una medida precisa de su fragilidad estructural y de los peligros a los que los movimientos especulativos que caracterizan al mundo de las altas finanzas expone a los ahorristas incautos. Los responsables directos de la debacle no solamente han logrado preservar sus posiciones -pocas entidades quebraron y nadie ha dado con sus huesos en la cárcel, a pesar del tendal de víctimas despojadas de sus ahorros y hundidas en la desesperación que dejaron-, y la mayoría de los perpetradores resultó a lo sumo licenciada, pero con una prima millonaria, en atención a lo que insólitamente algunos deben seguir considerando

sus “méritos profesionales”. En todo caso, el incumplimiento del prestamista puede quedar sujeto por contrato a penalidades, incluyendo la eventual pérdida de parte de las sumas desembolsadas, por lo que el riesgo del beneficiario en esas condiciones comportaría en general más incomodidad que perjuicio patrimonial serio. Así y todo, la falta de pago de sumas destinadas a la supervivencia podría llegar a ser grave.

Sea como fuere, la hipoteca inversa es significativamente más onerosa que la ordinaria. De tal modo, las expresiones -poco felices en el mejor de los casos, interesadas en todos ellos, insultantes y descaradas a veces- en el sentido de que sería *indolora*, se muestran en toda su insidia. La idea de que “no requiere de esfuerzos” -como si toda la carga recayera sobre la entidad financiera, sin costos y contraprestaciones por parte del beneficiario- es pura expresión desubicada que parece acusar al tomador de recibir algo por nada o reclamar más de lo que entrega. Resulta totalmente ajena a la lógica económica, al mecanismo financiero que la sostiene y al andamiaje legal que le da forma. El esfuerzo o el dolor no tienen lugar en las operaciones de intercambio.

Con un préstamo hipotecario normal, el solicitante tiene que tener un determinado nivel de ingresos y comenzar a devolver de forma inmediata, mediante pagos mensuales, las cuotas de capital e interés resultantes. Además debe de encontrarse en una edad, cuando se contrata, que permita suponer que dicho nivel de ingresos lo va a tener hasta el vencimiento de la operación.

La hipoteca inversa apunta, en efecto, al intercambio de equivalentes, por imperfecta que sea la equivalencia. Y la imperfección, además, juega siempre en favor de la entidad crediticia. Lo que la distingue de la hipoteca ordinaria no es su “facilidad” -es más onerosa y contiene más condiciones y exigencias que ésta- sino el hecho de que el plazo de exigibilidad -definido por el momento de la muerte del beneficiario- queda -relativamente- abierto. En realidad, el beneficiario, cuando la muerte lo sorprende antes de lo previsto, no llega a recibir la totalidad del monto

prometido de la hipoteca, ya que éste se va integrando de a poco. Quizá en ese sentido debiera asegurarse que ciertos gastos que se le cobran también lo sean en forma progresiva, proporcional al crecimiento de la deuda. En todo caso -y como corresponde-, no se obliga por su parte a devolver más que las sumas que le han sido entregadas, y solo paga intereses sobre lo recibido. A cambio de ello responde con su bien -hipotecado- y si es longevo los intereses siguen corriendo hasta el día de su muerte, así haya agotado con anterioridad los montos establecidos y dejado de percibir dinero del banco.

A modo de simple recordatorio mencionamos la cuestión de la asimetría entre las partes, y lo que implica en cuanto a los riesgos que cada uno asume y a la capacidad relativa de las partes en el momento de negociar condiciones. Todo el mecanismo financiero que sostiene esta forma contractual funciona en base a las pautas habituales para una hipoteca. Hay -en principio y con todas las salvedades del caso- equivalencia entre las obligaciones de uno y otro contratante, solo matizada por el peso relativo de ambos. No es -desde ya- más “fácil” o “indoloro”, pero sus mayores costos no resultan de la introducción en la forma financiera adoptada de un factor ajeno que pudiera acentuar el desequilibrio entre las partes: obedecen a la misma lógica que rige cualquier hipoteca y se justifican por las características particulares de ésta. En todo caso la falta de reciprocidad no forma parte esencial del mecanismo adoptado, y a lo sumo podría corresponder a errores de evaluación de las partes contratantes o a la existencia de fallas en la instrumentación. En cualquier caso puede -y debe- funcionar sin necesidad de que factores extraños inclinen aún más la balanza: ésta ya soporta la carga de la desigualdad “socialmente aceptada”.

La principal diferencia -no por puntual menor en cuanto a sus consecuencias- es la que remite el cumplimiento del contrato a la muerte del contratante o de quien haya sido designado como beneficiario. Ese “detalle” trae sobre la escena de la hipoteca inversa toda una serie de intereses -y de actores-

cuya presencia se hará sentir más allá de los firmantes, con la posibilidad incluso de producir interferencias en el buen desarrollo del proceso. En primer lugar, involucra a los herederos del beneficiario; no en vano se suele requerir de su consentimiento. En la medida en que estos abriguen expectativas sucesorias respecto de los bienes objeto de la hipoteca, se encuentran ante la incómoda -y a veces perturbadora- circunstancia de que la sobrevida de su pariente va reduciendo su patrimonio -lo destruye, lo carcome, lo consume de a poco-, llegando inclusive a amenazar con su completa desaparición, y en algún caso -si una larga sobrevida resultara en una acumulación imprevista de intereses o si la cobertura del seguro fuera inadecuada o imperfecta- quizá incluso podrían enfrentarse a la obligación de tener que cubrir una deuda.

Tampoco ahondaremos en este tema y sus implicaciones afectivas, pese a las disputas -y los espantos- a los que puede abrir paso, penurias y horrores profusamente tratados en la literatura en general y en la policial en particular, presentes en forma casi cotidiana en la crónica policial y desplegados en innumerables ejemplos históricos de conflictos feroces y aún letales. No lo haremos por entender que se trata en general -por frecuentes que puedan ser las tensiones que despiertan las sucesiones y violentos que puedan ser ocasionalmente sus desenlaces- de situaciones relativamente habituales, de conflictos humanos cuyos estallidos y expresiones extremas -salidas de madre-, aunque lamentables y aterradores, de ninguna manera pueden ser atribuidos al mecanismo financiero o a su andamiaje jurídico y expresan en todo caso las pasiones oscuras que se alojan en ciertos rincones del corazón humano. Bástenos saber que al poner a la muerte como protagonista de un contrato -un vínculo formal que acarrea obligaciones entre personas reales: buenas y malas, pícaras y honradas, ávidas y desinteresadas, mansas y violentas, cada cual con sus virtudes y defectos, con sus intereses y afectos particulares- se abre una puerta sobre el alma humana, con todo lo -bueno, malo o más o menos- que ésta contiene.

2. 2. ANTECEDENTES

Es difícil concretar el origen de la “hipoteca inversa”, existieron negocios con ciertas similitudes en ordenamientos jurídicos y lugares muy diversos. En España la figura más parecida que encontramos en nuestra tradición jurídica es la denominada “renta vitalicia”. A estas alternativas se les puede añadir además las diferentes posibilidades que ofrece el hecho de constituir un usufructo sobre el inmueble²¹⁰, así como las donaciones modales, las llamadas hipotecas de pensión, los contratos de alimentos²¹¹, los contratos aleatorios de renta vitalicia²¹², la vivienda pensión o el censo reservativo²¹³. De distintas maneras y con distintos mecanismos, todas ellas pueden permitir a los ancianos -y lo mismo vale para las personas aquejadas de algún tipo de dependencia- obtener una renta de los bienes inmuebles de los que son titulares.

España es probablemente el país de Europa en el que más alto porcentaje de su población es propietaria de su vivienda. Durante la mayor parte de su vida activa, estos españoles han ido convirtiendo de una forma periódica parte de sus disponibilidades efectivas, mediante la amortización de un préstamo hipotecario, en la consecución de este bien duradero, que como norma general ha sido la vivienda habitual.

Con la hipoteca inversa, la operación es exactamente al revés. Es decir, que el acreditado se asegura un determinado nivel de ingresos en base al valor de la vivienda durante el tiempo que le reste de vida, y de forma que, la suma de las cantidades dispuestas más los intereses periódicamente capitalizados y otros gastos previstos al contratar la operación, equivalga como máximo al 80% del

²¹⁰ MÉLICH SALAZAR, *El usufructo y la nuda propiedad*, disponible en <http://www.robertexto.com/archivo12/usufructo.htm>

²¹¹ Artículos 1791 a 1797 CC, introducidos por Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

²¹² Artículos 1802 a 1808 CC

valor de la vivienda en la fecha de la contratación. En este tipo de operaciones lo que prima es el valor estimado de la propia garantía y no el nivel de ingresos del solicitante.

Esta figura está hecha a medida para los clientes de avanzada edad²¹⁴ y/o dependientes. Debido a que son individuos que normalmente tienen unos ingresos fijos mensuales y unos años después de su jubilación, su poder adquisitivo se habrá deteriorado considerablemente, y en numerosas ocasiones necesitan ingresos adicionales bien sea porque sus gastos se ven incrementados o porque se puedan encontrar en una situación de necesidad, debido a una emergencia, y no puedan cubrir sus gastos su pensión. Este grupo de personas debido a su situación personal, normalmente, sobre todo en los casos de las personas mayores, no pueden tener acceso a los préstamos hipotecarios normales o a líneas de crédito²¹⁵. Por lo que con la hipoteca inversa los estos deudores hipotecarios no necesitan pagar cuotas mensuales al banco y normalmente le cuesta bastante poco obtener una. También hay que tener en cuenta que es un producto bastante atractivo para la gente mayor o dependientes, que desean seguir viviendo en sus casas el resto de su vida, y la idea de trasladarse a otro lugar o una residencia, les parece inaceptable y en muchos casos les podría causar trastornos tanto afectivos como psicológicos.

La hipoteca inversa se basa, en la existencia de un gran número de propietarios inmuebles entre los ancianos y dependientes y en la eventual posibilidad de que puedan sacar partido de ellos para mejorar sus condiciones de vida. El primer punto a esclarecer es entonces el que hace a las condiciones y fundamentos jurídicos de esa propiedad, a los vínculos que la atan, funcional y legalmente, a los sujetos a los que apuntan las leyes en estudio. Todo ello nos

²¹³ Artículo 1607 del CC.

²¹⁴ Mayores de 65 años.

²¹⁵ SCHOLEN, *National Center for Home Equity Conversion*, Marketing Reverse Mortgages

permitirá ir precisando los conceptos y mecanismos que sustentan a la hipoteca hasta llegar a la hipoteca inversa y al lugar y la función que cabe otorgarle a los bienes de ancianos y dependientes en la contratación de seguros de dependencia y sistemas de renta vitalicia.

La hipoteca se caracteriza por ser un derecho de garantía de carácter accesorio, de realización del valor, de constitución registral, que recae sobre bienes inmuebles o Derechos Reales enajenables con arreglo a las leyes impuestas sobre estos bienes, según se deduce del art. 1879 de nuestro Código Civil.

Es importante destacar la preeminencia que han adquirido en los últimos años los derechos reales de garantía, en primer lugar la hipoteca, que ha sido además materia de abultada legislación, doctrina y jurisprudencia, multiplicando variantes, condiciones y posibilidades.

Teniendo en consideración el artículo 1876 del ordenamiento y el artículo 104 de la Ley Hipotecaria podríamos decir que la hipoteca es un derecho real limitado, de carácter registral, que se utiliza para garantizar el cumplimiento de una obligación fundamentalmente sobre los bienes inmuebles, los cuales continúan en poder de su dueño. En caso de incumplimiento de las obligaciones, la hipoteca permite al acreedor obtener la satisfacción de su crédito con el importe que se obtenga de la realización del bien hipotecado.

Pero en rigor de verdad, y siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS²¹⁶, el carácter real de la hipoteca en nuestro derecho no puede ser discutido ya que ésta atribuye a su titular una inmediata potestad sobre la cosa determinada, ejercitable *erga omnes* y originando una acción que puede ser hecha efectiva contra cualquier tercero adquirente de los bienes hipotecados. La hipoteca representa

12, 1993, p. 6.

así un verdadero derecho real, adherido al crédito de la obligación y que sigue a la cosa siempre, cualesquiera sean las manos por las que pase²¹⁷.

La Ley 41/2007 introduce en nuestro ordenamiento jurídico tres nuevos tipos de hipotecas, la hipoteca flotante, la recargable y la hipoteca inversa, esta última centra nuestro estudio. Ya que se ve como una posibilidad para los mayores de 65 años y los dependientes de cubrir sus necesidades utilizando esta figura de reciente creación en nuestro ordenamiento jurídico, pero utilizado desde hace décadas en los países anglosajones. La gran novedad de la hipoteca inversa respecto a la hipoteca convencional es que por primera vez, el deudor recibirá dinero del acreedor en lugar de pagarle.

Esta Ley ha sido recientemente modificada por la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, de 14 de mayo de 2013²¹⁸, que establece modificaciones respecto a las personas que pueden acogerse a la modalidad de la hipoteca inversa, fijando como posibles beneficiarios de estos préstamos a los mayores de 65 años y a los que padezcan un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

En la década de los 30 aparecen en Reino Unido negocios similares a las hipotecas inversas (home-equity reversion), las hipotecas inversas o vitalicias tal y como las tenemos conceptuadas hoy en día, no aparecen hasta 1965. En este país existen más de una veintena de entidades que ofrecen este tipo de operaciones, si bien, son dos entidades de crédito las que cubren prácticamente la totalidad del mercado, realizando el 90% de las mismas formalizándose solo en el 2004, 26.000 nuevas operaciones²¹⁹.

²¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, Editorial Reus. Madrid, 1977.

²¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, *Derechos Reales y Derechos de las Obligaciones -Doctrina General-* Sexta Edición. Reus Instituto Editorial, T. II. Madrid, 1943, pags. 3-4.

²¹⁸ BOE núm.116, de 15 de mayo de 2013.

²¹⁹ HERRANZ GONZÁLEZ, *Hipoteca Inversa y figuras afines*. Madrid, 2006, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, nº 49. Consulta: mayo 2012

En el caso americano, el desarrollo de estas operaciones ha sido mucho más tardío que en el caso de Reino Unido, su desarrollo se remonta a 1989, pero no es hasta 1996, cuando se hizo una hipoteca inversa sobre un nuevo programa específico sobre préstamos²²⁰, aunque hasta estos últimos años no se han celebrado un número significativo de operaciones. Se calcula que a lo largo de 2005 se han celebrado cerca de 40.000 operaciones (lo que significa un porcentaje de negocio todavía muy inferior al de Reino Unido)²²¹, en 2009 fue el año que más hipotecas inversas se celebraron mediante el programa federal *Home Equity Conversion Mortgage*, el número ascendió a 115.000 hipotecas, aunque en los últimos años ha bajado el número de las mismas durante tres años consecutivos, habiéndose realizado solamente al final del año fiscal de 2012 (en Estados Unidos se acaba el 30 de septiembre) 54.591²²².

Probablemente el lento desarrollo de la hipoteca inversa en Estados Unidos se deba a varios factores tales como que históricamente no era muy bien aceptado ni por las entidades de crédito ni por los solicitantes. Debido a factores como el desconocimiento de la figura por su novedad y también por la complejidad de este tipo de hipotecas; la falta de expertos en este campo; la complejidad del cálculo del coste total; la intimidación psicológica de los prestatarios sobre pedir un préstamo sobre su casa en la última etapa de su vida; y la reticencia por parte de las entidades financieras a usar este nuevo instrumento financiero²²³. Debido probablemente a la falta de conocimiento de los profesionales, tanto agente

<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf>

²²⁰ SAWYER, *Reverse mortgage: an innovative tool for elder law attorneys*, Stetson Law Review, Vol. XXVI, 1996, p. 617.

²²¹ *Ibidem*.

²²² MILLER, *Federal clampdown looming on reverse mortgages*, <http://www.reuters.com/article/2012/12/05/us-column-miller-reversemortgage-idUSBRE8B40TP20121205>. Consultado a 13 de abril de 2013.

²²³ SAWYER, *Reverse Mortgages: An Innovative tool for elder law attorneys*, op. cit., pp.622-623.

financieros como abogados en este campo²²⁴. Ya que si los profesionales, en especial los abogados, hubieran tenido una formación adecuada sobre las ventajas que las personas mayores y dependientes pueden tener contratando esta figura, y le hubieran podido explicar a sus clientes cuales son las ventajas sobre la misma, posiblemente hubieran estado más receptivos a la hora de contratarla, por los menos en los primeros años de su creación. Según SCHOLEN, se debería de haber recharacterizado como una manera de tener dinero en efectivo, como si fuera un nido, pero sin la posibilidad de perder la vivienda, y esto tal vez hubiera ayudado a los clientes de avanzada edad a ser más receptivos con el concepto de la hipoteca inversa²²⁵.

Y la última barrera con la que se encontraban las personas mayores o dependientes y no tenía mucho éxito esta figura en los Estados Unidos, es que las entidades financieras, se han ido introduciendo muy lentamente en este sistema de préstamos, sobre todo antes de que existiera el *Home Equity Conversion Mortgage (HECM)*²²⁶.

El sistema americano está dominado por el programa federal *Home Equity Conversion Mortgage* (es decir, Hipoteca de Conversión del valor acumulado), que representa un 90% de las hipotecas inversas que se gestionan en el país, su función es asegurarse que las personas mayores entiendan lo que están firmando, y sepan a lo que se comprometen mediante la hipoteca inversa, y exigen unos requisitos para su concesión.

²²⁴ Cfr. SCHOLEN, *National Center for Home Equity Conversion Mortgage*, op. cit., p 19.

²²⁵ SCHOLEN, *National Center for Home Equity Conversion Mortgage*, op. cit., p 316.

²²⁶ HAMMOND, *Reverse Mortgage: A financial Planning Device for the Eldery*, The John Marshall Institutional Repository, 1. Elder L.J. 75, 1993, p.88

El HECM fue reformado en 1987²²⁷, el propósito de esta reforma se debía

a:

1. Ver las necesidades de los propietarios de las casas, que ya estaban en una edad avanzada²²⁸ de su vida y que éstas pudieran ser cubiertas mediante la hipoteca inversa y garantizadas gubernamentalmente.
2. Animar a las entidades financieras a ofrecer y potenciar la hipoteca inversa.
3. Ayudar a valorar y estimar la necesidad y demanda de las hipotecas inversas entre las personas mayores²²⁹.

Uno de los motivos de que el HECM tenga prácticamente la totalidad del mercado, es que suelen dar más dinero a los beneficiarios y suelen ser más flexibles que otras entidades. Generalmente antes que se acepte una hipoteca inversa, el HECM debe reunir cuatro requisitos:

1. El propietario de la casa, o al menos el más joven de los dueños de la casa, debe tener al menos sesenta y dos años, cuando se mande la solicitud al *Federal Housing Administration (FHA)*²³⁰.

²²⁷ El HECM fue creado por el Congreso de los Estados Unidos por el 255(K) del *National Housing Act*, y reformado por el 417 del *Housing and Community Development Act* de 1987.

²²⁸ En Estados Unidos, se puede solicitar una hipoteca inversa a partir de los 62 años.

²²⁹ EDELSTEIN, *Attorney's Guide to Home Equity Conversion* 35, Septiembre 1992, p. 5.

²³⁰ *Administración Federal de la Vivienda*. El FHA asegura créditos o hipotecas, aprobado bajo su programa federal de préstamos. El FHA asegura los préstamos y ayuda. Históricamente ha ayudado a americanos a que puedan pedir créditos para comprarse sus casas, que de otra manera no hubiera sido posible. El programa surgió durante la Gran Depresión de los años 30. La FHA actualmente ayuda a las personas que no pueden pedir un crédito hipotecario ordinario o que no están cualificadas por el *Private Mortgage Insurance (PMI)*. El programa ha sufrido algunas modificaciones debido a la recesión actual de los Estados Unidos. Cfr http://en.wikipedia.org/wiki/FHA_insured_loan consultado el 15 de marzo de 2013.

2. La vivienda sobre la que recaerá la hipoteca inversa debe de ser la vivienda familiar. Casas móviles, duplex, triplex, unidades en cooperativa, no entrarán dentro de los criterios del HECM. Un piso dentro de un condominio, ocupado por una sola familia, si se considerará dentro de las propiedades que pueden beneficiarse del HECM, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para las propiedades en condominio.
3. Cualquier tipo de préstamo o hipoteca que recaiga sobre la vivienda objeto de la hipoteca inversa, deberá ser de una cantidad suficientemente pequeña para que pueda ser pagado y cancelado con la cantidad inicial que entrega el HECM.
4. La vivienda deberá tener el mínimo de requisitos exigidos por el HUD²³¹ para las viviendas estándares²³². No obstante la reparaciones necesarias para cumplir con ese mínimo exigible podrá ser financiado por el préstamo recibido.

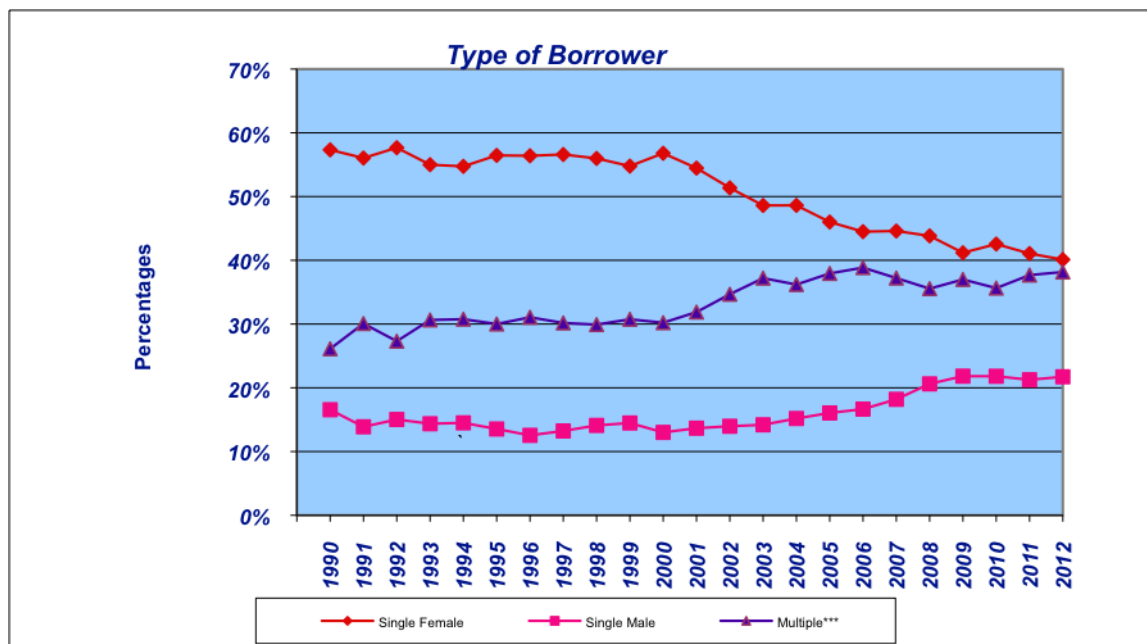
Después de ver todos los requisitos exigidos por el HECM para conceder una hipoteca inversa, el perfil de los mayores que tienen una hipoteca inversa en América es el siguiente:

- En 1990 el 57'3% de las personas que tenían una hipoteca inversa durante los años noventa eran mujeres que viven solas. Pero en los últimos años ha incrementado el número en que los solicitantes o beneficiarios eran más de

²³¹ Department of Housing and Urban Development.

²³² Establecido en el HUD's HANDBOOK N. 4905.1, de 1994, que ha sido recientemente reformado en algunos puntos por el N. 4910.1, de 2003. Donde se establecen los materiales que se consideran correctos para que se considere una construcción estandar y los productos o materiales no aceptables para estas construcciones. http://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/housing/rmra/mps/mpshome ; consultado

una persona, independientemente del sexo que tuvieran. En el último año fiscal americano, las mujeres que son únicas beneficiarias tienen un 40'1% de las hipotecas inversas que se realizan a través del HECM. Mientras que los beneficiarios múltiples han subido al 38'2%; y los hombres como únicos beneficiarios tienen un 21'7% de las mismas.



233

- La edad media del solicitantes vemos que a principio de los años noventa la media era de unos 76 años, y que ha ido bajando progresivamente hasta llegar en 21012 a los 71'9 años de media.

el 2 abril de 2013.

233

◆ Mujeres que viven solas, ◆ Hombres que viven solos, ◆ Los beneficiarios son más de una persona. Datos de 30 de septiembre de 2012.
http://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/housing/rmra/oe/rpts/hecm/hecmmenu

- Y el valor medio de la vivienda sobre la que se realiza la hipoteca vemos que se ha incrementado desde los 108.717 dólares que tenía de media el valor de la vivienda en 1990 hasta los 251.953 dólares²³⁴

Año Fiscal (1 Oct a 30 Sep)	Número de Hipotecas Inversas Realizadas por el HECM	Valor medio de la vivienda en Dólares	Media del máximo de dinero concedido	Edad media del beneficiario de la hipoteca
1990	157	\$108.717	\$84.208	76,7
1991	389	126.415	97.483	76,5
1992	1.019	124.668	97.416	76,6
1993	1.964	119.658	97.901	75,7
1994	3.365	124.944	103.808	75,2
1995	4.166	124.832	105.368	76,0
1996	3.596	117.161	103.335	75,9
1997	5.207	117.499	105.203	75,9
1998	7.895	118.656	107.019	75,7
1999	7.923	131.914	117.789	75,3
2000	6.637	141.670	124.617	76,0
2001	7.789	167.142	140.595	75,5
2002	13.048	177.978	151.336	75,1
2003	18.084	197.553	165.922	74,3
2004	37.790	219.435	182.199	74,3
2005	43.082	254.864	206.041	73,8
2006	76.280	289.660	235.616	73,8

²³⁴

Llegando en 2006 a tener su valor medio máximo con 289.660 dólares.

2007	107.367	261.939	229.332	73,5
2008	112.013	239.337	216.407	73,1
2009	114.639	283.304	263.095	72,9
2010	78.758	279.880	266.314	72,9
2011	73.093	261.454	249.103	72,2
2012	54.676	251.953	239.822	71,9²³⁵

Por lo que menos que el perfil de los beneficiarios de este tipo de hipotecas a través del HECM, ha ido cambiando en los los últimos 20 años, donde podemos observar que la media ha bajado, probablemente debido a factores como que aumentan los gastos de este grupo de personas con menor edad, o que se deciden antes a pedir este tipo de hipotecas para complementar sus ingresos y estar mejor atendidos y mejorar su calidad de vida.

También podemos observar que el prototipo de solicitantes en los últimos años ha cambiado ligeramente y ha pasado a ser una persona que tiene algo más ingresos, o que ha tenido más ingresos a lo largo de su vida, ya que habitualmente aquellas personas que tienen una mejor vivienda principal, han tenido un mejor tipo de vida, o unos ingresos anuales superiores de las personas que tienen una peor vivienda. En el gráfico podemos ver que el valor de la vivienda de los beneficiarios se ha incrementado prácticamente un 150%. Esto podría ser debido a que estas personas una vez alcanzada la edad de jubilación no pueden hacer frente a los gastos que tienen habitualmente con su pensión y ven una buena opción complementarlo a través de la hipoteca inversa. En general los prestatarios aceptados por el HECM son personas con bajos ingresos pero que tienen una

²³⁵ Home Equity Conversion Mortgage Characteristics, Septiembre 2012, http://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/housing/rmra/oe/rpts/hecm/hecmmenu

mejor vivienda, o más valorada, que la mayoría de la población anciana que tiene una vivienda en propiedad²³⁶.

Si la persona que va a pedir una hipoteca inversa, lo hace a través del HECM, deberá saber que hay cuatro gastos asociados a la hipoteca, además del interés de la hipoteca, los cuales son²³⁷:

- **Gastos de apertura.** Los gastos de apertura se cobran para cubrir los gastos que tiene la entidad financiera al preparar y procesar la solicitud del préstamo²³⁸.
- **La prima del seguro de hipoteca.** La prima de seguro de hipoteca²³⁹ tiene dos componentes, por un lado un cargo único de cierre que consiste en el 2% del principal, y por otro el cargo anual de la prima, que será de un 1'5% al año. El cargo anual se realizará mediante pagos mensuales. Mientras que el otro cargo se podrá optar entre que se pague cuando el prestatario cierre la hipoteca o podrá ser añadido al principal²⁴⁰.
- **Los gastos de cierre de hipoteca.** Puede que la entidad financiera exija alguno de estos gastos antes del cierre total de la hipoteca.
- **Cargos mensuales por servicios.** Se podrán cobrar gastos mensuales por los servicios prestados por la entidad financiera, que no podrá pasar de 30 dólares anuales en el caso de que sea un porcentaje anual de los intereses.

²³⁶ Preliminary Evolution of the Home Equity Conversion Mortgage Insurance Demonstration, *Report to Congress*, U.S. Department of Housing and Urban Development, diciembre 1992, p.2.2. Disponible en <http://www.huduser.org/Publications/pdf/HUD%20-%206094.pdf> consultado a 15 de abril de 2013.

²³⁷ SAWYER, *Reverse Mortgages: An Innovative Tool for Elder Law Attorneys*, op. cit., p.630.

²³⁸ Code of Federal Regulations, 24. C.F.R. § 206.31 (a) (1), 1999. Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2008-title24-vol2/pdf/CFR-2008-title24-vol2-sec206-33.pdf>

²³⁹ *A mortgage insurance premium (MIP)*.

²⁴⁰ Code of Federal Regulations, 24. C.F.R. § 206.31 (a) (2) (i)-(vi), 1999

El HECM requiere que los dueños de las casa reciban consejo y asesoramiento por parte de las agencias autorizadas por el HUD²⁴¹, antes de que se comprometan con el HECM. Normalmente suele consistir en una única sesión informativa, que dependiendo del caso concreto durará entre una y tres horas, siendo muy específica en el tema. Dicha sesión debe cubrir todos los aspectos sobre la hipoteca inversa, así como les deberán de informar sobre otros tipos de servicios sociales u opciones sobre su casa, de las que se puedan beneficiar, o sobre otros instrumentos financieros o modelos, a parte del HECM. También serán informados sobre las consecuencias financieras que tiene realizar una hipoteca inversa asociada con el HECM, y el impacto que dicha acción puede tener sobre su estado fiscal, o sobre sus beneficios sociales²⁴².

Para poder probar que el solicitante ha ido y ha comprendido lo que le han explicado, el agente encargado de la explicación deberá certificar que el solicitantes ha ido a la sesión o sesiones informativas obligatorias y que lo ha comprendido. En los casos en que el solicitante sea un incapacitado legal, deberá ir acompañado de su representante legal o tutor, o con un abogado que representen los intereses legales del incapacitado.

En Estados Unidos el solicitante de una hipoteca inversa puede elegir entre varias posibilidades:

- Recibir una suma global de dinero de forma inmediata.
- Disponer de una línea de crédito que le permita adquirir efectivo hasta que se agote el préstamo y cuando quiera.

²⁴¹ El HUD (Department of Housing and Urban Development) y el AARP (*the American Association os Retired Persons*), Asociación Americana de Personas Jubiladas, son las dos únicas instituciones o agencias reconocidas y autorizadas por el HECM para que informen a los posibles beneficiarios de una hipoteca inversa a través de ellos.

²⁴² SAWYER, *Reverse Mortgages: An Innovative Tool for Elder Law Attorneys*, op. cit., p.631.

- Cobrar una mensualidad (durante un número de años o bien hasta su fallecimiento o bien hasta que deje de residir en la vivienda).
- Combinar las anteriores posibilidades²⁴³.

Aunque la reciente constante caída del número de hipotecas inversas, hace que el gobierno federal se hayan planteado la necesidad de revisar de la legislación en esta materia, que en un principio había fechado, para primero del 2013²⁴⁴.

En otros países europeos, la figura de la hipoteca inversa ha tenido buena por parte de la población y está bastante afianzada, sobre todo en los países del norte de Europa como Finlandia, Dinamarca, Bélgica, Holanda y Noruega. Probablemente porque en estos países son más conscientes de que el bienestar de los mayores y dependientes no debe de ser una carga para el estado o para los familiares y así cubrir sus necesidades

A nivel familiar, la vivienda residencial es fundamentalmente un bien que ha canalizado -y fomentado- una importante corriente de inversión que ha producido efectos profundos a nivel de la economía en general -efectos que sostienen la idea de un “capitalismo popular inmobiliario”-, pero que obviamente se hace sentir en primer lugar a escala familiar, al punto que buena parte de la renta disponible de las familias se destina a gastos relacionados con la habitación, empezando por las sumas destinadas al pago de una hipoteca o un alquiler y siguiendo con los gastos de mantenimiento, reparación o mejora de la misma. La vivienda es a partir de estas inversiones el activo más importante para la mayoría de los hogares españoles, especialmente para aquellos -y son más de un 80 %- que la disfrutan en propiedad.

²⁴³ ZURITA MARTÍN, *La nueva normativa de la hipoteca inversa*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm 707, mayo-junio 2008, p. 1281.

²⁴⁴ Íbidem.

En España carecíamos de una legislación específica que regulara la hipoteca inversa hasta la Ley 41/2007, aunque esto no impedía que se pudiesen realizar, aunque era un producto muy poco utilizado por las entidades de crédito y no lo hacían atractivo para el consumidor, ni gozaba de ningún tipo de beneficio fiscal. Puede que finalmente se termine implantando ya que al aumentar la esperanza de vida de las personas mayores y la dependencia de éstas, necesiten más dinero para cubrir sus necesidades y tener un buen nivel de vida, y vean como una buena opción realizar una hipoteca inversa sobre su vivienda.

2. 3. RÉGIMEN JURÍDICO

a) Elementos personales

Las dos partes que integran este contrato son el acreedor o Entidad Financiera que ofrece la hipoteca inversa y el deudor, que son las personas autorizadas por la Ley para acogerse a esta figura.

En cuanto al acreedor solamente puede serlo las Entidades de Crédito y las Entidades Aseguradoras reconocidas en España, según dispone el número 2 de la DA Primera de la Ley 41/2007.

Por lo que respecta al deudor se establece en la Ley algunos requisitos para que puedan acogerse a esta modalidad de préstamo, estos son los siguientes:

- a) Que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia o personas a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento²⁴⁵.

²⁴⁵ Según modificación de la Ley 1/2013. La nueva Ley amplía la cantidad de supuestos a los que pueden acogerse los posibles beneficiarios.

- b) 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.
- c) Que la vivienda hipotecaria 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.

Esta figura encierra riesgos tanto para los acreedores como para los que juegan en ellas sus propiedades, por lo que es necesaria la adaptación a nuestro derecho hipotecario de este tipo de hipotecas, y a regularlas, por lo menos en algún aspecto. Para que tengan éxito es evidente que se debe actuar por una doble vía:

1.- La de reducir el riesgo para las entidades concedentes. Es en ese aspecto donde entra en juego el derecho hipotecario, a través de la garantía que presta la hipoteca en sus dos fases de seguridad y ejecución.

2.- Y con respecto a los hipotecantes, reduciendo los costes de éste tipo de hipotecas de modo que se hagan atractivas frente a otras posibilidades materiales. Claro que ésta última vía de acción no corresponde propiamente al derecho hipotecario, sino de orden financiero.

Para garantizar que los hipotecantes conocen bien las características y riesgos que conlleva esta figura jurídica, de modo que se impone a las Entidades de Crédito la debida transparencia e información a fin de que los particulares sepan con exactitud todas las características de lo que están contratando surgió la Orden Ministerial de 28 de Octubre de 2011 de Transparencia y Protección de Cliente de Servicios Bancarios, publicada el 29 de octubre de 2011, que entró en vigor el 29 de abril de 2012. En su artículo 32 establece que esta orden se aplicará

a las hipotecas inversas comercializadas en España conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica a Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, por la que se establecen la siguientes especificidades:

a) Será obligatoria la entrega de la oferta vinculante, a la que se refiere el artículo 23 (de esta orden)²⁴⁶.

b) Será obligatoria la prestación de un servicio de asesoramiento independiente y previo en los términos previstos en el artículo 10²⁴⁷.

c) Las fichas a las que se refieren los artículos 21 y 22 se ajustarán a los previsto

²⁴⁶ Que dice así, Oferta vinculante:

1. Una vez el cliente y la Entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente, conforme a lo dispuesto en el artículo 18, éste podrá solicitar a la Entidad la entrega de una oferta vinculante.
2. La oferta vinculante se facilitará mediante una Ficha de Información Personalizada, como la que figura en el Anexo II, en la que se especificará los siguiente:
 - a) Que se trata de una oferta vinculante.
 - b) El plazo de vigencia de dicha oferta.
3. Toda información adicional que la Entidad facilite al cliente en la oferta vinculante figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada.
4. Si la oferta vinculante se hace al mismo tiempo que se entrega la Ficha de Información Personalizada y coincide íntegramente en cuanto a su contenido, podrá facilitarse al cliente en un único documento.
5. Salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la Entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.

²⁴⁷ El artículo 10 de la Orden Ministerial se titula Asesoramiento en Materia Bancaria y dice así: Cuando las Entidades de Crédito y los clientes decidan suscribir un contrato de servicio bancario de asesoramiento deberán informar expresamente a los clientes de esta circunstancia y, salvo que el servicio sea gratuito y así se la haga saber al cliente habrán de recibir una remuneración independiente por este concepto. La prestación de este servicio estará sometida al régimen de transparencia previsto en esta Orden Ministerial e implicará la obligación de las Entidades de actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente como sus preferencias y objetivos.

A los efectos del presente artículo se entenderá por asesoramiento toda recomendación personalizada que la Entidad haga a un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado.

en el anexo III y IV, y adicionalmente, el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones elaborarán conjuntamente una “Guía de acceso a la hipoteca inversa” en términos análogos a los previstos en el artículo 20²⁴⁸.

La citada Orden Ministerial crea un formulario modelo como Ficha de Información Precontractual (FIPRE) para hipotecas inversas y ordena que el texto de este modelo se reproducirá en las Fichas de Información Precontractual que se elaboren para cada producto. Dicho modelo es el siguiente:

²⁴⁸

Que dice así: Guía de Acceso al Préstamos Hipotecario.

1. El Banco de España elaborará una “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario”, con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamos hipotecario dispongan con carácter previo a la formalización de los mismos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación.
2. La guía estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las Entidades de Crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá hallarse a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente.

Parte A*Modelo de FIPRE para hipotecas inversas*

(Texto introductorio)
<p>El presente documento se extiende el [fecha corriente] en respuesta a su solicitud de información, y no conlleva para [nombre de la entidad] la obligación de concederle la hipoteca inversa. La información incorporada tiene carácter meramente orientativo.</p> <p>Se ha elaborado basándose en las condiciones actuales del mercado. La oferta personalizada posterior puede diferir en función de la variación de dichas condiciones o como resultado de la obtención de la información sobre sus preferencias y condiciones financieras.</p>
1. ENTIDAD.
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Identidad / Nombre comercial. ▪ Domicilio social ▪ Número de teléfono. ▪ Correo electrónico. ▪ Dirección de página electrónica. ▪ Autoridad de supervisión: [Identidad de la autoridad de supervisión y dirección de su página electrónica.] ▪ Persona de contacto: [Datos completos de la persona de contacto.] ▪ Datos de contacto del servicio de atención al cliente.
2. CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMO ASOCIADO A LA HIPOTECA INVERSA
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Importe máximo del préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble. ▪ <i>(Si ha lugar)</i> Importe a reembolsar del préstamo en divisa. ▪ Bienes hipotecables y caracteres que han de reunir. ▪ Tipo de hipoteca en función de su vencimiento. <ul style="list-style-type: none"> ○ [Duración] o Vitalicia. ○ Otras.
3. TIPO DE INTERÉS
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Clase y nivel del tipo de interés aplicable <ul style="list-style-type: none"> ○ Fijo. ○ Variable (expresado en tipo de interés de referencia + diferencial). ○ Variable limitado (expresando el tipo de interés mínimo y máximo y el tipo de interés de referencia + diferencial) ▪ En caso de que durante el plazo de amortización se modifique la clase de tipo de interés se deberá reflejar el plazo en que se aplicará cada tipo.
4. REQUISITOS Y VINCULACIONES
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Condiciones de edad o dependencia requeridas de solicitante y beneficiarios ▪ Listado de productos o servicios vinculados para obtener el préstamo en las condiciones ofrecidas.

b) Elementos reales.

Los elementos fundamentales que hay que tener en cuenta en esta figura son por un lado, la cuenta corriente bancaria en la que se integrará el capital que se disponga. Y por otro, la vivienda sobre la que va a recaer la carga hipotecaria.

Centrándonos en el primer aspecto -puramente hipotecario-, al ser entidades de crédito las que conceden las hipotecas inversas, el medio financiero usado para recoger las diversas partidas que van a conformar la deuda final es la cuenta corriente bancaria en la que se integrará el capital que se disponga en las cantidades dispuestas, incluyendo los intereses que se vayan acumulando paulatinamente por dichos montos, así como los gastos de constitución, primas de seguros, comisiones y en general todos los gastos que se vayan produciendo hasta el día -incierto- del vencimiento del contrato. De tal manera, en la práctica el negocio jurídico que servirá de cobertura a ésta forma particular de financiación será un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente²⁴⁹, esto es un contrato consensual de crédito, que instrumenta su ejecución en un contrato de cuenta corriente bancaria, de modo que la cantidad final exigible se determine por el saldo resultante de la cuenta corriente.

Los elementos fundamentales que tendrá en cuenta la entidad de crédito, respecto a la vivienda que se ofrece como garantía para este tipo de operaciones, serán los siguientes²⁵⁰:

- La vivienda ha de ser de propiedad de quienes vayan a figurar como acreditados.

²⁴⁹ Como tal sujeto a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo. Disponible en *Noticias Jurídicas*: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/17-1995.html

²⁵⁰ Requisitos pedidos por Bancaja, ahora Bankia.

- Ha de ser la primera vivienda del o de los solicitante/s.
- La vivienda ha de poder ser objeto de un informe de Tasación Oficial, estar situada en zona urbana y susceptible de ser calificada como lugar de residencia.
- El periodo residual de posible ocupación, sin necesidad de reformas importantes, no debe ser inferior al plazo que se prevea como duración total del crédito.
- Como en cualquier otro préstamo o crédito hipotecario, el alquiler de la vivienda a tercero sin el consentimiento de la Entidad supone el vencimiento anticipado del crédito.

Aunque la Ley 41/2007 de 7 de diciembre prevé que pueden otorgar negocios de crédito garantizado con hipoteca inversa las personas mayores de 65 años, en la práctica las Entidad financieras no concederá tales créditos sino a personas de más edad, y en sus normas internas establecen que no se concederán tales créditos a personas que tengan una edad inferior a los 75 años.

Desde el punto de vista de las Entidades financieras, el producto de la hipoteca inversa está pensado para que la vivienda hipotecada no pueda arrendarse por su propietario. Ello se debe a que el parámetro principal que se tiene en cuenta para su concesión es el valor de la garantía. Este valor varía en función de que la finca esté o no arrendada. Para fincas arrendadas el tasador utiliza para calcular el valor de la vivienda el método de capitalización o rentas esperadas y para fincas no arrendadas el método de comparación.

No obstante, en algunas entidades como Bancaja, cabría la posibilidad de que la vivienda hipotecada se arrendase desde el inicio, en aquellos supuestos en los que obtenido el valor de tasación conforme al método de capitalización y éste cubriera, al tipo de capitalización del 6%, la totalidad de la responsabilidad

protegida con la hipoteca. Y en el caso de que el arrendamiento se formalizara con posterioridad a la constitución de la hipoteca, podría aceptarse por la entidad, si el valor de la renta capitalizada al 6%, cubriera la hipoteca.

Lo que ninguna entidad de crédito aceptará será ninguna operación cuando la finca ofrecida en garantía esté sujeta a un arrendamiento de renta antigua²⁵¹.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 1 de octubre de 2010, afirma que la prohibición absoluta de arrendar no sólo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante por lo tanto puede arrendar libremente la finca hipotecada, si quiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca quedan sometidos al principio de purga, por lo que no afectan a la hipoteca.

Es cierto que la doctrina de esa Resolución de la DGRN ha venido emitiendo que la cláusulas de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamiento ulteriores que pudiera no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada. Como pueden ser los arrendamiento estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contengan en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50%, más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta. La admisibilidad de estas cláusulas se justifica por el hecho de que el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994 de 24 de noviembre garantiza al arrendatario de la vivienda el derecho a permanecer en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años del contrato en el caso de enajenación forzosa, derivada de una ejecución hipotecaria. La consecuencia de de la norma anterior es que al no operar el principio de purga en la realización forzosa el eventual adjudicatario tiene

²⁵¹ Anterior a la Ley de Arrendamiento Urbanos de 1994.

que soportar el arrendamiento durante un plazo, lo que acarrea un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate.

Por el contrario cuando el efecto del vencimiento anticipado del préstamo no se restringe a los arrendamientos exentos del principio de purga de las cargas posteriores, entonces las cláusulas que imponen tal vencimiento son nulas por infringir el artículo 27 de la L.H.²⁵².

Ha incidido en esta materia la Ley 4/2013 de 4 de junio²⁵³, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas. Es fundamental para la nueva regulación el hecho de que el arrendamiento esté o no inscrito en el Registro de la Propiedad. Y así establece el artículo 13 que si el derecho del arrendador quedara resuelto durante la duración del contrato, como consecuencia de la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, entre otros casos, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que en el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada.

En principio el crédito será unilateral, de modo que sólo la entidad de crédito será la que se obliga -dentro del límite temporal y cuantitativo- a poner en forma periódica a disposición del acreditado las sumas establecidas. Pero nada impide que se lo pueda instrumentar como crédito abierto en cuenta corriente, o incluso como préstamo sucesivo con entregas aplazadas que se pueden reflejar en una cuenta corriente bancaria. La relación jurídica básica -de crédito- estará perfectamente determinada, siendo las entregas que se realicen actos de ejecución de la obligación principal que se incorporan a la cuenta corriente.

²⁵² En el mismo sentido las Resoluciones de 28 de enero de 1998 y 22 de marzo de 2001.

²⁵³ BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.

La cantidad líquida debida se determinará por el saldo que resulte al momento de cierre de la cuenta, único crédito exigible. No cabe duda de que los intereses pueden configurarse como créditos independientes -aunque accesorios del principal-, de modo que, sin asentarse en la cuenta, sean exigibles independientemente del saldo, conforme al criterio sentado por las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 16 de junio y 13 de julio de 1999. Sin embargo, esto no parece muy útil, ya que en ese caso los intereses quedarán sujetos a las limitaciones del art. 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento, y lo que interesa en este tipo de hipotecas es que todos los intereses resultantes hasta la fecha de fallecimiento queden cubiertos por la hipoteca a través de la cuenta corriente de crédito.

La hipoteca a constituir en garantía del crédito pactado será la recogida en el art. 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento, con las especialidades que para su ejecución previene la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 572, 573, 574, 682 y 695. Por lo tanto, y en base a la aplicación del párrafo 1º del art. 153 de la Ley Hipotecaria, deberá determinarse en la escritura pública la cantidad máxima de que responde la finca hipotecada y el plazo de duración. En este caso, siendo el término del plazo de duración de la cuenta el fallecimiento del titular -o una fecha contada desde ese momento-, cumple con el principio de indeterminación hipotecaria de la obligación garantizada, ya que es evidente la certeza del mismo. Por otra parte también parece innecesaria la prevención del art. 153 al exigir que se haga constar si el plazo es o no prorrogable.

En cambio lo que deberá quedar claramente expresado en este tipo de hipotecas, es que la exigibilidad de la deuda no se producirá, salvo casos de vencimiento anticipado²⁵⁴, hasta la fecha de fallecimiento del acreditado (o del

²⁵⁴ La cláusula que contienen algunas escrituras en virtud de la cual se puede exigir el reembolso como vencimiento anticipado por incumplimiento de cualquier obligación contenida en

último de los acreditados, si éstos fueran varios). En ese sentido lo que resulta discutible es si es la fecha de fallecimiento la que determina siempre la fecha de vencimiento del contrato. Esto parece evidente cuando el fallecimiento se produce antes de terminar el periodo de disposición o cuando se trata de disposiciones vitalicias, pero en los casos en que terminado el periodo de disposición por tratarse de rentas temporales no se haya producido el fallecimiento del acreditado, podrá entenderse que este último actúa como plazo de exigibilidad de la obligación, es decir, de un crédito ya vencido y liquidado pero no exigible.

De todos modos, si sigue el sistema de crédito en cuenta corriente, la deuda no se exigirá hasta el cierre de la misma, lo que coincide con el momento de fallecimiento del acreditado o -como se suele establecer- a partir de un plazo transcurrido a contar desde el mismo. En cualquier caso la conclusión es que la deuda no será exigible hasta el fallecimiento del acreditado o del último de los beneficiarios y ello deberá quedar claramente reflejado en el contrato. Parece lógico por ello que las entidades de crédito puedan exigir, como obligaciones complementarias, que se acredite cada cierto tiempo la situación de vida del acreditado a través de las pruebas que se estimen convenientes.

En la escritura se deberá expresar además la forma, el plazo y las cuantías en las que se entregarán las prestaciones periódicas.

la escritura ha sido rechazada por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (RJ 792/2009), que dice: *resulta desproporcionado atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues sólo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorio*. Y las sentencias de 9 de marzo de 2001, 4 de julio (RJ 2008, 3196). y 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 152) sólo admiten la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimiento irrelevantes, pues en tal caso se dejaría la resolución del contrato a discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario usuario del servicio.

En este sentido la Resolución del DGRN de 1 de octubre de 2010, declara que el vencimiento de la hipoteca por cualquier incumplimiento, hasta accesorio, vulneraría la letra e) del apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, según la cual es requisito de esta nueva figura de la hipoteca inversa, que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la

En este aspecto, dos son las formas habituales:

1. Mediante entregas vitalicias, es decir que las disposiciones a favor del acreditado se realizan mientras viva. Éste es el caso en que, si el tiempo de vida se alargase por encima del calculo actuarial, el valor del inmueble podría ser insuficiente para hacer frente a una deuda cuyo capital sigue creciendo al tiempo que los intereses se acumulan. Esta circunstancia hace que sea difícil que las entidades de crédito utilicen esta forma de disposición, si bien pueden disminuir el riesgo asumido mediante un seguro que cubra el eventual infravalor del inmueble²⁵⁵.

2. Mediante entregas temporales, es decir que las disposiciones a favor del acreditado se realizan durante un tiempo determinado, acotado hasta cubrir una suma convenida o -lo que es lo mismo- hasta una fecha establecida. La cuantía total del capital concedido se distribuye mediante entregas periódicas entre un número de años prefijados que se van calcular en principio de acuerdo a la expectativas de vida que, según criterios actuariales, tiene el acreditado. En este caso el problema subsiste, aunque en menor medida, dado que, aunque ya no se efectúan nuevos pagos después de agotado el monto total acordado, el crédito sigue generando intereses hasta el fallecimiento del acreditado. Además, la capacidad de repago del contratante se deteriora por partida doble, ya que sus ingresos caen abruptamente.

En ese sentido, si el fallecimiento se produce *con anterioridad* a la fecha hasta la cual estaba previsto realizar las disposiciones, *el contrato* vencerá antes de esa fecha máxima, por lo que el crédito inicialmente calculado quedará reducido a la cuantía efectivamente existente al momento del fallecimiento.

garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario.

²⁵⁵ QUESADA PÁEZ, "Hipotecas Especiales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.711, enero-febrero 2009, p.360.

Si por el contrario el fallecimiento se produce después de la fecha establecida como límite para las disposiciones, *la exigibilidad* de la deuda se aplaza hasta ese término, si bien las cantidades entregadas seguirán devengando intereses durante este periodo incierto. De tal manera, la aleatoriedad del contrato solo afecta a los intereses.

Éste es el modelo general que ofrecen las Entidades de Crédito en España, al ser lógicamente el que menos riesgo ofrece al acreedor.

En todo caso, para evitar que el acreditado que sobreviva una vez finalizado el periodo de disposición se quede sin rentas, se establece un seguro de sobrevivencia, que algunas entidades ofrecen en forma voluntaria y otras exigen obligatoriamente. Ese seguro es el que permite garantizar al asegurado rentas vitalicias hasta la fecha de su fallecimiento. Este seguro se abona con una prima inicial que se carga como un gasto más del crédito concedido.

En ocasiones también se exige un seguro respecto de los posibles intereses que se pueden devengar después del periodo de disposición y que se consideran no cubiertos por el valor del inmueble y por tanto por la hipoteca. Así la Entidad se asegura, con carácter vitalicio, que el acreditado podrá atender el pago de los intereses sobre la totalidad del saldo dispuesto desde el momento en que alcance el plazo total de disponibilidad hasta la fecha de vencimiento final del crédito, sería lo que las Entidades vienen a denominar como Seguro de Renta Vitalicia Diferida de Intereses.

Y por último suelen obligar a que el acreditado también cumpla con el requerimiento legal de que el inmueble esté asegurado de Incendios e incluso de cualquier otra contingencia relativa a la vivienda, descargando de esta obligación al prestatario, lo que conocemos comúnmente como Seguro de Hogar.

2. 3. 2. RESPONSABILIDAD PERSONAL Y REAL

La configuración de estos contratos exige que el inmueble dado en garantía quede afectado en todo su valor a la totalidad de la deuda que resulte al momento del vencimiento. Se pactan con carácter personalísimo, exclusivamente sobre la garantía que proporciona el valor de la vivienda asegurada por la hipoteca y en función de la edad del acreditado. Se trata así de un negocio jurídico en que deuda y garantía real aparecen especialmente unidas: sin inmueble este instrumento financiero no es posible. Por lo que cuando nos referimos a la responsabilidad personal, con ello queremos decir que se trata de la responsabilidad patrimonial del deudor, total e ilimitada, pues el deudor responde con todo su patrimonio, presente y futuro, de acuerdo con el art. 1911 del Código Civil²⁵⁶. El pago de la deuda debida, cuando se liquide la cuenta, se realizará con cargo al dinero que se obtenga de la venta -voluntaria o forzosa- del inmueble, a menos que los herederos deseen satisfacer la deuda con su propio dinero y conservar la propiedad del inmueble para la familia.

El valor de la vivienda es lo que verdaderamente constituye la garantía del préstamo, ya que mediante la venta de la misma el banco recuperará las cantidades prestadas más los intereses y gastos. Por lo que la vivienda será el principal factor, junto con otros, para determinar la tasación y la cuantía máxima del préstamo²⁵⁷. Para garantizar la objetividad de la tasación la Ley 1/2013 ha introducido modificaciones con el objeto de acreditar la independencia de los tasadores respecto de las Entidades de Crédito²⁵⁸.

²⁵⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *La hipoteca inversa*, op.cit., p. 130.

²⁵⁷ MARTÍNEZ ESCRIBANO, *La hipoteca inversa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009, p.106.

²⁵⁸ El artículo 4 de la Ley 1/2013, modifica el artículo 3 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, estableciendo que los servicios de tasación de las Entidades de Créditos estarán sometidos a los requisitos de homologación previa, independencia y secreto que se establezcan reglamentariamente. Y que las sociedades de tasación que tengan al menos un 10% de su relación de negocio con una Entidad de Crédito deberán disponer de los mecanismos adecuados para favorecer la independencia de la actividad de la tasación.

En la hipoteca inversa el valor de la finca, amparado por el paraguas de la hipoteca, es la causa del contrato. Bajo esta premisa es que difícilmente se pueden separar deuda y valor, responsabilidad real y personal. Mientras la titularidad del inmueble siga siendo del acreditado no se plantea problema alguno: responsabilidad real y personal coincidirán. El problema surge cuando se transmite la finca a un tercero. Si la vivienda es enajenada, la entidad prestamista seguirá en principio obligada a suministrar los fondos convenidos al acreditado, por lo que éste será deudor pero ya no propietario. En cambio es el adquirente del inmueble quien asumirá la carga de la hipoteca, aunque no la deuda personal que resulte de la liquidación del saldo, por lo que este tercero sólo responderá hasta donde alcance la responsabilidad hipotecaria. Cuando se transmita voluntariamente la finca, el acreedor podrá pedir el vencimiento anticipado de la obligación. Aunque si la transmisión del bien no es voluntaria, no se pueda pactar el vencimiento anticipado²⁵⁹, en ese sentido tampoco se considerará una transmisión voluntaria cuando debido a la liquidación de la sociedad de gananciales, se altere la titularidad dominical entre los cónyuges²⁶⁰.

Sin embargo, de “*lege ferenda*”, por los argumentos expuestos y ante la necesidad de facilitar y perfeccionar la constitución de este interesante instrumento financiero dando mayor seguridad a los acreedores hipotecarios, y especialmente en función de mantener los costes en niveles que hagan atractiva la hipoteca inversa de modo que pueda cumplir con los fines sociales declarados, pareciera interesante no separar deuda y garantía.

En este punto, considero que debiera evitarse la figura de una hipoteca de responsabilidad limitada, en virtud de la cual la responsabilidad se hace efectiva

²⁵⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *La hipoteca inversa*, op, cit., p. 59.

²⁶⁰ Cfr. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p.918.

solamente sobre el bien hipotecado²⁶¹, de modo que la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor quedan limitadas a ese bien y no alcanzan a los demás bienes del deudor. Se lo podría pactar voluntariamente en las hipotecas inversas, pero excluir en ellas la responsabilidad personal por vía normativa no parece lo más indicado. En relación con el acreedor porque sería contrario al principio de responsabilidad universal del deudor. En cuanto al deudor, no parece que por su parte se den esas circunstancias especiales de protección jurídica que excluyan su responsabilidad personal, y tampoco la de sus herederos, que serán los que normalmente van a ser llamados a la devolución de la deuda. Lo contrario supone reducir las garantías del prestamista sin una razón justificativa y aumentar en consecuencia los costos para el deudor, a la vez que los montos a comprometer se desinflan, quizá hasta el punto de hacer fracasar la operación por no representar un incentivo suficiente o no ofrecer solución alguna a la situación particular del contratante ni, por lógica consecuencia, cumplir con los objetivos generales -sociales y económicos- planteados.

Por lo que salvo que se pacte otra cosa, el deudor responderá del importe total de la deuda con todo su patrimonio en el momento del vencimiento del préstamo, que será cuando fallezca el último de los beneficiarios. Puede darse caso que en el momento del fallecimiento la vivienda sea el único bien que integre el patrimonio del deudor, por lo que sería lógico que se adoptasen una serie de medidas para garantizar que el valor de la vivienda sea suficiente para responder de la devolución del préstamos con los intereses y gastos²⁶². En este sentido, la ley 41/2007 en su exposición de motivos establece que se permita obtener financiación *hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución*, aunque en la regulación de la

²⁶¹ En Norte América la hipoteca inversa está limita al valor del inmueble, al igual, que la hipotecas ordinarias también limitan la responsabilidad al valor del inmueble hipotecado.

²⁶² MARTÍNEZ ESCRIBANO, *La hipoteca inversa*, op. cit., p. 108.

disposición adicional primera no hace referencia expresa a ese límite porcentual²⁶³

Otra posibilidad para evitar la separación entre responsabilidad personal y real es mediante el establecimiento de prohibiciones de disponer del inmueble. Pero la eficacia de medidas de este tipo es dudosa, ya que si bien se establecen voluntariamente, ya sea directamente o bien estableciendo el posible vencimiento anticipado de la obligación en caso de enajenación, no son inscribibles, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁶⁴. Así, si se establecieran como prohibiciones legales, resolverían el problema de las enajenaciones voluntarias pero no el de las forzosas correspondientes a otros procedimientos de ejecución.

En la hipoteca inversa no está permitido aquello que se puede hacer mediante pacto en la hipoteca convencional de acuerdo con el art. 140 de la Ley Hipotecaria que establece que, es válido el pacto contenido en la escritura de constitución de las hipotecas voluntarias en virtud del cual la obligación garantizada se va a hacer efectiva solamente sobre los bienes hipotecados, por lo que la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor quedan limitadas al importe de los bienes hipotecados, no alcanzando al resto de los bienes del deudor. Se admite el pacto entre las partes por el cual se concreta la responsabilidad personal al importe de la obligación asegurada. Esto no supone que la responsabilidad esté limitada al valor de los bienes gravados, sino que como el acreedor no puede cobrar su deuda sobre otros bienes diferentes de la

²⁶³ Ibídem, p.109.

²⁶⁴ Resoluciones de 27 de enero de 1986, y de 23 de octubre de 1987. Y la Resolución de 1 de octubre de 2010, afirma que la cláusulas de la escritura en las que se prohíbe al deudor vender la finca o gravarla y la previsión del vencimiento anticipado en estos casos infringe normas imperativas, como los artículos 27 y 107.3 de la L.H.. Estos mismos criterios los ha confirmado el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de diciembre de 2009, en la que señala que “en nuestros ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a títulos gratuitos, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen trascendencia real, y sólo contenido meramente obligacional, que pueden producir determinados efectos obligacionales”.

vivienda hipotecada, la responsabilidad está concretada y eventualmente limitada, en el caso de que el remate sea suficiente para cobrar el crédito, al valor del mueble gravado²⁶⁵

Una posible solución para este problema sería establecer que en este tipo de hipotecas la obligación que surge a cargo del prestatario hace que el deudor de la obligación que resulte de la liquidación de la cuenta sea la persona que figura como titular de la finca. El adquirente de la finca hipotecada asumirá entonces no sólo la carga real derivada de la hipoteca sino también la obligación que resulte del pago de las prestaciones periódicas hasta su vencimiento. No obstante, para evitar que el tercero quede gravado con una responsabilidad excesiva por la asunción automática de la deuda, podría establecerse que su límite de responsabilidad fuese el valor alcanzado en venta voluntaria o forzosa de la finca.

Un análisis concreto de los efectos de medidas de este orden se impone para determinar si los fines sociales de la hipoteca inversa no terminan siendo desvirtuados por este tipo de operatorias.

A primera vista, la configuración de la hipoteca inversa en garantía de la obligación representada por el saldo final, con este carácter, presenta ventajas, entre las que se pueden mencionar las siguientes:

1. Se completa la naturaleza jurídica de la institución por el motivo fundamental de la unidad que existe entre la obligación hipotecaria y valor del inmueble situado en contraprestación: la deuda hipotecaria va a seguir a la finca disminuyendo su valor líquido incluso hasta agotarlo, y la hipoteca cubrirá esa obligación hasta donde alcance el valor total del inmueble.

2. Permite en el caso de venta de la finca resolver el grave problema de la divergencia entre responsabilidad real y personal, evitando

²⁶⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *La hipoteca inversa*, op. cit., p. 132.

que si la deuda final resulta superior a la responsabilidad hipotecaria -lo que puede suceder en este tipo de contratos-, el tercero sólo responda de la cantidad máxima garantizada, haciendo suya la revalorización del inmueble por la diferencia. En cambio, serán los herederos del causante que hipotecó los que tengan que responder por la parte de la deuda no cubierta de la hipoteca.

Esta cuestión puede ser de gran trascendencia cuando se trata de terceros que adquieren la finca hipotecada como consecuencia de ventas forzosas en procedimientos de ejecución posteriores a la hipoteca, los cuales sólo se subrogarán en la responsabilidad máxima garantizada con la hipoteca (arts. 668 y 670.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Otra circunstancia en que esta postura podría ofrecer una solución favorable es la que se presenta cuando no son los herederos a quienes les corresponda la finca, por ejemplo por haber sido legada a un tercero. También en este caso se producirá una divergencia entre la responsabilidad real y la personal. Claro que éstas son situaciones que -por todos los problemas que conllevan- no facilita la aceptación de la herencia por parte de los herederos.

3. Hace innecesaria la introducción de cláusulas de prohibición de disponer. Éstas -con los inconvenientes ya mencionados en relación a su dudosa eficacia- son habituales en este tipo de contratos, ya directamente, ya estableciendo el posible vencimiento anticipado del negocio jurídico en caso de enajenación sin el consentimiento de la entidad acreedora.

4. Mejora la protección del acreedor ya que, en definitiva, el límite del crédito a percibir por el acreedor, aún cuando esté en manos de terceros, será por lo menos el valor que alcance la finca en el momento de su venta voluntaria o forzosa, y no exclusivamente la responsabilidad máxima establecida en la hipoteca. Esto está acorde con la finalidad que inspira estos contratos, pues no puede olvidarse que el único valor de cambio del crédito es el inmueble

hipotecado, de modo que la revalorización del inmueble se pueda destinar íntegramente a cubrir la deuda inmobiliaria.

5. Derivado de lo anterior, al hallarse la deuda hipotecaria más protegida por el valor total que alcance el inmueble al momento de devolución de la deuda, **puede aumentar la cuantía del crédito concedido, acercándolo a la revalorización prevista.** Además, al aumentar la seguridad del prestamista, puede facilitar que se conceda el crédito en forma de prestaciones vitalicias, eliminando en lo posible las temporales y abaratándose los costes para el prestatario, que no tendría necesidad de contratar seguros de sobrevivencia que le permitan seguir cobrando una renta si es más longevo de lo previsto. De todos modos, en este último aspecto persiste el problema de que siempre existe el riesgo para la Entidad Financiera de que el valor de la vivienda en venta sea inferior a la deuda generada, como pueda pasar en la actualidad, debido a la bajada de los precios de los inmuebles.

El inconveniente de esta estructura hipotecaria es que se limita el tráfico jurídico de éstas fincas, ya que será muy difícil que alguien las adquiera con esta carga, aún descontándola del precio, por la complicación de calcular la cuantía final de la deuda, dada su aleatoriedad. O sea que en la práctica siempre se deberá contar con el consentimiento de la Entidad Acreedora para una venta, voluntaria, ya que es improbable que alguien asuma el riesgo de comprar la propiedad sin la previa cancelación de estas hipotecas. Esta misma limitación se presentará también en caso de que se pretenda constituir segundas hipotecas.

2. 3. 3. LA EJECUCIÓN

En cuanto a la ejecución de la hipoteca inversa, cabe que vencido el plazo por el fallecimiento del acreditado o último de los beneficiarios (hecho que se va a producir con toda seguridad, pero no se sabe cuándo), nadie se haga cargo ni pague la obligación líquida, por lo que la Entidad Acreedora tendrá expedita la vía

para proceder a su cobro por cualquiera de los procedimientos establecidos y especialmente por los de ejecución, singularmente el judicial de ejecución sobre bienes hipotecados de los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

La entidad financiera sólo podrá solicitar la devolución de la cantidad prestada más los intereses, cuando el último de los beneficiarios fallezca o cuando se incumpla alguna de las obligaciones acordadas en la hipoteca inversa. El acreedor no podrá cobrar ningún tipo de comisión por cancelación de la hipoteca en el caso de fallecimiento del último beneficiario, ya que es indivisible a la naturaleza de este tipo de hipoteca, y la muerte del beneficiario es lo que provoca el vencimiento del contrato.

Con la muerte del propietario del inmueble o del último beneficiario debería extinguirse la hipoteca, pero para que esto tenga lugar deberá liquidar la deuda, así lo establece la Ley 41/2007 en su DA 1ª, número 5, que dice así “al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrá 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”.

Normalmente en el contrato de hipoteca inversa se establece un plazo para que lo herederos puedan decidir qué hacer con el inmueble, si bien venderlo y saldar la deuda con la entidad financiera y en caso de que hubiese una diferencia quedarse con ella, o pagar la deuda contraída y quedarse con la vivienda. Esos plazos suelen ser de unos 6 meses. Aunque si en el momento de constitución se ha establecido el plazo concreto en que los herederos tienen que realizar el pago para poder quedarse con la vivienda, el acreedor podrá instar judicialmente a los

herederos, para que según el art. 1004 del Código Civil, resuelvan si aceptan o no la herencia²⁶⁶. Debido a que serán los herederos los que van a establecer qué se va a hacer con el préstamo sería aconsejable que desde el principio del proceso participen²⁶⁷.

Una vez producido el fallecimiento los herederos pueden tomar diferentes opciones de que hacer con la herencia, que serían las siguientes:

1. Cancelar la totalidad de la deuda con su propio dinero, y se quedarían con la propiedad del inmueble libre de cargas.
2. Si no tuvieran el dinero necesario para cancelarla, adquirir otra hipoteca sobre la vivienda heredada para poder liquidar la deuda, y quedarse con la propiedad.
3. Vender la vivienda y así pagar la deuda contraída con la entidad financiera, y en caso de que hubiese sobrante, si se hubiese revalorizado la vivienda, correspondería a los herederos.
4. Por último los herederos si no quisieran recuperar la vivienda, sería que ésta pasaría a ser propiedad del acreedor, y no les ocasionaría ningún tipo de gasto, aunque si resultase algún tipo de sobrante, éste sería los herederos.

Después de ver las cuatro opciones posibles que tienen los herederos después del fallecimiento del último beneficiario de la hipoteca inversa, podemos decir que en aquellos casos en que el propietario del inmueble tenga un especial interés en dejarle en herencia el mismo, esta figura no sería una buena opción.

²⁶⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, ob. cit., p.117.

²⁶⁷ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil V, Derechos reales y Derecho hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 74.

Si los herederos son *conocidos*, han aceptado la herencia y no quieren satisfacer la deuda acumulada, la demanda ejecutiva se dirigirá contra ellos como continuadores de la personalidad jurídica de su causante, despachándose la ejecución (538 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Pero en este tipo de hipotecas puede ser muy habitual que los herederos sean *desconocidos o indeterminados*, o bien que aún siendo conocidos no quieran aceptar la herencia. Pero ello no debe ser obstáculo para la ejecución de estas hipotecas por la aplicación del artículo 6.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiéndose en consecuencia dirigir la demanda contra la herencia yacente. Además, como demanda ejecutiva, serán de aplicación los ya mencionados 538 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez instada y admitida la demanda, para la ejecución debe cumplirse el requisito del requerimiento de pago al deudor en el domicilio que conste en el Registro, requisito fundamental pues su omisión origina la indefensión del ejecutado y acarrea la nulidad del procedimiento²⁶⁸.

Ahora bien, el cumplimiento de este requisito no deja de plantear algunos problemas, ya que aunque exista designado en la hipoteca un domicilio electivo para la práctica de requerimientos y notificaciones (art. 682. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) -el que normalmente será la vivienda habitual hipotecada-, el deudor -fallecido- no podrá ser notificado al conocer la entidad acreditante su deceso, y en tal caso quienes deberían ser notificados son los herederos del causante. Por ello, a menos que todos los herederos sean conocidos, hayan aceptado la herencia, y el requerimiento se dirija contra todos ellos, no parece que deban considerarse correctamente hechos los requerimientos -tanto extra judiciales por acta notarial previos a la demanda ejecutiva (686.2 y 581.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como judiciales (286.1, Ley de Enjuiciamiento Civil)-

²⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 12 de Febrero 1960.

realizados en el domicilio electivo, que al no poderse hacer personalmente, se realicen “*al pariente más próximo, familiar o dependiente mayor de catorce años que se hallare en la habitación del requerido y si no se encontrase a nadie al portero o vecino más próximo que fuere habido*”²⁶⁹.

En consecuencia, si los herederos son inciertos, el requerimiento deberá ser necesariamente el judicial previsto en el mismo auto en el que se despache la ejecución de acuerdo con el art. 286.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiéndose aplicar también a los efectos de la validez de la comunicación los artículos 155 a 164 de la misma ley, por lo que será frecuente que en la mayor parte de los casos se termine practicando por edictos, con los inconvenientes que representa recurrir a un medio en cierto modo “residual”²⁷⁰.

Una posibilidad interesante, en caso de ejecución, sería la de facilitar el desarrollo en este tipo de hipotecas de los convenios de realización judicialmente aprobados o de realización por persona o entidad especializada²⁷¹ recogidos en los artículos 640 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷² a los que se remite el 690.5 de la Ley, de forma que incluso pudieran pactarse con carácter previo en la constitución de hipoteca.

2. 3. 4 DIFICULTADES Y MEJORAS POSIBLES

En la práctica, los beneficios potenciales de la hipoteca inversa no han logrado imponerse. QUESADA SÁNCHEZ destaca a los efectos de la crisis como una de las causas principales que se alzan en su camino e impiden un mayor

²⁶⁹ Art. 686.2 y 581.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

²⁷⁰ GARCÍA HERNÁNDEZ, “Cuidado con la notificación por edictos”, *La Verdad de Murcia*, 01/02/2011. Disponible en <http://www.garrigues.com/es/publicaciones/articulos/Paginas/Cuidado-con-la-notificacion-por-edictos.aspx>

²⁷¹ FERNANDEZ SEIJO, *La ejecución en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, disponible en http://procuradores-alicante.com/la_ejecucion_LEC.htm

desarrollo de un instituto en apariencia tan prometedor²⁷³.

No caben dudas de que la volatilidad actual de la situación financiera - española, europea y mundial- y la caída de los precios inmobiliarios no son el mejor aliciente para los eventuales beneficiarios, aún en una situación en la que la perspectiva de una recuperación de los ingresos jubilatorios que tienden a la baja se muestra cada vez más lejana. Y las entidades bancarias se deben de mostrar reacias a dar este tipo de hipotecas, ya que el valor de los inmuebles en los próximos años es totalmente incierto, por lo que para el mayor o dependiente si puede resultar un producto atractivo debido a que en los últimos tiempos las pensiones están yendo a la baja, pero no tanto para el acreedor.

En realidad, lo que hace potencialmente más interesante la hipoteca inversa en España -lo que podría constituir su fortaleza-, es decir su particular situación inmobiliaria, es al mismo tiempo -y paradójicamente- su mayor flaqueza. El “estado de bienestar financiarizado” al que se refería FERNÁNDEZ STEINKO se ha construido a partir una burbuja sostenida en la liquidez prestada por los bancos europeos tras la llegada del euro. La debilidad queda en evidencia en la actualidad, cuando todo el sistema resulta golpeado de lleno por la crisis.

En ese sentido, VERGÉS sostiene que esta crisis *“no nos ha sido impuesta de fuera, sino que nos la hemos buscado en todos los sentidos de la palabra. Ello se ha traducido (entre otras cosas) en el fracaso de una oferta residencial excesiva en cantidades y en precios, lo que impide ahora a las empresas del sector terminar obras, cerrar ventas, devolver préstamos a los bancos y éstos a*

²⁷² Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l1-2000.html

²⁷³ Ya que dice así: *“la situación de crisis que se vive actualmente ha provocado que no se esté utilizando la figura de la hipoteca inversa tanto como quizá, cabía pensar al principio, cuando se diseñó en la norma (porque se venía usando, pese a la inexistencia de regulación legal alguna). No cabe duda de que es así, a tenor de las cifras que muestran las revistas especializadas: la hipoteca inversa no es una figura que esté sufriendo ningún tipo de «boom» en su utilización”,* QUESADA SÁNCHEZ, *La hipoteca inversa*, op. cit., p. 146.

*sus colegas europeos*²⁷⁴.

Las perspectivas de la crisis parecen hoy impredecibles, y aún más ilusorio resulta especular hoy acerca de sus efectos a futuro sobre los nuevos instrumentos regulados por la Ley 41/2007. Sin embargo, ciertas correcciones o ajustes podrían quizá poner a la hipoteca inversa en mejores condiciones de cumplir en tiempos normales con su cometido -mejorar los ingresos de mayores y dependientes, movilizándolo el capital que éstos tienen congelado en forma de propiedad inmueble- ofreciendo más certezas a los propietarios -a las familias- que arriesgan ese capital en aras de mantener una calidad de vida que ven deteriorarse progresivamente, y garantías a los prestamistas que permitan mantener los costes en niveles que no afecten la viabilidad y el atractivo de la operatoria propuesta.

Sin embargo, no todas las dificultades corresponden a la coyuntura económica ni se pueden atribuir a la demanda. Por un lado, la hipoteca inversa -a pesar de que “se venía usando” desde antes de su reglamentación- representa un tipo de operación de un carácter que QUESADA SÁNCHEZ no duda en definir como “*novedoso y, hasta cierto punto, extraño a nuestra mentalidad jurídica*”²⁷⁵.

Por el otro, tampoco las instituciones financieras se muestran hoy particularmente entusiasmadas ante ella. En ese sentido, la débil utilización de la hipoteca inversa

“no sólo se debe a que no sintonice totalmente con la mentalidad española, que puede ser que también haya bastante de esto, sino a que las propias instituciones bancarias no oferten tan alegremente este tipo de productos

²⁷⁴

VERGÉS, op. cit.

²⁷⁵

QUESADA SÁNCHEZ, *La hipoteca inversa*, op. cit., p. 142.

*en estos momentos*²⁷⁶

Está claro que la ley mantiene ciertas zonas imprecisas -que algunos atribuyen a un exceso de apuro²⁷⁷ en su elaboración²⁷⁸- y que podría ser objeto de mejoras en el sentido de una mayor claridad. En particular se ha señalado cierta falta de rigor en la terminología. Así, se ha dicho acertadamente que *“equiparar el derecho real de hipoteca al contrato de préstamo (cuando se indica que “se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca...”)*, no es la mejor manera de ser riguroso con los conceptos jurídicos²⁷⁹.

En general, y conforme a la exposición realizada, cabría la posibilidad de regular algunas especialidades de esta hipoteca. Entre éstas sin duda deberían incluirse los siguientes aspectos:

1. Que en la inscripción se haga constar:
 - La forma contractual usada (crédito o préstamo);
 - Las cantidades iniciales que van a ser entregadas o adeudadas con cargo a la deuda final;
 - La finalidad del contrato de obtener prestaciones periódicas así como su cuantía y los plazos o forma en que serán satisfechas,
 - El plazo de vencimiento del contrato o de exigibilidad de la obligación, que no podrá ser inferior a la fecha del fallecimiento del acreditado (o acreditados, si fuesen varios). Se podría incluso establecer en este punto un plazo

²⁷⁶ QUESADA SÁNCHEZ, *La hipoteca inversa*, op. cit., p. 147.

²⁷⁷ MIQUEL SILVESTRE, *Hipoteca inversa; algunas hipótesis de conflicto*, Diario La Ley, 2008-2, ref. D-116, pp. 1920-1922.

²⁷⁸ Para un análisis de este proceso puede consultarse: Quesada Sánchez, A. J.: “Apuntes jurídico-civiles sobre la hipoteca inversa: inquietudes iniciales sobre la cuestión”, *El Consultor Inmobiliario*, nº 88, 2008, pp. 5-22.

²⁷⁹ QUESADA SÁNCHEZ, *La hipoteca inversa*, op. cit., p. 139.

concreto para la liquidación desde la fecha de fallecimiento, como por ejemplo los seis meses que suelen tomarse de plazo habitual en la práctica bancaria.

- La inscripción también debería reflejar la circunstancia fundamental de que el crédito se concede en atención exclusiva al valor de tasación de la vivienda realizado por las correspondientes entidades de tasación legalmente autorizadas, expresando la revalorización prevista del inmueble, de modo que resulte absolutamente determinado que es el valor en cambio de la finca lo que constituye la causa del negocio jurídico .

2. Establecer que el tercero adquirente de la finca gravada con estas hipotecas la adquiere con subsistencia de la totalidad de la deuda que se pueda devengar por el contrato hasta la fecha de su vencimiento, de modo que en caso de ejecución de la hipoteca dicho tercero responde de la totalidad de la deuda hasta donde alcance el total valor en venta de la finca .

3. La inscripción explicitaría la posibilidad del heredero de pagar la deuda resultante de la correspondiente liquidación en los plazos establecidos, cancelándose consecuentemente la hipoteca, con medios propios o financiados, o bien mediante la venta de la finca, en cuyo caso se harán constar los convenios de realización y los plazos si los hubiere.

2. 4. UTILIDAD SOBRE LA HIPOTECA INVERSA

Debemos reflexionar sobre la utilidad de este instrumento y ver en que puntos es más rentable para entidad financiera que para los destinatarios, y el rendimiento y utilidad que puede tener para los mayores y los dependientes.

Esta figura con la regulación de la ley 41/2007 plantea sobre todo ventajas económicas para los deudores, entre las que podríamos destacar las siguientes:

1. El deudor va a mejorar su nivel de vida ya que gracias al dinero recibido de la entidad bancaria le va a permitir hacer frente a gastos extraordinarios como médicos, farmacéuticos, ayudas en las labores del hogar, derramas de la comunidad, etc., que probablemente antes le costara hacer frente a esos gastos.
2. Sirve como complemento a las pensiones públicas, que no siempre son suficientes.
3. Después de la regulación de la ley 41/2007, esta figura tiene ventajas fiscales para el deudor.
4. El deudor no sólo disfruta del inmueble, sino que además sigue teniendo la titularidad del mismo, como que no pasa en otras figuras a fines como la renta vitalicia o el contrato de alimentos, en los que pierde la propiedad del inmueble y se queda con el usufructo.
5. Puede alquilar la propiedad y con ello conseguir una fuente extra de ingresos, y el acreedor no puede pedir el vencimiento anticipado del préstamos.
6. En este tipo de hipotecas al contrario de lo que pasa con las ordinarias, el deudor no tiene que hacer frente al pago de cuotas mensuales por lo que no corre el riesgo de perder su vivienda por el impago de las mismas, ya que lo que hace es recibir dinero del banco.
7. Al fallecimiento del deudor, la titularidad del bien pasa a sus herederos, los cuales si así lo desean pueden quedarse con él, cumpliendo unas determinadas condiciones, que hemos visto anteriormente

Desde el punto de vista de la mecánica financiera, es evidente que este tipo

de hipotecas supone un importante riesgo para la entidad prestamista²⁸⁰.

El “riesgo de longevidad”, desde ya, sólo amenaza al negocio financiero. En cualquier caso, la longevidad se ha mostrado -y sin duda seguirá evolucionando de la misma manera- como creciente en la estadística, pero aleatoria en cada caso particular. De todos modos, las dificultades para prever las transformaciones a lo largo del tiempo de los tres factores inciden en forma directa sobre el coste financiero, especialmente cuando se trata de justipreciar la evolución de los tipos de interés y definir los criterios a aplicar para hacer un cálculo medianamente confiable de la revalorización posible de los inmuebles hasta el momento del reembolso.

Es que esas variables son particularmente sensibles a factores impredecibles y ataques especulativos. En ese aspecto habría que tomar en cuenta además las propias debilidades -y responsabilidades- del sistema financiero, las que llevan a VERGÉS, por ejemplo, a sostener que

“la actual crisis en España es debida al origen y mal uso de una financiación indebida de naturaleza monetaria, destinada a un sector no productivo inflado con falsas expectativas a golpe de información asimétrica”²⁸¹.

Como bien se ha puesto en evidencia en los años recientes con el estallido de las burbujas inmobiliarias -la de los Estados Unidos primero, la española después- los precios de los bienes inmobiliarios y el valor de las deudas

²⁸⁰ Así QUESADA SÁNCHEZ, “La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 81, p. 141. Señala que: “Este instrumento combina tres tipos de riesgos: en primer lugar, la longevidad del prestatario; en segundo lugar, el tipo de interés y, por último, el valor de la propiedad. El primero de ellos se minimiza concertando un seguro que atienda a los intereses que genera la deuda cuyo pago aún no se puede exigir”.

²⁸¹ VERGÉS, *La información asimétrica en el sector inmobiliario español (II). Crisis y Stocks*. Observatorio Inmobiliario y de la Construcción nº 48, 2011, pp. 52-59. Disp. en <http://qmunty.com/blog/2011/03/14/verges-la-informacion-asimetrica-en-el-sector-inmobiliario-espanol-ii/> consultado el 19 de noviembre de 2011.

hipotecarias circulan por carriles distintos, y si bien las entidades financieras protegen sus créditos hipotecando los bienes -lo que garantiza en principio los montos prestados-, al acomodarse los precios inmobiliarios artificialmente inflados por la especulación, se arriesgan a que las deudas generadas crezcan por encima del precio de venta, situación que no solamente las puede convertir en impagables para los deudores -los que se exponen (y a menudo sucumben) a la pérdida de sus propiedades-, sino que también puede colocar a la entidad prestamista ante la imposibilidad de recuperar -incluso con la ejecución de las hipotecas- las sumas involucradas.

En el caso de la hipoteca inversa, el perjuicio recae de hecho principalmente sobre el deudor mismo, y por partida doble, ya que por una parte toda la operación se encarece a medida y en proporción al incremento del riesgo, y por la otra el monto que pueden obtener por su inmueble se reduce. Así, al aumento de los costes se le suma el hecho de que también el total de las sumas a percibir queda acotado por aquellos riesgos. Además, en caso de que aspire a una prestación vitalicia -única manera en que la hipoteca inversa pueda cumplir efectiva y eficazmente con su carácter “asistencial y no especulativo”- el encarecimiento de la hipoteca debe cargar con los costes adicionales del seguro.

Por otra parte, como dijimos, la tendencia a minorar los valores de cálculo aplicando el “principio de prudencia”, tira hacia abajo el monto del crédito: a mayor riesgo, el monto comprometido por el prestamista siempre tiende a la baja. Las agencias de seguros que garantizan la percepción de los montos y/o el carácter vitalicio de las percepciones, al basarse sobre pautas definidas por las estadísticas, reparten al menos el “riesgo de longevidad” entre los contratantes, de manera que sean éstos en su conjunto los que se hagan cargo de los gastos y de los riesgos de todo el sistema. Pero la valuación del inmueble, la tasa de interés y los criterios de revalorización de la propiedad son variables -y en tiempos de crisis: casi impredecibles- y juegan en la práctica en contra del deudor.

En todo caso, los “apalancamientos” financieros y la apertura de mercados secundarios resultaron -aquí como en los Estados Unidos- en poco (o nulo) control de la capacidad de repago, inflando la burbuja especulativa. Política miope, de corto plazo: cuando el valor de venta del inmueble no alcanza a cubrir las sumas adeudadas, el problema se traslada al acreedor.

A pesar de las dificultades y los riesgos, este tipo de hipotecas ha alcanzado cierto grado de desarrollo en diversos países asiáticos, en Inglaterra, Francia²⁸² y especialmente en EE.UU.²⁸³, aunque los mayores costos derivados de la crisis de las hipotecas “*subprime*” haya llevado posteriormente en la mayoría de los casos a una declinación de este tipo de operaciones.

Desde antes de la crisis, los inconvenientes mencionados ya habían motivado dificultades y retrasos para su aprovechamiento pleno e impedido una implantación vigorosa en los países desarrollados²⁸⁴. Las características propias de la hipoteca inversa dejan ya de por sí en evidencia que, en función del mayor riesgo asumido por la entidad acreedora, los costes financieros para el acreditado van a ser muy superiores a los de una hipoteca ordinaria, lo cual inevitablemente resulta en una reticencia a contratarlas. A pesar de esa posible reticencia -que se aplica más al conjunto de la operatoria que al caso particular-, el mecanismo de la

²⁸² En Francia se ha regulado recientemente la hipoteca inversa con la denominación de “Prêt viager hypothécaire”. Puede consultarse al respecto una ficha sintética de su mecanismo en: Lamoussière-Pouvreau, Corinne y Masset-Denève, Emmanuel, “Le prêt viager hypothécaire”, en *INC document. Fiche pratique*. J. 248/12-07. Paris. Disponible en: http://www.conso.net/bases/5_vos_droits/1_conseils/conseil_826_fj248-viager_hypothecaire.pdf

²⁸³ En EE.UU. se comienza a desarrollar este producto financiero especialmente a partir de 1988. El Congreso de los EE.UU. Aprueba la legislación sobre la hipoteca inversa el 22 de diciembre de 1987, creando la denominada HECM (Home Equity Conversion Mortgage), que son hipotecas aseguradas por la Federal Housing Administration (FHA) o por la Fannie Mae (Asociación Federal Nacional Hipotecaria Estadounidense) y que exigen unos requisitos determinados para su concesión. Puede consultarse U.S. Department of Housing and Urban Development, “Frequently Asked Questions about HUD’s Reverse Mortgages”, disponible en: http://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/housing/sfh/hecm/rmtopten

²⁸⁴ En EE.UU., este tipo de hipotecas, garantizadas por la Administración, han tenido un relativo éxito, pero la crisis hipotecaria, que ha llevado a muchos particulares a perder su vivienda a y a las entidades financieras en situación de requerir gigantescos aportes de fondos por parte del

hipoteca inversa puede motivar un endeudamiento irreflexivo -e incluso innecesario-, ya que la obligación no solamente se posterga sino que pasa a los herederos, por lo que cabe que no se visualicen -no se ponderen suficientemente- los costes y que se tienda así a no sopesar debidamente otras alternativas²⁸⁵. Aunque no siempre se lo tenga claro, la hipoteca inversa puede suponer la liquidación del patrimonio familiar; al no requerir esfuerzo -o por lo menos al no resultar éste visible, por estar pospuesto y cambiar de manos- se la ha denominado a veces *hipoteca indolora*.

En razón de estos riesgos, la mayor parte de las Entidades de Crédito suelen aconsejar a sus clientes -para evitar conflictos familiares que representen complicaciones para el prestamista al momento de recuperar el crédito, es decir proceder a la ejecución de la hipoteca y la venta forzosa del inmueble- que ante la posible decisión de constituir una de estas hipotecas se haga partícipe de ello a la familia, e incluso que ésta preste su consentimiento formal.

La hipoteca inversa se mueve entonces en una estrecha cornisa, atrapada entre los riesgos que acechan al prestamista y los peligros que amenazan al deudor. Sin dejar de ofrecer seguridad al acreedor, debe ser lo bastante atractiva para el contratante. Los riesgos de una publicidad engañosa o simplemente incompleta son evidentes. Tal la razón de que desde el texto introductorio mismo de la Ley, el legislador haya creído necesario establecer *“una referencia explícita a la información precontractual que las entidades de crédito deban poner a disposición de sus clientes a fin de asegurar que éstos, a la hora de contratar los diferentes productos bancarios, dispondrán de los datos más relevantes sobre sus características para así estar en disposición de formarse una opinión fundada*

Tesoro para evitar su la quiebra, ha dejado al desnudo sus inconvenientes.

²⁸⁵ En la HECM estadounidense se exige para su constitución el asesoramiento por agentes especializados para reducir este inconveniente.

sobre ellos²⁸⁶.

Frente a estas serias objeciones, sin embargo, deben de cualquier manera señalarse las ventajas potenciales para los prestatarios que llevaron a proponer a la hipoteca inversa como una alternativa para ancianos y dependientes:

1. Es un medio de obtener liquidez para personas que por su situación personal de edad, dependencia o carencia de medios económicos no pueden conseguirlo por otros mecanismos financieros. Este beneficio puede ser especialmente importante -así lo plantea el Preámbulo de la Ley 41/2007- ya que, atendiendo a la situación de las personas mayores que perciban bajas pensiones del sistema público de protección, apunta a *“ paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados ”* .

2. Se moviliza su patrimonio inmobiliario, constituido por la vivienda en que reside, sin necesidad de desprenderse de ella vendiéndola o transmitiéndola a cambio de una nueva renta vitalicia o por cesión de alimentos, con lo que no se modifica su situación habitacional. El mantener la residencia en la vivienda es quizás uno de los argumentos más relevantes y atractivos.

3. Al mantener la titularidad de la vivienda, el propietario hipotecario o sus herederos hacen suyas las posibles revalorizaciones del inmueble. Además de recibir el crédito, el propietario podrá, si no le interesa continuar residiendo en la vivienda, obtener rentas a través de su arrendamiento, lo que puede ser muy interesante para personas mayores o dependientes que deseen -o se vean obligadas a- residir en centros asistenciales, geriátricos o para la tercera edad.

En ese sentido cabe observar que la llamada hipoteca inversa ya había tenido acogida en nuestro sistema hipotecario²⁸⁷ antes de la adopción de la Ley

²⁸⁶ Preámbulo de la Ley 41/2007, BOE núm. 294, p. 50593.

²⁸⁷ Para una enumeración de los trabajos doctrinales más interesantes previos a la Ley

41/2007. Ésta de hecho se apoya en las experiencias existentes y busca regularlas. Son varias las entidades de crédito -fundamentalmente Cajas de Ahorro-, que aun ofrecen a sus clientes esta posibilidad bajo diversas denominaciones, tales como hipoteca pensión, pensión hipotecaria o complemento hipotecario, e incluso como hipoteca inversa con entrega de capital total.

De todos modos, estos nuevos productos financieros no han tenido una gran demanda -ni excesiva oferta, por otra parte- y su implantación se ha visto limitada por los dos grandes inconvenientes expuestos: altos costes para el acreedor y cierto riesgo para la entidad prestamista.

No obstante -y como ya vimos-, España podría representar un interesante mercado, ya que se dan una serie de circunstancias favorables -incluso más que en otros países- para que este tipo de hipotecas puede tener un futuro, convirtiéndose para las Entidades en un complemento financiero de la hipoteca ordinaria de amortización para la adquisición de la vivienda.

Las dificultades personales a las que se buscaba dar respuesta con los nuevos institutos jurídicos son similares a las de otros países. También lo son el aumento de la esperanza de vida y el incremento en la cantidad de personas en edad de jubilación, en circunstancias en las cuales sufren la disminución de su poder adquisitivo. Frente a ello -y gracias a la particular estructura de la propiedad inmobiliaria española- se alza la importante masa de recursos que representa el gran número de propietarios de viviendas que existe en España, el que, según los datos del INE²⁸⁸, implica que el 87,2% de las personas mayores de 65 años tiene una vivienda en propiedad (estando totalmente pagada en el 68,9%).

41/2007 puede verse SERRANO DE NICOLÁS, *Régimen jurídico de la hipoteca inversa*, Revista de Derecho Privado, (2008), nota 1, pp. 34-35.

²⁸⁸ www.ine.es

Entre ambos extremos se ubica el cambio de la estructura familiar tradicional con la reducción del número de hijos y la importante proporción de familias monoparentales, que restringe por un lado las posibilidades de apoyo familiar y por el otro frena la tendencia al fraccionamiento de la propiedad..

Nos contentaremos por ahora con estudiar la mecánica jurídica que sostiene y da vida a la hipoteca inversa. En ese sentido, insistiremos en el hecho de que a pesar de los inconvenientes, ésta podría ser un instrumento adecuado para movilizar en una cierta medida los patrimonios inmobiliarios de personas que por su situación de edad, dependencia o insuficiencia de ingresos se hallan imposibilitadas para obtener recursos por otros instrumentos financieros.

2. 5 ALGUNOS PUNTOS DE CONTROVERSIA EN TORNO A LA HIPOTECA INVERSA

Ya desde el Proyecto de Ley 121/00127 se precisaban algunas cuestiones que serían centro del debate parlamentario. En particular nos detendremos sobre dos de ellas -que al final no sufrieron cambios- que se vinculan con aspectos conceptuales de interés en relación a lo que algunos autores han dado en llamar la "cultura de la herencia" y la "cultura de la propiedad" en España. Por un lado, se limitaba -en el apartado 1- la posibilidad de establecer una hipoteca inversa a "*un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante*", y por el otro -en el apartado 6- se reconocía el derecho del acreedor a obtener el recobro de los débitos vencidos no solamente hasta el valor obtenido por la realización de la propiedad hipotecada sino "*hasta donde alcancen los bienes de la herencia*".

En el primer punto hubo propuestas -finalmente descartadas- para no limitar la posibilidad de hipoteca inversa a la vivienda habitual, siempre y cuando el objetivo fuera completar la pensión con la renta adicional generada. Esta postura a primera vista parece apelar al aspecto "social" invocado en la "Exposición de

motivos" de la ley -así se la presenta, como destinada a mejorar la vida del beneficiario-, pero en realidad se orienta más bien a los efectos macroeconómicos, más generales, aquellos que se proponen inyectar fondos líquidos en el mercado para acelerar la economía. Ambos aspectos no tienen por qué enfrentarse -de hecho están vinculados- pero sin duda no siempre coinciden, y una cosa es mejorar los ingresos de los jubilados de menores ingresos y otra alimentar la especulación financiera sobre los bienes inmuebles: la vivienda habitual se distingue de los demás bienes inmuebles por el hecho de ser un bien de uso, mientras que los otros no lo son.

Finalmente, se admitió la constitución de hipotecas inversas sobre otras viviendas, pero sin que les quepan las desgravaciones impositivas correspondientes: se admitió la licuación pero no se la premió impositivamente. Por lo que se permitía hacer esta figura sobre otros bienes, como segunda residencia o una finca rústica, pero al no tener ninguna clase de beneficios fiscales para el deudor, no lo hacían en absoluto atractivo para el mismo.

En cualquier caso, ya en este punto lo que está en discusión es la función de la propiedad inmueble en la economía nacional, y lo que se presenta como opuesto a los intentos de darle liquidez es la economía familiar, en particular la circulación de bienes a través de los mecanismos de la herencia. El mismo contraste se hace presente en el debate abierto en torno del apartado 6 de la ley, en el que se propuso -sin éxito- cambiar la redacción para acotar el recobro de la deuda por parte del acreedor a la vivienda hipotecada -la garantía real de la deuda-, excluyendo explícitamente a los demás bienes que pueda incluir la herencia. Nuevamente aquí los argumentos oscilan entre los que sostienen que se trata de facilitar la suscripción de hipotecas inversas -argumento macroeconómico, en última instancia orientado a inyectar fondos en la economía-, los que hacen hincapié en proteger los derechos de los mayores frente al entorno económico y a su propia familia y quienes destacan simplemente la necesidad de usar el mismo

criterio acotado a la garantía real que rige para cualquier hipoteca, dejando en claro la falta de control de los herederos sobre la ejecución de la vivienda.

A primera vista, la extensión del reclamo a la totalidad de los bienes de la herencia no parece del todo lógico. Los riesgos del negocio son los mismos que los de cualquier operación a futuro, se los valora anticipadamente y ya son tomados en cuenta para la determinación del monto prestable. Afectar al conjunto de los bienes para garantizar un crédito que cuenta con la garantía real de la hipoteca, por mucho que se proponga no encarecer excesivamente su costo, implica no sólo una pesada carga sobre la herencia y una garantía excesiva -casi absoluta- sino que parece poco eficaz -aunque quizá fomente la liquidación previa de los bienes- y resulta de dudoso fundamento jurídico.

Habría que plantear ciertas cuestiones que actúan como marco -o telón de fondo- al respecto. En primer lugar lo que se ha dado en llamar la "cultura de la propiedad", y cómo juega en relación a la "cultura de la herencia" (la tendencia a querer dejar herencia a los descendientes) frente a las propuestas que buscan dar mayor liquidez a los mayores y a la economía en general. Los conflictos que a lo largo de la historia han generado las cuestiones hereditarias son bien conocidos, y no abundaremos en ellos. Pero, como deja en claro una encuesta realizada por un grupo de investigadores de la Universidad de Barcelona en el año 2007²⁸⁹, sería esa cultura de la herencia la que tiende a frenar la comercialización de las hipotecas inversas o las rentas vitalicias: *"el 90% de los encuestados mayores de 50 años planean dejar herencia. Ahorran en activos mobiliarios y especialmente inmobiliarios, motivados por una mezcla de deseo altruista de dejar herencia en combinación con un motivo precaución, en contra de los supuestos de previsión, base de la teoría del ciclo vital. Por otro lado, se deduce una reducida importancia*

²⁸⁹ COSTA-FONT, GIL-TRASFÍ, MASCARILLA-MIRÓ, *Capacidad de la Vivienda en Propiedad como Instrumento de Financiación de las Personas Mayores en España*, CAEPS, Universitat de Barcelona, Mayo 2007. Disponible en: http://www.amma.es/pdf/estudio_vivienda_edadyvida.pdf

*de las herencias motivadas como un modo de intercambio, servicios de atención informal o ayuda de los hijos ahora a cambio de una herencia futura. Obviamente, estas motivaciones explicativas de la cultura de la herencia en España no se excluyen y los motivos pueden variar según los individuos, con el tiempo y en función del grado de protección social y sanitaria que exista*²⁹⁰.

En ese sentido señalan que la modalidad de ahorro orientado hacia la herencia en la sociedad española es un obstáculo directo para los instrumentos financieros que se proponen dar liquidez a los bienes inmuebles. El marco teórico que adoptan es el de la teoría del "ciclo vital", desarrollada por el economista italiano MODIGLIANI, Premio Nobel de Economía de 1985. De acuerdo con ésta, señalan, *"el individuo racional no planea dejar herencias y mantiene una senda de consumo estable a lo largo del ciclo vital, de modo que el ahorro que acumula durante su vida activa lo dedica a consumir durante su época de retiro (desahorro) [...]"*²⁹¹.

En España, según diversos estudios empíricos, esto no se cumple: los españoles ahorran y dejan herencia²⁹². Ahorran en su época de plenitud y no se deshacen de sus bienes en la fase final de su ciclo vital.

La "racionalidad" económica a la que se alude -la del "*homo oeconomicus*"- es -qué falta hace decirlo- una mera abstracción a los efectos del cálculo de ciertas variables económicas, al punto que AMARTYA SEN -Premio Nóbel de Economía también él, en 1998- se refería a esa conceptualización del hombre como "*rational fool*" (idiota racional)²⁹³. Es un hombre sin carne, sin afectos, deseos, imaginación ni fantasía, un simple contable que sabe todo de los precios y

²⁹⁰ Ibídem, p. 1.

²⁹¹ Ibídem, p. 87.

²⁹² Ibídem, p. 88.

²⁹³ SEN, *Los tontos racionales: una crítica de los fundamentos conductistas de la teoría económica*, Filosofía y Teoría Económica, F.C.E., 1986. Disponible en http://odh.pnud.org.do/sites/odh.onu.org.do/files/Los20tontos20racionales_0.pdf

nada de la vida, y responde estricta y exclusivamente a los estímulos que recibe desde el mercado.

A pesar de la caricatura que define esa racionalidad sin carne ni huesos, no deja de ser atendible la idea de que los bienes que cada cual logre adquirir -o incluso acumular- a lo largo de su vida sólo se justifican plenamente en la posibilidad de disfrutarlos. Un bien que no se aprovecha no cumple función alguna, no ofrece nada a su poseedor. En ese sentido, morir con una gran cantidad de bienes implica no haberlos consumido (en el sentido vital del término): han sido pues inútiles, y su adquisición un derroche sin sentido. La acumulación no tiene sentido existencial alguno. Sin embargo, nadie puede ignorar que es una constante a lo largo de la historia humana. Y por algo hoy, según el Credit Suisse²⁹⁴, el 1% más rico del mundo posee el 43,6 % de la riqueza mundial, mientras que el 50% más pobre solo posee el 1% del patrimonio mundial.

En el mismo sentido, muchas explicaciones que se dan -y sin duda están presentes- en relación a las razones que pueden justificar la cultura de la herencia -tanto si son "altruistas" como "egoístas" o "precautorias"- asumen en ciertos análisis la forma exclusiva de una transacción comercial. Se trataría de "*una estrategia de intercambio de padres e hijos, de modo tal que los padres para conseguir el cuidado, cariño y la atención de los hijos les ofrecen a cambio la posibilidad de una herencia futura (y/o transferencias presentes)*"²⁹⁵.

Todo indica que los comportamientos humanos son mucho más complejos que los modelos simplificados con los que pretenden representarlos los analistas económicos. Por eso mismo cabría tomar con reservas los eventuales efectos del "cambio estructural" que describen en la estructura familiar. No caben dudas de

²⁹⁴ BIBEAU, *La répartition de la richesse dans le monde*, mayo 2011. El informe *Global Wealth Databook 2011* puede descargarse desde <http://www.statista.com/study/7564/global-wealth-databook-2011/>

²⁹⁵ COSTA-FONT *et al*, op. cit., p. 88.

que los matrimonios tienen menos hijos, que las mujeres trabajan y que la asistencia informal a los ancianos y dependientes no se mantiene de la misma forma que antes. Es un hecho también que uno de los efectos del envejecimiento es que los hijos son mayores -a veces hasta en edad de jubilación- a la fecha de la muerte de sus padres, y por lo tanto ya han hecho su vida y suelen tener su propia vivienda, lo cual reduciría la importancia de la transmisión por herencia. Pero eso no debiera alentar demasiadas ilusiones -como parecen hacerlo los técnicos responsables de las entidades financieras consultados por el grupo de estudiosos de Barcelona- acerca de que en un futuro "*se pueden llegar a contratar más hipotecas inversas porque existirá más racionalidad económica, mayor información sobre los beneficios del producto, habrán más entidades que los ofrezcan. También por un cambio sociológico del concepto de familia, una mayor necesidad económica y porque la cultura de la herencia será más débil*"²⁹⁶.

Los cambios culturales son lentos y complejos, la racionalidad aludida discutible -o al menos secundaria frente a otras consideraciones-, y si bien el estímulo económico de ciertas conductas podría alentarlos -y en ese sentido pueden tener alguna influencia-, es difícil prever sus efectos concretos. Aunque culturalmente hay una barrera de no dejar en herencia a sus hijos la vivienda, aunque éstos ya disponga de una propia, y probablemente los herederos no estén de acuerdo y no vean con buenos ojos que se vea mermada su herencia, por lo que probablemente prefieran que sus padre, madre o ambos, tengan una peor vejez, pero que finalmente ellos hereden más cantidad.

En cualquier caso, parece algo cínico centrar las esperanzas de desarrollo de las hipotecas inversas con seguro de renta vitalicia en la "*mayor necesidad económica*", en "*lo apremiantes que resulten las necesidades económicas a las personas mayores*"²⁹⁷, es decir en "*las dificultades que se atisban en la*

²⁹⁶ COSTA-FONT *et al*, op. cit., p. 60.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 63.

*sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones y la incertidumbre aparejada a la magnitud de la pensión a cobrar*²⁹⁸.

Contar con un empobrecimiento de la población en tiempos en que la producción de bienes ha crecido por encima de las necesidades -hoy el mundo produce más alimentos de los que puede consumir- parece un proyecto de difícil justificación ética y poco fundamento económico, por mucho que la distribución de esa producción parezca ofrecer argumentos en tal sentido.

En todo caso el papel de los herederos en los productos financieros ofrecidos para los mayores es clave. No solamente por las tensiones que se pueden producir al momento de suscribir cualquier contrato que pueda afectar la herencia -y no por nada las entidades sugieren la participación y el acuerdo familiar- sino porque posteriormente pueden ser fuente de conflictos. Según RAPOSO ARCEO, *"Al analizar la Jurisprudencia sobre el vitalicio observamos en no pocas ocasiones que el objeto de la "litis" está constituido por la pretensión de los herederos forzosos de impugnar la constitución del vitalicio por entender que afectaban a sus derechos legítimos"*²⁹⁹.

De allí también las muchas consideraciones en torno de los herederos. En los contratos que terminan con la muerte de una de las partes, todos los cabos -suelos o firmes- van a para a manos de ellos. En la medida que la sucesión implica de algún modo la subrogación de una persona por otra, que le sucede en todos sus derechos y obligaciones (artículo 661 C.C.), se ha señalado cierta premura en evitar *"que ese acervo patrimonial permanezca por mucho tiempo sin un responsable frente a terceros"*³⁰⁰, y que esto suele ir *"en beneficio de terceros"*

²⁹⁸ Ibidem, p. 106.

²⁹⁹ RAPOSO ARCEO, *El Vitalicio*, Anuario da Facultade de Dereito, Universidade da Coruña nº 8, 2004, pp. 653-682. p. 677.

³⁰⁰ MERINO HERNÁNDEZ, *Aceptación y Repudiación de la Herencia*, Undécimos Encuentros del Foro Aragonés. Actas. Pág. 8. Disponible en: http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n000983_Aceptacion%20y%20repudiacion

y, en general, del tráfico jurídico, no necesariamente del propio [heredero] llamado".³⁰¹

Los terceros de marras son en este caso las entidades que ofrecen las hipotecas. Y el único recurso que les queda prácticamente a los herederos - cuando la herencia amenaza ser una carga más que un aporte- es el de repudiar la herencia, o aceptarla a beneficio de inventario³⁰².

En ese sentido, el acreedor está en mucho mejor posición. De cualquier manera, la decisión para suscribir este tipo de hipotecas pone en juego no solamente los bienes materiales sino las relaciones familiares, por lo que debiera ser objeto de discusión y decisión conjunta. Lo cual, desde ya, no siempre es sencillo o siquiera posible, justamente por el entramado de relaciones personales y afectivas que interviene. En todo caso, de lo que no caben dudas es que tanto para el suscriptor como para la familia en su conjunto, las consideraciones deben incluir las cuestiones relativas a la economía exclusivamente personal y familiar - no así las de la macroeconomía- pero sobre todo atender a las situaciones vinculadas a los proyectos y posibilidades personales y familiares, y al mantenimiento de los lazos de afecto.

2. 6 EL SEGURO DE RENTA

Hemos visto que la mayoría de las entidades financieras que ofrecen la

³⁰¹ Ibídem, p. 13.

³⁰² En este sentido MOLINA PORCEL, en *Derecho de Sucesiones. 8. La Aceptación y repudiación de la herencia*: <http://www.difusionjuridica.es/HTML/inmueble/bibliopremium/www.bdigrupodifusion.es/verdocumentopr.php-n=3000> (consulta mayo de 2012) dice así"para que pueda aceptar la herencia manteniéndola separada de su propio patrimonio, a todos los efectos legales, hasta que se hayan pagado todos los acreedores conocidos y legatarios y para que, incluso en el caso de aparecer nuevos acreedores después de haberse confundido ambos patrimonios, sólo responda personalmente ante ellos en la medida en que haya experimentado un enriquecimiento a

posibilidad de suscribir una hipoteca inversa recomienda contratar al mismo tiempo un seguro de renta, de modo que la prestación prometida se convierta en vitalicia. En efecto, para que el propósito social declarado de ese tipo de hipoteca -asegurar un ingreso complementario a los mayores que cuentan con vivienda propia- se cumpla cabalmente, es necesario que la percepción de esa renta esté garantizada hasta el fallecimiento del -o los- beneficiarios. Si la hipoteca inversa tiene un plazo -o un monto- definido, lo único que ofrece es que el reclamo de devolución de la deuda se postergue hasta después de la muerte del beneficiario, pero no asegura que los ingresos suplementarios se sigan cobrando de por vida, única forma en que la percepción de las rentas originadas en dicha hipoteca goza de continuidad suficiente como para asegurar tranquilidad duradera y condiciones de vida aceptables a aquellos que consideran escasos o insatisfactorios sus ingresos jubilatorios. Le serían entonces aplicables las palabras que QUIÑONERO CERVANTES dedica a la renta vitalicia, en el sentido de que la renta debe cumplirse "*durante el tiempo de su duración (la vida humana), pues de no ser así la renta vitalicia quedaría desvirtuada, al no cumplir los fines de prevención que se le asignan*"³⁰³.

En sí, los sistemas de renta vitalicia tienen una larga historia -se pueden rastrear los orígenes de muchos de sus aspectos en Roma (*stipulatio*, testamento) o en la Edad Media ("precario eclesiástico")- y de hecho engloban una variedad de alternativas, organizadas en base a la modalidad de la ejecución periódica, pero que pueden tener orígenes distintos: "*la doctrina admite como fuentes de la renta vitalicia, además del típico contrato de renta vitalicia, regulado por el Código, el contrato de seguro, e incluso el de compraventa, en los cuales puede estar inmersa una relación de renta vitalicia. Pueden existir rentas vitalicias basadas en*

consecuencia de la sucesión" .

³⁰³ QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de renta vitalicia* Universidad de Murcia, p. 22, <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/12343/1/La%20situacion%20juridica%20de%20renta%2>

*un acto a título gratuito, destacando, entre ellas, la donación de renta vitalicia y el legado de renta. La ley, en otros casos, puede dar origen a una relación de renta vitalicia; -ejemplo de ello es en nuestro Derecho el caso del derecho que corresponde al cónyuge supérstite- de que los herederos facultados por la ley para ello satisfagan el usufructo que a aquél le corresponde con una renta vitalicia. Son también casos de rentas vitalicias derivadas de una ley aquellas rentas que provienen de una prestación de la seguridad social. Especialmente como consecuencia de los seguros obligatorios de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, invalidez y vejez”.*³⁰⁴

Fuentes múltiples que comparten la circunstancia de instalar el derecho de una -o más- personas a percibir una renta periódica hasta la fecha de su fallecimiento.

De hecho, el seguro de renta vitalicia que aquí nos ocupa -encargado de los eventuales desembolsos ocasionados por una sobrevida prolongada más allá de los valores estadísticos actuariales- es un producto independiente de la hipoteca inversa, y puede ser contratado sin necesidad de ella. En sí consiste en una modalidad de los seguros de vida-ahorro, en la que una entidad aseguradora le garantiza al suscriptor una renta periódica hasta su muerte a cambio de una prima, en general única, pero que en ciertas condiciones puede ser complementada con aportes adicionales. La renta a percibir -como en la hipoteca inversa- depende básicamente de la edad y el sexo del contratante -que determinan el tiempo estimado de vida-, del monto de la prima aportada -sobre la cual se considera un interés atractivo- y del momento en que se comienza a cobrar (puede ser inmediato o diferido). En el caso de los seguros que se ofrecen asociados a la hipoteca inversa, la prima se descuenta del monto total y -obviamente- es de cobro diferido.

Ovitalicia.pdf

³⁰⁴

QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op., cit. p. 88.

Cuando se contrata este tipo de seguro junto con la hipoteca inversa, el asegurador sólo asume la obligación de satisfacer la renta, a partir del momento en que el asegurado a sobrepasado sus expectativas de vida o lo hacer próximamente y se asegura recibir una cantidad de dinero que le sirva para seguir viviendo bien, ya que de otra manera o habrían ya recibido todo el dinero por parte de la entidad bancaria, si hubiera decidido recibir la cantidad en una sola entrega, y en el caso de que hubiera escogido la opción de recibir cantidades durante toda su vida, puede que éstas ya fueran minúsculas. Por lo que es una buena opción contratar este tipo de seguro de renta vitalicia y así el deudor se asegura una percepción de una renta digna durante toda su vida.

Para la aseguradora es una figura bastante fiable, ya que no asume un riesgo demasiado elevado. Debido a que el deudor asume una deuda creciente por las disposiciones realizadas por la entidad de crédito, de las cuales una parte se destinará a pagar el seguro, y así asegurarse una renta durante toda su vida³⁰⁵.

Además, si se incluye garantía por fallecimiento en el caso de que el prestatario muriese antes de lo esperado, por lo que en ese caso, al morir el asegurado los beneficiarios designados tienen derecho a recuperar la prima aportada (más los aportes complementarios, si los hubiera), en principio en su totalidad -según el caso algo menos o incluso un poco más-, lo que habilitaría la opinión de Gracia Terrón en el sentido de que representa un producto *muy atractivo para los colectivos de rentistas que desean que los productos financieros de alguna manera se autoadministren sin consumir el principal*³⁰⁶.

Normalmente es posible solicitar -pasado un tiempo- el rescate, ya sea parcial o total, de las sumas aportadas, aunque es frecuente que las compañías

³⁰⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, *La hipoteca inversa*, op. cit., p. 151.

³⁰⁶ TERRÓN, *Rentas Vitalicias: ¿Qué son y cómo funcionan?*, *Consumer.es* 6/7/2006, en: Rankia. Comunidad financiera: <http://www.rankia.com/articulos/210155-rentas-vitalicias-que-son-como-funcionan>

aseguradoras impongan penalizaciones elevadas y en torno de esta cuestión se muestren reticentes o algo morosas, lo que puede generar conflictos y controversias.

Deberíamos destacar el hecho, de que la Ley 41/2007, no menciona en ningún momento a este tipo de seguros, lo que es bastante llamativo si tenemos en cuenta que es una garantía para los particulares de una pensión complementaria de por vida, aún cuando superen las expectativas de vida de la media de la población, constituiría un importante instrumento de fomento de la hipoteca inversa, al disipar el riesgo de dejar de percibir estas cantidades³⁰⁷. Por lo que probablemente hubiera sido conveniente que se hubiera regulado la obligatoriedad de contratar este futuro al mismo tiempo que se contrata la hipoteca inversa, ya que si normalmente la hipoteca inversa se contrata para que las personas mayores o dependientes tengan más liquidez y así puedan estar debidamente atendidos y suplir los la renta de la hipoteca inversa los gastos que no pueden afrontar únicamente con su pensión, y ésta figura se crea para que éste sector pueda tener más recursos económicos constituyendo una hipoteca inversa sobre su vivienda habitual, no tiene mucho sentido que le legislador no prevea que si el deudor vive más tiempo de lo previsto, es decir que supere sus expectativas de vida, en esa etapa final vaya a recibir una pensión irrisoria, y más teniendo en cuenta que al ser mayor que cuando contrato con la entidad bancaria la hipoteca probablemente tendrá más necesidades que cubrir y más gastos. Por lo que hubiera sido aconsejable que la ley hubiese impuesto su obligatoriedad. No obstante, la gran mayoría de entidades financieras suelen imponer u obligar la contratación de este tipo de seguro de renta vitalicia.

El tratamiento fiscal del seguro de renta es atractivo -se trata de un producto que el fisco tiene interés en promover, ya que por un lado las sumas que

³⁰⁷ MARTÍNEZ ESCRIBANO, *La hipoteca inversa*, op. cit., p. 153.

se dejan de percibir a causa de la desgravación se recuperan con creces con el aumento del consumo -las rentas vuelven rápidamente y en su totalidad al circuito económico, generando ingresos fiscales- y por el otro -al complementar los ingresos de los jubilados- permiten una menor erogación en gastos de asistencia e incluso de seguridad social-, de modo que ha permitido una importante penetración de estos seguros en la economía. Según TERRÓN³⁰⁸, en 2006 había en España un total de 2.086.005 personas que contaban con un seguro de rentas vitalicias.

De hecho la Ley del IRPF de 2006 [...], primó las prestaciones en los contratos de seguros de renta (temporal y vitalicia) que tienen una vocación a largo plazo y son susceptibles de complementar a las pensiones públicas o a la asistencia social. [...] Por su parte, los cambios en la tributación introducidos en la Ley de PGE de 2010 no han supuesto variaciones importantes en la fiscalidad de los productos de ahorro-previsión, al margen de la elevación del tipo impositivo, que ha afectado a todos los rendimientos del ahorro financiero por igual³⁰⁹.

Productos promovidos con una fiscalidad atractiva y que ofrecen interesantes posibilidades, lo que les otorga un dinamismo particular: VÍCTOR GARCÍA-VAQUERO señala que *"los seguros de vida-renta, que, aunque sea en términos de activos gestionados (sus reservas técnicas suponen 70 mm de euros), siguen estando a una cierta distancia de los planes de pensiones, registraron durante los últimos años un mayor dinamismo, que ha tendido a reforzar el perfil creciente de sus reservas técnicas. El mayor vigor de estos instrumentos se ha podido ver favorecido por el interés de los inversores en obtener una rentabilidad fija en un entorno de caída de las cotizaciones y de elevada volatilidad de los*

³⁰⁸ Ibídem.

³⁰⁹ GARCÍA-VAQUERO, *Los instrumentos de ahorro-previsión en España: desarrollos recientes*. Banco de España, Dirección General del Servicio de Estudios, *Boletín Económico*, marzo 2010, p. 82. Disponible en: <http://www.bde.es/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEcono>

*mercados financieros y, también, por la no existencia de límites cuantitativos para sus aportaciones y por una cierta mejora en su tratamiento fiscal*³¹⁰.

Los efectos a mediano y largo plazo de la crisis actual aún son imposibles de medir aún, pero nos detendremos luego un poco sobre algunos aspectos problemáticos generales asociados a estos seguros y en general a contratos de largo plazo y tracto sucesivo.

2.7 RIESGO Y ALEA

Como ya hemos señalado, el simple hecho de atar el contrato a un hecho incierto -la duración de una vida humana singular- introduce factores aleatorios, y por lo tanto un riesgo: las consecuencias del convenio no son las mismas según el comportamiento de esos factores. Sin embargo, como bien señala Quiñonero, no es el azar el objeto del contrato de renta vitalicia -no se trata de una apuesta, de una mera especulación- aunque tampoco se lo pueda considerar un accidente extraño que irrumpe en él sin que los contratantes lo hayan podido prever o evitar: es una característica inevitable de este tipo de contratos, y como tal, aceptada por las partes: *"por su propia naturaleza el negocio es aleatorio y así hay que aceptarlo"*³¹¹.

En ese sentido cabe aclarar que lo aleatorio va más allá del momento de la muerte del beneficiario, en la medida en que el tiempo transcurrido modifica a cada momento los valores en juego, convirtiéndolos en variables. De hecho, el objeto de la renta vitalicia es doble: incluye el capital -la prima, en el caso del seguro- y las pensiones. Veremos luego de qué manera la evolución a lo largo del tiempo de las condiciones en las que se desarrolla el contrato plantea

mico/10/M

³¹⁰ GARCÍA-VAQUERO, *Los instrumentos de ahorro-previsión en España: desarrollos recientes*, op. cit, p. 80.

interrogantes y es objeto de discusiones.

En este caso nos limitamos a la renta vitalicia originada en la contratación de un seguro. Según GARRIGUES, *“el seguro es un contrato sustantivo y oneroso por el que el asegurador asume el riesgo de que pueda ocurrir un acontecimiento incierto, al menos en cuanto al tiempo, obligándose a cubrir la necesidad pecuniaria sentida por la otra parte (el asegurado) a consecuencia de ese riesgo determinado en el contrato”*³¹².

En el caso del Seguro de rentas vitalicias, el riesgo que se trata de evitar -el que se delega en la compañía aseguradora- es el referido a la caída de los ingresos, que cuando el seguro está asociado a una hipoteca inversa remite específicamente a una sobrevivencia que agote el valor hipotecario de la vivienda, colocando al hipotecante ante una privación de ingresos o a la entidad prestamista -si tuviera la obligación de continuar con los pagos- en situación de no poder recuperar los montos adelantados.

Según MAYERSON la principal finalidad del seguro es transformar incertidumbre en certidumbre proporcionando sensación de seguridad al asegurado. Las empresas de seguros asumen riesgos que agrupados convierten una gran pérdida potencial en otra pequeña y cierta³¹³.

En efecto, los grandes números que maneja la estadística diluyen la incidencia del hecho individual, y al tiempo que convierten en certeza la ocurrencia del daño, reducen sus efectos a una expresión mínima. Así, el seguro constituye la forma más perfecta y técnicamente eficaz para la cobertura de riesgos - transformando los individuales en colectivos- y transfiriéndolos a una organización

³¹¹ QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op., cit. p. 87.

³¹² GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid 1936-40, pág. 356.

³¹³ MAYERSON, *Ensuring the Solvency of Property and Liability Insurance Companies, Insurance Government and Social Policy*, Ed. Huebner Foundation for Insurance Education, New York, 1969, pp. 146-190

-el asegurador- estructurada con la técnica y operativa adecuadas para garantizar su compensación, en caso de ocurrir el evento³¹⁴.

El riesgo, aleatorio para cada caso, es de ocurrencia segura en el gran número, pero el daño ocasionado se reparte entre la multitud, de manera que resulta absorbido por el conjunto de las primas cobradas.

Se ha insistido mucho en el carácter social del seguro, en "*su capacidad de asociación de intereses individuales frente al riesgo para atender un siniestro (si se produce), es decir, la asociación de masas para el apoyo de los intereses individuales. Esta capacidad se puede interpretar como una fórmula colectiva de protección frente al riesgo*"³¹⁵.

Sin duda compartir los gastos ocasionados por un siniestro es una manera virtuosa de enfrentarlo. Sin embargo no se debe perder de vista que las empresas de seguros que prestan este servicio no tienen un objetivo altruista sino el de la obtención de un lucro, de manera que el asegurador "*no se limita a cobrar el precio medio (prima pura o de riesgo) al asegurado sino que lo grava con los siguientes recargos: gastos de administración (cobro de primas, tramitación de siniestros, etc.), gastos de producción (comisiones, etc.), gastos de redistribución de riesgos (coaseguro y reaseguro) y recargo comercial (equivalente al beneficio por el trabajo desarrollado y el capital expuesto)*"³¹⁶.

Es decir no sólo gastos, sino también beneficios: tal es el precio de no cargar con la incertidumbre de poder verse obligado a enfrentar solo, en base a los propios recursos, un daño eventual o imprevisto (así sea el que puede aparejar una larga sobrevivencia). Ansiedad que es delegada, siempre y cuando esté

³¹⁴ EUROSTAT, 1988, Sistema Europeo de Cuentas Integradas (SEC), INE, Luxemburgo.

³¹⁵ ALBARRÁN LOZANO, *La actividad aseguradora: importancia, revisión e integración de conceptos fundamentales*, Documentos de Trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Biblioteca de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. UCM.

³¹⁶ *Ibidem*.

garantizada la solvencia de la entidad aseguradora, por lo que los controles sobre esta actividad son -o deben ser- particularmente estrictos y severos. Así y todo el estallido de las burbujas especulativas -empezando por lo sucedido en los Estados Unidos- ha mostrado que la quiebra no es un imposible.

2. 8 NOMINALISMO Y VALORISMO

Estas consideraciones -referidas a los seguros en general- son aplicables también al caso del de renta vitalicia asociado a las hipotecas inversas. Sin embargo, en la medida en que el daño aludido tiene en ese caso características particulares -se trata en definitiva del nivel de ingresos a lo largo de un período más o menos extenso, que se interrumpe recién con la muerte del beneficiario-, exige la consideración de algunas circunstancias.

Efectivamente, al tratarse de una obligación de ejecución periódica y de tracto sucesivo que tiene por objeto el pago regular de una suma determinada, es obvio que esa suma está sometida a los avatares de la economía³¹⁷.

La primera opción -la que rige en la mayoría de los países y que se ha dado en designar como "nominalista"- lleva a que la renta se vaya deteriorando progresivamente. En situaciones de inestabilidad económica -en particular en condiciones de inflación- ese deterioro puede ser grave, e incluso invalidar el propósito original del contrato, al menos en lo relativo a la seguridad de ingresos ofrecida al adquirente. La segunda alternativa -designada como "valorista"- mantiene el nivel de la renta.

³¹⁷ En ese sentido, QUIÑONERO CERVANTES se pregunta si "el deudor debe de pagar la misma cantidad nominal de dinero que se pactó, o si por el contrario deberá entregar al acreedor una cantidad de dinero equivalente al valor adquisitivo actual de aquella cantidad establecida al momento de constituir la obligación", en QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 47.

Se ha señalado al respecto que el valorismo mantiene mejor el principio de conmutatividad de tráfico jurídico y de equivalencia de las prestaciones. Sin embargo, determina un evidente grado de inseguridad por cuanto que obligaría a una continuada reconversión de cantidades y en definitiva a una incertidumbre acerca del alcance de la obligación³¹⁸.

En cambio el nominalismo ofrece más seguridad, pero *"los movimientos generales del precio provocan alteraciones en la estructura de los precios relativos; además, cuando el dinero creado origina una inflación de precios, resulta afectada la distribución de la renta nacional. La consecuencia es que los grupos privilegiados se hacen con el dinero y se eleva la capacidad adquisitiva en perjuicio de aquellas personas que poseen rentas fijas o de aumento relativamente lento, como les sucede a los funcionarios, pensionistas o asalariados, quienes se ven obligados a reducir sus compras y a carecer de lo más necesario, beneficiándose entonces aquellos otros grupos de privilegiados o de nuevos ricos»*³¹⁹.

Es en ese sentido que QUIÑONERO señala que en los contratos de renta vitalicia lo aleatorio no es sólo -ni principalmente- el momento de la muerte, sino el valor del bien entregado, y que puede pactarse una renta variable, aunque eso agravaría la aleatoriedad del contrato³²⁰. En cualquier caso, el derecho a la renta es en definitiva de tipo personal y no real, y por lo tanto está formalmente desvinculado de la cosa entregada, de manera que esta no está afectada «per se» a los efectos que se deriven de la relación de renta, a diferencia de lo que sucedió en otros tiempos. De aquí que ni el acreedor o pensionista tenga derecho a un aumento de la pensión si aumenta la productividad de la cosa entregada, ni el deudor tendrá derecho a pedir la reducción o exoneración de su responsabilidad si

³¹⁸ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1970, p. 454.

³¹⁹ BONET CORREA, *La revalorización de las rentas vitalicias*, Rev. de Derecho Notarial, 1960, I, pág. 235. Cit. por Quiñonero Cervantes, op. cit.

aquella productividad disminuye o llega a perderse por completo³²¹.

En el caso que nos ocupa, la volatilidad de los precios inmobiliarios -en particular en circunstancias signadas por la especulación- puede afectar seriamente las condiciones de la hipoteca, pero se supone que la prima aportada para el Seguro -descontada del valor de cálculo de los pagos periódicos de la hipoteca, lo que de por sí redundaría en una menor cuantía de éstos- está desvinculada de la evolución -a la suba o a la baja- de los valores inmobiliarios. Un proceso inflacionario, por otra parte, puede licuar rápidamente las sumas a desembolsar por la entidad aseguradora. La mecánica del seguro, cabe recordar, consiste en que el contratante primero paga, y recién después -eventualmente, en caso de ocurrir el siniestro- cobra. Funciona como una suerte de ahorro con fines determinados de ocurrencia eventual. Un seguro corriente -de daño: contra robo o incendio, de responsabilidad civil o del automotor, por ejemplo- se renueva periódicamente, y las primas exigidas acompañan las variantes económicas, tanto a nivel de las primas como de los valores asegurados, e incluso da lugar a incorporar cambios en los valores actuariales³²². En el caso de la renta vitalicia ambos aspectos transitan caminos inciertos, imprevisibles, y puede producirse un marcado desequilibrio en las obligaciones que exija una corrección o que termine en un reclamo ante la justicia.

Para corregir distorsiones -y evitar conflictos- se ha sugerido la inclusión en dichos contratos de una cláusula "*rebus sic stantibus*", que deje constancia de la

³²⁰ QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 32,

³²¹ QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 31,

³²² También se ajustan las tablas biométricas de supervivencia, pero los plazos de los contratos de renta vitalicia difícilmente incorporan la dinamicidad necesaria: "*En octubre del año 2000 se publican las PERM/F 2000 por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que son tablas de supervivencia adaptadas a la experiencia española y que además incorporan la necesaria dinamicidad, constituyendo las primeras tablas generacionales de las que se ha dispuesto en nuestro país. Sólo aplicables para supervivencia (no para fallecimiento e invalidez)*". Lozano Aragués, Ricardo, *El seguro de vida en España. Las tablas biométricas*, Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, Ministerio de Economía y Hacienda, disponible en: <http://www.cnsf.gob.mx/Eventos/Seminarios/2005/RICARDO%20LOZANO.pdf>

relación de lo estipulado en el contrato con las circunstancias reinantes en el momento de su celebración, de manera que una alteración significativa de esas circunstancias habilite la revisión de lo estipulado: "*si es justo admitir que un acto jurídico, y más especialmente una convención, pueda ser anulado o modificado en sus efectos, por mediación judicial, cuando acontecimientos posteriores a la formación de dicha convención, que no se tuvieran en cuenta y no podían lógicamente preverse por las partes, crean una situación particularmente onerosa para el deudor o extremadamente desfavorable para el acreedor*"³²³.

Esto solía ser frecuente en Francia, y en nuestro país una consideración de ese orden, a pesar de no estar el punto regulado en el Código Civil, ha sido admitida -cautelosamente- por el TS "como medio de restablecer el equilibrio de las prestaciones"³²⁴.

Cautela justificada, en particular en el caso de contratos que incluyen un riesgo asumido por las partes. Así, la aplicación de una cláusula semejante a contratos de riesgo es problemática, en la medida en que el alea implica un componente especulativo inevitable que suele bloquear la mayoría de los reclamos e impedir que la inequivalencia de prestaciones sea admitida como causa de nulidad. En Francia sin embargo, esta regla es *admitida por una reiteradísima jurisprudencia, es algo unánimemente admitido y de valor incuestionable*³²⁵.

Para Quiñonero, en los contratos de renta vitalicia en particular se la podría admitir, ya que no es el riesgo -entendido en términos de la duración imprevisible de una vida particular- lo que determina el convenio sino el asegurarse una renta por parte del contratante, es decir que el riesgo no apunta a lo aleatorio -el evento

³²³ BONNECASE, *Supplement au traite theorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. III, núm. 992, París, 1920.

³²⁴ QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia* op. cit., p. 50.

³²⁵ DEPRESZ, *La lésion dans les contrats aléatoires*, en *Rev. Trim. du Droit Civil*, 1955, págs. 47

aleatorio solo interrumpe los efectos del convenio-, y sobre todo que en ellos el alea no implica al monto de renta: ésta es proporcional al valor del bien transmitido³²⁶. De donde se deduciría que la evolución de uno y oro debiera en cierto modo considerarse vinculada, o al menos mantenerse la equivalencia.

Sin duda en estos contratos se puede hacer presente el problema de la falta de equivalencia entre las obligaciones de una y otra parte. Sin embargo, se ha afirmado que "*La inequivalencia de las prestaciones, que es raramente causa de nulidad, no lo será jamás cuando el negocio es aleatorio*"³²⁷. De lo que se trata quizá entonces para superar este obstáculo es de precisar qué es lo aleatorio en un contrato de renta vitalicia. La falta de equivalencia en el contrato de riesgo, en todo caso, debe centrarse exclusivamente en el aspecto aleatorio³²⁸.

En cualquier caso, para que la finalidad del negocio aleatorio de renta vitalicia pueda ser alcanzada, ha de cumplirse una ley general en el momento de la formación del negocio: "aequalis incertitudo lucri vel dani"³²⁹.

Ambas partes deben estar afectadas de la misma manera por la incertidumbre. En los contratos vitalicios no es por cierto la ocurrencia de la muerte, sino -dado que la prima se paga por adelantado- los montos totales a cobrar por el rentista, determinados por la duración de su vida. En tal sentido

y ss., cit por QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia* op. cit.

³²⁶ QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia* op. cit., p. 56,

³²⁷ QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 81,

³²⁸ QUIÑONERO CERVANTES, señala que: "la "noción de lesión ha de ser -a pesar de la estrechez que revista para los demás negocios en que está admitida- mucho más estrecha en relación con los negocios aleatorios. Así, en dichos negocios, la lesión sería una inequivalencia en los riesgos de ganancia y pérdida sufridos por una de las partes. Es decir, la lesión sería aplicable cuando hubiese una inequivalencia en el alea. Pero para medir la posible inequivalencia no todos los contratos aleatorios están en las mismas condiciones; mientras que las compañías de seguros -por ejemplo- tienen mecanismos adecuado que les permiten sopesar los riesgos que corren, tratándose de otros negocios -caso de la renta vitalicia- no se encuentran baremos «ad hoc», ni los utilizados en el seguro son idóneos. Mientras que en el seguro la contratación es numerosa, en la renta se dan sólo casos aislados que no permiten, como en aquélla, el poder compensar los riesgos a través de las leyes de los grandes números".

³²⁹ QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia*, op. cit., p. 88,

podría incluso pensarse -como lo hace QUIÑONERO- en asimilar los contratos de renta vitalicia con los que tienen una finalidad específicamente alimentaria y asistencial, generalmente denominados como "vitalicio", "alimentos vitalicios", "pensión alimenticia", o "cesión de dominio a cambio de alimentos", a pesar de que el TS los considera distintos, reservando para el vitalicio el carácter de atípico e innominado. Pero CARRASCO PERERA sostiene por su parte que el vitalicio es sólo un invento para evitar el artículo 1805 del Código civil y posibilitar el acceso al artículo 1124³³⁰ en relación a las posibilidades de resolución del contrato.

2.8.1 PROBLEMAS

En cualquier caso, el seguro de renta -como muchos de los sistemas que en principio se proponen mejorar los ingresos de los mayores-, está expuesto a ciertos problemas y riesgos. En primer lugar sin duda -y como ya hemos señalado- los elevados costos que representa, generados por la incertidumbre, por el riesgo que encierra. Si no se lo contratara, la renta de la hipoteca sería más elevada³³¹. Pero en tal caso no se garantizaría la percepción de la renta hasta el fallecimiento.

La posibilidad que se ofrece de un rescate -total o parcial- ha sido objeto de conflictos y ha generado no pocos problemas a las entidades. La Ley del Contrato de Seguro (50/1980) establece claramente que "*en la póliza de seguro se regularán los derechos de rescate y reducción de la suma asegurada, de modo que el asegurado pueda conocer en todo momento el correspondiente valor de rescate o de reducción*"³³².

³³⁰ RAPOSO ARCEO, "El Vitalicio", en *Anuario da Facultade de Dereito*, Universidade da Coruña nº 8, 2004, pp. 653-682. p. 657.

³³¹ Confederación de consumidores y usuarios – CECU- gabinete jurídico, *Cuestiones de interés sobre la hipoteca inversa*, Mayo de 2010. Disponible en: <http://www.cecua.es/campanas/cuadernos/HIPOTECA%20INVERSA.pdf>

³³² En su artículo 94. Disponible en:

Pero en la práctica se pueden encontrar en ciertos foros de Internet³³³ las quejas de usuarios, referidas a una información deficiente -déficit a menudo considerado intencional por los perjudicados-, en particular en lo referente a los elevados costos del rescate. Lo que quizá debe llamar a la reflexión es que según algunos usuarios, las mismas entidades "*saben que los contratos son poco éticos*", y que por lo tanto "*sin juicios ni nada se les puede vencer*"³³⁴.

A su favor, los seguros de renta vitalicia -como la mayoría o la totalidad de los instrumentos financieros que estimulan la movilización de los bienes de los mayores y dependientes para colaborar en su sustento- cuentan con un tratamiento fiscal favorable, aunque GARCÍA VAQUERO relativiza su alcance³³⁵.

Incluso señala que la menor presión fiscal a partir del IRF del 2006 que continuó incentivando fiscalmente las aportaciones a los sistemas de previsión social y, adicionalmente, primó las prestaciones en los contratos de seguros de renta (temporal y vitalicia) que tienen una vocación a largo plazo y son susceptibles de complementar a las pensiones públicas o a la asistencia social³³⁶. Se ha atenuado algo después de las modificaciones introducidas en la Ley de PGE de 2010. Es aún pronto para medir las consecuencias de las medidas más recientes de ajuste, en su doble efecto sobre los ingresos jubilatorios y sobre el comportamiento de las variables económicas en general, y en particular sobre las tasas financieras y los precios inmobiliarios.

<http://www.jurisweb.com/legislacion/mercantil/Ley%20contrato%20seguro.htm>

³³³ Por ejemplo: <http://foros.derecho.com/showthread.php/5509-Por-favor-ayuda-Tema-seguros-o-renta-vitalicia>.

³³⁴ Ver por ejemplo: <http://www.inverforo.com/foro/dinero/11303-calculo-rescate-seguro-renta-vitalicia.html>

³³⁵ Diciendo que "*los contratos de seguro de ahorro de rentas vitalicias y temporales (seguros de rentas) no tienen ninguna ventaja fiscal con respecto a los productos de ahorro exclusivamente financiero (como los depósitos bancarios o las participaciones de fondos de inversión) en el momento de la contribución de las primas (aportación), pero sí en el rescate de las mismas. En efecto, las prestaciones de los seguros de rentas se consideran rendimientos de capital mobiliario (RCM), pero se les aplica unos porcentajes de reducción*", en GARCÍA-VAQUERO, *Los instrumentos de ahorro-previsión en España: desarrollos recientes*, op. cit., p. 78.

De todos modos, estos seguros han mostrado -como vimos- un dinamismo interesante, y parecían encaminados a superar el relativo estancamiento que durante el 2007 afectó en general a los productos de ahorro-previsión, situación que García Vaquero atribuye al intento de cubrirse en un contexto de incertidumbre elevada en los mercados financieros.

En general, el comportamiento reciente de la industria del ahorro-previsión ha estado también condicionado por la crisis financiera internacional iniciada a mediados de 2007. En efecto, los cambios en los tipos de interés y las fuertes caídas de las cotizaciones -junto con el aumento de su volatilidad- durante 2008 han afectado a la evolución de los rendimientos de los productos de ahorro-previsión y a las expectativas de los inversores sobre los mismos³³⁷.

Los efectos sobre las rentas son obvios, aunque su ponderación y las respuestas que generen en el largo plazo permanezcan imprecisas y difíciles de estimar.

³³⁶ Ibidem, p. 82.

³³⁷ GARCÍA-VAQUERO, , *Los instrumentos de ahorro-previsión en España: desarrollos recientes*, op. cit., p. 73.

3. LA RENTA VITALICIA

3. 1. INTRODUCCIÓN

La renta vitalicia nace de un contrato oneroso, del art. 1802 del Código Civil³³⁸. Se pueden hallar algunos antecedentes en el derecho romano, probablemente debido al deseo de asegurarse comodidad y tranquilidad en los últimos días de las personas. Se han encontrado vestigio de la renta vitalicia en el Digesto.

Se considera que la evolución del contrato ha tenido su origen en el censo durante la Edad Media, como alternativa al préstamo con interés. Éste consistía en un gravamen sobre un bien inmueble, que quedaba a efecto a recibir un capital, una pensión o el referido inmueble. La principal ventaja de esta institución era la seguridad de poder contar con una pensión para el rentista, que carecía de capital.

Este tipo de contrato tuvo un gran difusión y éxito, debido a la seguridad que le proporcionaba al rentista, así como la fijeza de la cuota. Aunque al final del siglo XX cae en desuso en nuestro país y en otros de nuestro entorno, donde las políticas sociales aseguran a sus habitantes una renta de jubilación y también existen los planes de pensiones. Las pensiones de jubilación y los seguros de vida sustituyen a las rentas vitalicias.

En estos últimos años, es cuando se ha empezado a reactivar esta institución, ya que en muchos casos las pensiones de jubilación son insuficiente,

³³⁸ Art. 1802 CC: “El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión”.

para suplir todas sus necesidades y vivir decentemente. Los seguros de vida muchas veces no han dado la rentabilidad que se espera, y ha hecho que muchas personas se vuelvan a decantar por utilizar esta figura para poder vivir dignamente.

Se entiende la renta vitalicia como una pensión (habitualmente en metálico) que alguien asume pagar o que una persona cobra de por vida a cambio de la transmisión de un bien mueble o inmueble. El término “vitalicia/vitalicio” plantea diversas dificultades desde el punto de vista dogmático por cuanto es escasa la regulación normativa. Sin embargo, delimita ZURITA MARTIN al referirse a un contrato vitalicio que es: *“aquel contrato por el cual una persona -llamada constituyente o alimentista- se obliga a transmitir a otra denominada deudor-, unos determinados bienes o derechos a cambio de que éste se comprometa a prestarle a aquél alientos y asistencia en la forma y extensión que ambos convengan, por el tiempo de la vida de una persona que coincide con la del constituyente o acreedor de esta prestación de hacer”*.³³⁹

En cuanto a la obligación de renta vitalicia, definen con precisión ENNECERUS y KEHMANN: *“Llámase obligación de renta vitalicia a la obligación con sustantividad propia de hacer a otro, por el tiempo de la vida de un hombre, prestaciones determinadas periódicamente, de dinero u otras cosas fungibles”*.³⁴⁰

Aceptada esa prestación de renta vitalicia el deudor precisa de tantos pagos como años cumpla la persona *“cuya vida se haya tomado como referencia solutoria”*³⁴¹, de suerte que al morir ésta finaliza el pago de la renta. Es en tal caso, como puede observarse, una prestación singular, de persona a persona, y

³³⁹ ZURITA MARTIN, *Contratos Vitalicios*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 22.

³⁴⁰ ENNECERUS, KEHMANN, *Derecho de obligaciones*, en Tratado de derecho civil, de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, T. II, Vol. II, Barcelona, Bosch, 1935, p. 441.

³⁴¹ RODRÍGUEZ RAMOS, *Consideraciones sobre la renta vitalicia gratuita en los derechos español y colombiano*, en: Revista de Derecho Privado, N° 6, julio/diciembre 2000, Universidad

como obligación asumida implica una relación jurídica que le genera a una persona el derecho a percibir periódicamente de otra la cantidad de dinero comprometida (o de cosa fungible), durante la vida de cualquiera de ambas, de un tercero o de varios, según lo indica el artículo 1803 del Código Civil Español³⁴².

Pese a que existe una pluralidad de fuentes que pueden generarla (un contrato o bien una disposición testamentaria, legislativa o judicial), la mayoría de los códigos civiles -como veremos luego al comparar algunas legislaciones- sólo contemplan la obligatoriedad de una renta vitalicia a una sola de sus posibles fuentes: el denominado contrato aleatorio y oneroso de “renta vitalicia” (art. 1802 del Código Civil Español)³⁴³, por el que el deudor sólo paga la renta a cambio de un capital en bienes que le entrega a quien la habrá de disfrutar.

No resulta difícil reconocer la existencia del contrato oneroso de renta vitalicia dentro de los antecedentes romanos, tal como se desprende de las citas de MAINZ³⁴⁴. Según este autor, en el antiguo derecho existen como antecedentes los llamados precarios eclesiásticos, que estaban constituidos por la donación a una iglesia o a un monasterio, con la reserva de usufructo para sí, o también para sí y su cónyuge o para cualquier otra persona.

Por su parte, ERRÁZURIZ EGUIGUREN refiere que ya en el Derecho Romano se consideraban como legados periódicos tanto la renta vitalicia como el usufructo y el de alimentos, considerando a la primera como “*una prestación anual*

Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, p. 18.

³⁴² Código Civil Español, de 1889 con modificaciones hasta el 18/11/2003, Art. 1803: “*Puede constituirse la renta sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas. También puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas*”.

³⁴³ Ibídem Biblioteca Digital del Ministerio de Justicia. El art. 1802 del Código Civil español, Capítulo IV, “De la renta vitalicia”, incluido dentro del Título XII, “De los contratos aleatorios o de suerte”, define a la renta expresando: “*El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión*”.

³⁴⁴ MAINZ, *Curso de Derecho Romano*, traducido por POU y ORDINAS, Barcelona, Editor Jaime Molina, 1982, p. 635, nota 35 y p. 637, nota 24.

al legatario, mientras éste viviese”³⁴⁵.

En el Proyecto de GARCÍA GOYENA³⁴⁶ figura el contrato de renta vitalicia en el art. 1703, cuyo texto, según la respectiva nota, coincide con los arts. 1968 del Código francés, 1840 del napolitano, 1451 de Vaud, 2002 del sardo y 1812 del holandés. Además, se cita el texto de los arts. 1284 y 1285 del Código Civil austriaco.

3. 2. CONCEPTO

La inclusión del contrato oneroso de renta vitalicia en casi todas las legislaciones prueba que a pesar de sus peculiaridades ha existido y existe en los diferentes países que lo han normativizado. Aunque habrá que dejar constancia que el Código Civil de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), que entrara en vigencia en el año 1923, si bien regula el contrato de seguro, aun el de vida, no establece normas para regular el contrato oneroso de renta vitalicia. Agregamos que por su específica peculiaridad -el desprendimiento de un bien inmueble o mueble o una suma de dinero por la contraprestación del pago de una anualidad, sin un plazo fijo, ya que dependerá de la duración de la vida del llamado cabeza-el

³⁴⁵ ERRÁZURIZ EGUIGUREN, *Manual de Derecho Romano, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Colección Manuales Jurídicos, Santiago de Chile, 2ª edición revisada 2008, p. 452.

³⁴⁶ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, Cap. IV, “De la renta vitalicia”, 1974, pp. 703-712; y en el mismo sentido el autor en la p.889 advierte sobre la renta vitalicia que: “Por un lado, puede decirse que este contrato es un odioso cálculo de la avaricia y codicia, el frío consejero del egoísmo, el compañero solitario de la misantropía, el enemigo de todo afecto social, y el espoliador de las familias; que, cuando su único objeto no es el de asegurar y prolongar la existencia, no se establece sino sobre la destrucción y la muerte, pues que habitúa a los hombres a calcular fríamente sobre la vida y la muerte de sus semejantes. Por otro, que más de una vez es un acto interesante de beneficencia, un medio ingenioso de multiplicar el oro caritativo y necesario a la vida, el último y consolador recurso de la vejez y del infortunio. ¿Y cómo no dar apoyo favorable y la protección más propicia al indigente, al enfermizo, o viejo, que fundan su único medio de existir en la misma fragilidad de su existencia, y venden para vivir el último momento de su vida?”

contrato resulta aleatorio permitiendo las lógicas especulaciones que caracterizan a estos negocios jurídicos. Por ello ha podido decir GARCÍA GOYENA que *“La renta vitalicia, constituida en donación o última voluntad, nada tiene que no sea laudable, como que es un acto de liberalidad y beneficencia”*.³⁴⁷

Pero agrega el destacado civilista que: *“Constituida por contrato, presenta en sus motivos, en sus combinaciones y efectos, contrastes tan extraños y oposiciones tan extremas, que no se sabe si debe excitar más interés que indignación; y para aprobarla o criticarla con fundamento en cada caso, será preciso tener en cuenta la circunstancia y situación de las personas que contratan”*.³⁴⁸

Hemos efectuado la transcripción por resultar por demás esclarecedora de las diferentes motivaciones o supuestos de causa-fin que pueden dar origen a la celebración del contrato oneroso de renta vitalicia. Parece acertada la inquietud de GARCÍA GOYENA y desde ya marca pautas valorativas para inclinar al legislador por un análisis verdadero de la causa en los supuestos de celebración del contrato cuando tiene que plantearse por algún motivo cierto su posible nulidad o anulación. Es evidente que resulta necesario extremar precauciones ante la probabilidad de que el contrato encierre en su nacimiento un negocio violatorio de normas jurídicas o éticas. Esto deberá valorarse en cada supuesto concreto, pero admitiendo como premisa fundamental el reconocimiento de la validez del contrato en cuanto tal y su necesaria normatividad legislativa.

Más interesante quizá desde el punto de vista general -y complejo en cuanto a sus implicancias conceptuales y filosóficas- es el caso que representan los contratos de seguros y -como variante de ellos- las diversas variantes de las operaciones que se denomina genéricamente como de “renta vitalicia”. Por su través, ciertos bienes son transferidos formalmente por su propietario a cambio de

³⁴⁷ Ibídem GARCÍA GOYENA, Concordancias... p. 889

³⁴⁸ Ibídem

una serie de pagos periódicos a realizarse durante todo el resto de su vida. Aquí claramente hay una apuesta, un *alea*: una de las partes arriesga sus bienes a una extensa sobrevivida; la otra medrará con una muerte precoz de su contraparte. Apuesta extrema, quizá brutal: esta modalidad de pensiones -como vimos- ha sido presentada -alternada o simultáneamente- como “*laudable expresión de libertad y beneficencia*” o como “*producto de la avaricia y la codicia*”; como “*último y consolador recurso de la vejez y el infortunio*” o como “*enemigo de todo afecto social*”. Es un instrumento delicado, que se balancea en precario equilibrio entre la virtud y el pecado. Su ética no siempre es clara, al punto que su contenido lo expone a la nulidad jurídica.

El carácter aleatorio que lo sostiene sigue unido a la fecha de la muerte del beneficiario -como en la hipoteca inversa-, pero en este caso incluye una verdadera apuesta: uno gana y otro pierde, exactamente como en el juego de dados que etimológicamente nombra a lo aleatorio. Juego de azar, promete grandes beneficios, pero está sujeto a factores impredecibles, condensados en lo que en la lengua cotidiana se designa como la buena -o mala- suerte y se considera unido a los graciosos -o nefastos- designios de la diosa Fortuna. Sin embargo, la incertidumbre del caso puntual se diluye en los grandes números que rigen los promedios estadísticos: una operación concreta de renta vitalicia puede dejar buenos beneficios para una de las partes y resultar en una pérdida irremediable para la otra, pero un gran número de ellas equilibra las posibilidades. Las agencias de apuestas y los casinos funcionan en base a este principio, y con poco ruido -sin mayor resistencia- se aseguran un margen de ganancias suficiente a su favor. Lo mismo hacen las compañías de seguro -y sostiene la viabilidad de los seguros de dependencia-: obtienen sus recursos repartiendo los costos -y los riesgos- entre la masa de sus clientes, de manera que cada uno de los asegurados pierda -pague- un poco para cubrir el monto total de las pólizas a cubrir. Así el que ha sufrido un robo o un accidente no lo pierde todo, y de paso - como la pérdida de uno compensa la ganancia de otro- se genera un excedente

que queda en manos de la entidad aseguradora.

En ese sentido está claro que un particular no tiene la posibilidad de ampararse en los grandes números: tiene una sola vida por vivir y una cantidad limitada de bienes para apostar. Los riesgos que asume son por lo tanto reales, y no puramente hipotéticos. Juega a suerte y verdad, sin red de seguridad. Desde la otra parte, si bien las burbujas especulativas han mostrado la vulnerabilidad de bancos y compañías de seguro, los riesgos reales que enfrentan son infinitamente menores que los de los particulares. De cualquier manera, cuando QUIÑONERO CERVANTES sostenía que si el riesgo era para uno solo de los contratantes la operación podía ser considerada una estafa, se refería a un contrato singular, al uno a uno. Allí los riesgos se emparejan -deben hacerlo-, aunque -por la propia mecánica financiera- siempre incluyan un margen -acotado- en favor del prestamista. De hecho éste a un tiempo minimiza sus riesgos diluyéndolos en los grandes números de la estadística y modera sus ganancias repartiéndolas en la misma proporción. En todo caso, juega siempre a ganador -exactamente como el casino-, aunque pueda perder una puesta puntual.

Así, los riesgos asumidos no pueden en realidad considerarse equivalentes, y eso sin siquiera tomar en cuenta cuestiones básicas como la eventual insolvencia de la entidad o los efectos erosivos de una devaluación -o de la simple, cotidiana e insidiosa inflación- sobre los montos a percibir, ya que pueden -y deben- ser considerados y prevenidos formalmente en el contrato. Nos referimos a la cuestión de fondo: uno -el particular- lo apuesta todo, el otro apenas una mínima cuota-parte de su negocio. A uno le va la vida en ello, al otro una merma insignificante en sus ganancias, sin entidad suficiente para afectar la salud de su negocio. Inequidad patente a primera vista, pero que también aquí parte de comparar dos dimensiones incompatibles. La perspectiva vital singular del pensionista se mueve por carriles distintos de los que rigen la serie estadística que da vida a las compañías de seguros y sostiene la mecánica de la renta vitalicia.

Además, la renta vitalicia también enfrenta al beneficio existencial con la pérdida económica. Desde la perspectiva del sujeto que busca soluciones para su existencia real, la renta vitalicia se ofrece como un verdadero “seguro de vida” -en el sentido pleno del término-, que le promete recursos vitales para su propio disfrute, en oposición a lo que lleva ese nombre y en cambio debiera llamarse “seguro de muerte”, nombre por cierto comercialmente impresentable pero que describe mejor al mecanismo que premia la muerte con fondos que sólo aprovecharán a los beneficiarios del seguro tras la desaparición del asegurado. El mecanismo financiero es semejante en ambos casos, pero entre uno y otro se invierten los roles: en la renta vitalicia el asegurado -y su entorno social cercano- apuestan a una larga vida de disfrute lo más pleno posible mientras el asegurador sacará beneficios de su muerte prematura; en el seguro “de vida” los papeles son exactamente los contrarios.

En tal sentido, en la medida en que en cada caso se juega una apuesta singular, la suerte -el *alea*- vale para ambos lados, puede favorecer a cualquiera. La moneda sólo cae de un lado cada vez, y si a la larga tenderán a igualarse la cantidad de “caras” y de “cruces”, en cada caso un lado recibe todo y el otro nada. Por algo existen las apuestas y muchas personas -incluso de las más racionales- siguen comprando -contra cualquier evidencia estadística- billetes de lotería. El que no apuesta tiene la certeza de no perder, pero también la de no ganar. El jugador puede mantener la ilusión de ganar, aunque suela perder.

Ahora bien, en el tipo particular de apuesta que representa la renta vitalicia, está en juego la calidad de vida y su mayor plenitud para el pensionista, y no solamente por ser su duración la que define al ganador, sino por la posibilidad de disfrutar plenamente la renta que se obtiene. En ese sentido, se podría considerar el desafío como una variante -quizá inversa- de la famosa apuesta de PASCAL³⁴⁹

³⁴⁹ Puede consultarse al respecto: LACHELIER, *Le pari de Pascal*, en: *Revue philosophique*, Juin 1901. Disponible en *Philagora*, <http://www.philagora.net/epistemo/lachelier5.php>

sobre la existencia de Dios. Pese a que su existencia sea indemostrable por medio de evidencia concreta alguna, la razón, según PASCAL -y claramente se trata aquí de la conveniencia-, indica apostar por ella. En efecto, ganar esa apuesta es ganar la vida eterna, mientras que perder es perder la nada, es decir no perder nada. El acierto lleva derecho al paraíso, el error no altera un ápice la desaparición y el vacío final. Si dejamos de lado el contenido de renuncia a la vida terrenal que contiene la apuesta pascaliana -disimulado en el planteo formal y que modifica sustancialmente la ecuación-, la opción es clara.

De hecho, el suscriptor de una renta vitalicia se encuentra en cierto modo frente a una disyuntiva de ese tipo. Apostar a una larga sobrevivencia le ofrece más de lo que le pide: ganar, vivir más allá de los valores promedio que marca la estadística, es recibir un valor superior al precio de los bienes cedidos. Con un agregado: se trata de recibir más dinero, sí, pero sobre todo de ampliar la posibilidad concreta de disfrutarlo. Perder, morir antes de tiempo, es no perder nada: una vez muerto lo demás carece de todo sentido y valor. De tal manera, la posición de debilidad y vulnerabilidad que representa el aislamiento singular y único del individuo frente a los grandes números que escudan a la entidad que otorga la renta se equilibra en buena medida en el mano a mano. Además, los riesgos contractuales pierden entidad frente a la muerte: frente a ella lo demás empalidece.

De todo esto no debe deducirse apresuradamente que los sistemas de renta vitalicia sean virtuosos y resulten convenientes en todos los casos. Están montados para beneficio de las entidades que los otorgan, con márgenes y recaudos que les aseguran una buena rentabilidad. Juegan con la vida y la muerte y ese es un juego peligroso. El que juega con fuego puede terminar quemado. Cada ocasión exige un análisis cuidadoso -los peligros existen, y las zancadillas también- y no perder de vista las asimetrías que sostienen el sistema. Y sobre ellos también cargan las tensiones y conflictos desatados por la estructura

sucesoria. Aquí, a diferencia del caso de la hipoteca inversa, los herederos no son los que se benefician con el deceso -al contrario: pueden ser favorecidos no solamente por disfrutar de la sobrevivida de su pariente sino participar de la mejora en sus condiciones de vida-, pero aún así pueden sentir que han sido privados en vida del beneficiario de algo que por línea familiar les correspondía. Esas cuestiones, como ya dijimos, son ajenas al mecanismo financiero al que nos referimos, pero pesan sobre él de manera indirecta: se alzan en el camino de los afectos y vínculos familiares, no siempre en términos de constituir un obstáculo real, pero a menudo interfiriendo y creando tensiones.

De tal manera, si bien la hipoteca inversa intenta -y quizá razonablemente consigue, aunque siempre en base a garantizar un margen a favor de la entidad crediticia- mantener criterios de relativa equidad que tengan validez para cada caso particular, cabe observar que en ambos casos la simple sobrevivida del beneficiario interfiere en cierto modo en la lógica mercantil, perturbando sus mecanismos e incrementando los costos, y repercutiendo de rebote sobre el sistema de pensiones en general, cuyos equilibrios altera.

Es cierto: la vida humana molesta a la economía: tiene pautas y pone condiciones que no atienden a las razones del mercado. Éstas apelan a dejar de lado toda carnadura humana, a olvidar las necesidades y problemas concretos, los afectos y pasiones, las afinidades y deseos que hacen al ser humano, a renunciar a la inscripción de los proyectos personales en un orden social e histórico para limitarse a realizar un examen mecánico -meramente contable y ensimismado- de los "intereses" individuales, entendiendo por tales exclusivamente a los aspectos económicos más superficiales de la cuestión.

Es necesario considerar -también aquí- que si bien cada cual vive su propia vida, nadie vive por sí solo. Estamos inmersos en un mar de relaciones sociales que nos hace depender de otros y responsables de los demás. En él navegamos - junto a la tripulación de la que formamos parte- y en él debemos orientarnos. El

mercado es incapaz de ver más allá de sus narices, su consigna es “cada cual por su cuenta”. Sobre ese fondo -y junto a los otros sistemas de pensiones de jubilación- se recortan los sistemas de hipoteca inversa y renta vitalicia. Quien haya logrado acumular una cierta cantidad de bienes a lo largo de su vida -o la haya recibido por vía de herencia o legado- se encuentra sin duda mejor ubicado que el que careció de esa posibilidad, pero ambos, aunque su suerte pareciera no depender más que de sí mismos, se encuentran por un lado expuestos a fuerzas que no controlan -la crisis económica y el paro son un pequeño botón de muestra- y pueden por el otro echar mano de esos recursos enraizados en el tejido social - organizados a partir de los principios de reciprocidad y distribución- a los que se referían BLAUM y KEIFMAN³⁵⁰.

En ese sentido, y para finalizar, cabe recordar una idea de BENJAMIN³⁵¹ respecto de la tendencia a "naturalizar" las relaciones económicas y sociales ocultando los procesos históricos que les han dado forma y disimulando la violencia que encierran. La inflación, el paro, las crisis económicas y financieras, el derrumbe de los valores inmobiliarios -o, por el contrario, su crecimiento desmedido- y hasta las guerras son presentados a menudo como accidentes imprevisibles, como catástrofes naturales: fenómenos inevitables, inscriptos en la "naturaleza" de la sociedad y contra los cuales no cabe soñar con oponerse. De producto del desarrollo económico y manifestación del conflicto social se convierten en fuerzas de la naturaleza, del orden de la marcha de las estrellas, y deben por lo tanto ser aceptados sumisamente y sin crítica. Ciertamente es que las repetidas crisis que afectan a la economía mundial tienen orígenes complejos y desarrollos difíciles de prever y controlar, pero ello no otorga a los hechos

³⁵⁰ BLAUM y KEIFMAN, *Contingencia y fetichismo. Variaciones en torno a Marx, Keynes y Polanyi*. Ponencia presentada durante las I Jornadas de Estudios Sociales de la Economía, coorganizadas por el CESE del IDAES y el NUCeC del Museu Nacional de la UFRJ, julio de 2006. P. 5. Disponible en: <http://www.idaes.edu.ar/papelesdetrabajo/paginas/Documentos/KEIFMANYBLAUM.pdf>

³⁵¹ BENJAMIN, *Para una crítica de la violencia*, en: *Para una crítica de la violencia y otros*

derivados de las acciones humanas rango de ley natural inevitable. Evitar las trampas que acechan en un mundo signado por el conflicto y en una economía controlada por fuerzas e intereses poderosos y contradictorios exige estar atento a sus peligros y evitar la fácil seducción de la que a menudo se valen para despojar a los desprevenidos.

3. 3. ELEMENTOS, PARTES Y CARACTERES

3.3.1. ELEMENTOS

3.3.1.1. PLURALIDAD DE PARTES

La pluralidad de partes es requisito básico conforme al concepto de contrato, esto es, acto jurídico bilateral de contenido patrimonial. Resulta necesario que haya dos partes: una que entregue el capital o el bien mueble o inmueble y otra que quede obligada a partir de ese momento a pagar la renta anual convenida.

Por ello reiteramos la necesidad de análisis en cada supuesto concreto, ya que la finalidad tenida en cuenta por quien entrega el capital puede consistir en una liberalidad o beneficio en favor de otra persona.

Reconocemos que por lo general el dador-constituyente de la renta también resulta ser el acreedor o beneficiario, pero atento lo dispuesto por el art. 1803³⁵² de nuestro Código Civil y disposiciones concordantes que encontramos en la legislación comparada (art. 1973 del Código francés; art. 2072 del Código argentino; art. 2288 del Código de Colombia; art. 2265 del Código de Chile; art. 1431 del Código paraguayo) pensamos que no resulta exacto decir que el constituyente es acreedor de la renta como simple consecuencia del contrato.

ensayos, Taurus, Madrid, 1991.

³⁵² Véase la nota 336.

Tal situación, particularísima de este negocio jurídico, es ejemplo típico de lo que se llama contrato a favor de tercero, similar a lo que se plantea en el caso del seguro de vida, y lleva a puntualizar que a veces erróneamente se confunde dador con acreedor de la renta, hipótesis que no siempre resulta acertada. PLANIOL y RIPERT, cuando definen el contrato, utilizan el mismo criterio, ya que dicen:

*“La renta vitalicia consiste en una suma de dinero que una persona, llamada deudor de la renta, está obligada a pagar cada año a otra, llamada acreedor de la renta, mientras viva”.*³⁵³

Entendemos que no está dada la característica especial atinente al contrato, ya que el que resulta parte del mismo es el dador constituyente, que puede ser o no el que en definitiva será designado acreedor o beneficiario.

Diversos autores puntualizan el supuesto aclarando que cuando se ha determinado en el contrato otra persona, que no resulta ser el constituyente, en carácter de beneficiario, sin que alcance a ser parte en el contrato tiene un interés legítimo en el mismo. Por otra parte, consignamos la posibilidad de que en carácter de partes actúen tanto personas de existencia visible como de existencia ideal, ya que el dador constituyente o el deudor pueden ser una persona humana como una persona jurídica o moral, bastando que para ello tengan la capacidad exigida por la ley.

Es evidente que la posición del deudor de las pensiones puede variar a lo largo del tiempo, produciéndose una modificación en el lado pasivo de la obligación. Este cambio se puede producir de tres maneras, *ínter vivos*, *mortis*

³⁵³ PLANIOL, y RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, traducción española de DÍAZ CRUZ, “Los contratos civiles”, segunda parte, Editorial Cultural, La Habana, Cuba, 1946, p. 514.

causa y por disposición legal.³⁵⁴ Escribe al respecto GUILLÉN GARCÍA:

“En cuanto a la modificación ínter vivos, según ha declarado en diversas ocasiones la jurisprudencia³⁵⁵ y ratifica la doctrina³⁵⁶, debe producirse con la aprobación del acreedor. El problema surge a la hora de determinar quien debe entenderse a los efectos del artículo 1205 del Código Civil como acreedor, si ha de ser el constituyente de la renta o el beneficiario de esta³⁵⁷.

Existe doctrina que defiende ambas cuestiones, si bien considero que debe entenderse que la aprobación la debe efectuar el constituyente cuando el cambio se produzca por medio de un negocio novatorio que extinga la obligación primitiva y la sustituya por otra nueva. Lo cierto es que el artículo 1205, al tratar de la novación utiliza la expresión con toda claridad. Esto significa que cuando se produce una asunción de deuda por parte de un tercero y además las partes hayan manifestado su interés de extinguir la primitiva obligación sustituyéndola por otra nueva, como exige la doctrina constante del Supremo para que acontezca el fenómeno novatorio, el único que va a poder prestar el consentimiento de novar, va a ser el constituyente de la renta, pues el nuevo beneficiario no es más que un sujeto ajeno a la génesis del contrato.

³⁵⁴ Cfr. VALSECCHI, *La Rendita Perpetua e la Rendita Vitalizia*, en: Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu e Messineo, 1961, Milán, Italia, p. 170.

³⁵⁵ Remite la autora a las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1897; 8 de enero de 1907; 10 de febrero de 1950 y 8 de octubre de 1984, entre otras.

³⁵⁶ Remite la autora, entre otros, al libro de COSSIO Y CORRAL, de: La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular, separata no editorial de Academia Matritense del Notariado, Madrid, año de publicación, 1945, pp. 187-206.

³⁵⁷ *Ibídem* Biblioteca Digital del Ministerio de Justicia. El art. 1205 del Código Civil español, Tomo XVI, Vol 1º, expresa: “La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor”.

*Coherentemente, esto quiere decir que cuando se produzca un cambio de sujeto pasivo en el obligado a prestar las pensiones periódicas y de común acuerdo las partes verifiquen dicha sustitución con efecto novatorio, deberá concurrir la voluntad del constituyente de la obligación que quedará extinguida, mientras que cuando se produzca meramente modificación, dejando subsistente la primitiva obligación, aunque tenga lugar cambio de sujeto pasivo, sólo va a hacer falta la aprobación del acreedor.*³⁵⁸

3.3.1.2. ENTREGA DE UN CAPITAL

Ya sea en dinero o en cosas fungibles, bienes muebles o inmuebles. El capital se entrega en propiedad, existiendo una transferencia de dominio definitiva en favor del deudor de la renta, quien a partir de dicho momento pasa a ser titular de lo entregado, siendo su obligación el pago de la renta anual convenida por el tiempo que dure la vida del llamado cabeza.

3.3.1.3. PAGO DE UNA RENTA VITALICIA POR PARTE DEL DEUDOR EN FAVOR DEL BENEFICIARIO

En la generalidad de los casos suele resultar ser el dador-constituyente, pero que bien puede ser un tercero ajeno al contrato. En su modalidad típica la renta está referida a la vida del beneficiario dador, pero que también puede aludir a la vida del deudor o a la de un tercero ajeno al contrato. Este supuesto permite además que las partes puedan elegir más de una persona en carácter de cabeza y en tal caso la renta se extinguirá con la muerte del último de ellos (véase art. 1803).

³⁵⁸

GUILLÉN GARCÍA, *El contrato de renta sobre vivienda*, consulta realizada en:

La doctrina internacional se ha cuestionado si sería válida la limitación de la duración de la renta a un plazo determinado, por ejemplo 20 años, si es que el beneficiario sigue subsistiendo. No faltan autores que han negado que la renta vitalicia sea una obligación de ejecución periódica. BORDA³⁵⁹ sostenía que tal hipótesis sería válida teniendo por presupuesto el principio de la libertad de las contrataciones, bastando la necesaria capacidad de los involucrados a los efectos de la validez.

Por el contrario, varios autores entienden que en legislaciones como la nuestra, que hacen que el término de duración de la vida resulte una condición definitoria del contrato, dicha estipulación carecería de validez, desnaturalizando uno de los aspectos fundamentales del contrato oneroso de renta vitalicia. Opinión esta última que parece ser acertada, ya que si las partes prevén un plazo límite, cualquiera que él sea, se quita al contrato un aspecto definitorio referido a la existencia del alea que producirá el posible mayor o menor beneficio que reciban las partes, según sea la duración de la vida del cabeza. Es que la limitación del plazo en forma fija, establecida al momento de la celebración del contrato, dejaría sin efecto uno de los factores que motivaron acordar el negocio jurídico.

Dentro del consentimiento existe la valoración que las partes hacen de las posibles consecuencias que se derivarán de la extensión en el tiempo de la vida del principal beneficiario ya que la anualidad o cuota es establecida en función y acorde con la mentada alea, siempre teniendo en cuenta la misma y acomodando las prestaciones a sus consecuencias.

En la doctrina italiana es donde más ampliamente se ha abordado el problema de la periodicidad. DEVOTO afirma que:

“los negocios aleatorios se desenvuelven en torno a un

www.imsersomayores.csic.es/documentos/.../guillen-contrato-01.pdf

³⁵⁹ BORDA, *Tratado de derecho civil*, t. II, Editorial Perrotta, Buenos Aires, Argentina, 1971, p. 594.

alterno, resultado de un hecho eventual, que determina la ventaja de una u otra parte, y su causa está siempre estrictamente ligada a tal evento. El negocio será de ejecución continuada o periódica cuando se persigan las sucesivas y diversas manifestaciones de una misma causa; y esto, en aquellos negocios aleatorios cuando se recoja la ventaja de una u otra parte en las diversas y sucesivas manifestaciones de la misma eventualidad, y así la única apuesta o riesgo se fracciona en una pluralidad de riesgos (como ocurre en el juego) convenientes todos a un hecho futuro e incierto. De esta suerte se comprende cómo el contrato de seguro no pueda ser considerado como negocio de ejecución continuada o simple sino, concretamente a cuanto ocurre para todo tipo de negocios, será simple si el evento determinante de la ganancia de una de las partes es uno sólo, también si puede realizarse en un espacio de tiempo muy amplio y también si el contrato es a término muy largo (seguro para el caso de muerte de una persona); es de ejecución continuada cuando los eventos que provocan la obligación del asegurado son muchos e intermitentes (seguro de incendios contra una casa)".³⁶⁰

Es posible deducir de este párrafo que el citado autor considera al evento del cual depende la duración del negocio de renta vitalicia (la vida humana) como el que determina, al no repetirse periódicamente, que la renta vitalicia no es en definitiva un negocio de ejecución periódica.

Para QUIÑONERO CERVANTES³⁶¹, al analizar la postura de DEVOTO,

³⁶⁰ DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, CEDAM, Padova, Italia, 1943, pp. 175-176.

³⁶¹ QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Secretariado de publicación de la Universidad de Murcia, España, 1979, p. 29.

resulta cierto que los negocios aleatorios se desenvuelven alrededor de un hecho eventual, que determinaría la mayor o menor ganancia de las partes; pero mientras que en otros negocios aleatorios -por ejemplo el juego- ese evento es susceptible de repetirse, en la renta, una vez que se produzca el evento que caracteriza su aleatoriedad (la muerte del beneficiario), se determinará su automática extinción.

Desde tal perspectiva y siempre siguiendo el pensamiento de QUIÑONERO CERVANTES, se desconoce que donde se señala la periodicidad de la obligación de renta es en los sucesivos cumplimientos parciales, que en plazos predeterminados han de hacerse de la misma. Estos cumplimientos parciales tienen un mismo origen, una misma causa y una misma finalidad. Está claro que lo que quieren las partes es entregar sucesivos pagos de renta, sin celebrar para ello más que un solo negocio jurídico. Pero considerar autónomos cada uno de estos pagos, sin hacer referencia a su única fuente, carecería de sentido. Es más; lo que se pacta en cualquier negocio de renta vitalicia es que se entregará al acreedor de la misma, en períodos determinados, ciertas cantidades de dinero o de bienes; cantidades que están predeterminadas, tanto en su cuantía como en su periodicidad. Con lo que puede aceptarse que el objeto de la prestación en los contratos de duración consiste en la repetición de la actividad pactada en el contrato.

Conviene recordar que son partes de este contrato el dador constituyente, que es quien entrega el capital o la cosa mueble o inmueble susceptible de apreciación en dinero, y el deudor, que es quien recibe el capital, pero se compromete mientras dura la vida del cabeza a pagar al beneficiario el importe que se fije como cuota anual.

Ponemos énfasis en este enunciado porque ello resulta trascendente, ya que si el beneficiario o el cabeza resultan ajenos al dador y al deudor no integrarán el contrato en carácter de partes y servirán uno -el cabeza-para marcar

el tiempo durante el cual la renta debe ser abonada y el otro -el beneficiario- para recibir la misma. Generalmente, como ya lo hemos marcado, en la literatura jurídica se emplea la expresión acreedor o beneficiario para designar al dador. Para finalizar este punto crucial, habrá que coincidir con QUIÑONERO CERVANTES cuando establece que *“en la renta vitalicia, como obligación de ejecución periódica, el «vinculum iuris», sujeta al deudor para con el acreedor de la renta por un periodo continuado desde el momento de adquisición del derecho de renta hasta la extinción. El deudor de la renta, antes que estar obligado a una única presentación objeto de una única obligación, está obligado a una serie de sucesivas y distintas prestaciones periódicas correspondientes a otras tantas obligaciones vencidas en momentos cronológicos determinados por la común fuente generatriz”*.³⁶²

Estas obligaciones tienen, por cierto, un carácter fundamental, de esencial importancia para los fines de la renta vitalicia por cuanto *“dimanan de la situación jurídica de la renta vitalicia [...] creada «ab initio» por el hecho generador que le dio vida. Todo ello nos conduce a afirmar que las distintas prestaciones de renta tienen en nuestro derecho el carácter de frutos civiles”*.³⁶³

Si aceptamos esa postura habrá que remitirse al párrafo 3º del art. 355 del Código Civil que establece que *“Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales. Son frutos industriales los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo. Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas”*.³⁶⁴

Con lo cual se podrá reconocer que los diferentes plazos periódicos han de

³⁶² Ibídem, p. 30.

³⁶³ Ibídem, p. 30.

³⁶⁴ Biblioteca Digital del Ministerio de Justicia, Código Civil Español, de 1889 con modificaciones hasta el 18/11/2003, Capítulo II, "Del derecho de accesión. Sección Primera. Del

abonarse hasta que se produzca la muerte del o de los beneficiarios, aunque, como lo establece el art. 1806 del C.C.: “*La renta correspondiente al año en que muere el que disfruta, se pagará en proporción a los días que hubiese vivido; si debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado a correr*”.³⁶⁵

3.4. CARACTERES

Respecto de los caracteres del contrato hay discrepancia en la doctrina.

La opinión tradicional, que según CASTRO LUCINI³⁶⁶ se apoya en los códigos civiles francés y español es que el contrato de renta vitalicia puede ser:

1. Unilateral.
2. Oneroso.
3. Real o consensual.
4. De eficacia personal.
5. Aleatorio.
6. Formal solemne.
7. De tracto sucesivo.

A continuación analizaremos cada una de las características mencionadas arriba:

derecho de accesión respecto al producto de los bienes”, Art. 355.

³⁶⁵ Ibídem, Cap. IV, “De la renta vitalicia”, art. 1806.

³⁶⁶ CASTRO LUCINI, *Renta vitalicia*, en: Gran Enciclopedia Rialp, Ediciones Rialp S.A. 1991, conceptos tomados de Beltrán de Heredia, J, *La renta vitalicia*, Madrid 1963; reproducidos en: http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5096&cat=derecho

3.4.1 CARÁCTER UNILATERAL O BILATERAL

Varios autores consideran que el contrato de renta vitalicia es unilateral, coincidiendo en consecuencia con la postura sustentada por el tratadista italiano SCALFI³⁶⁷, y disintiendo con aquellos que lo consideran bilateral, tal lo que manifiesta el español QUIÑONERO CERVANTES, como luego expondremos.

Quienes concuerdan con la postura de SCALFI en el sentido de que la razón de unilateralidad no sólo radica en el hecho de que se trata de un contrato real, en el que “*la entrega de la cosa es simultánea con la conclusión del contrato*”³⁶⁸, de donde se deduciría que luego de ello sólo existen deberes calificados en lo jurídico para quien la recibe, sino además por lo que dicho autor expone con respecto a la motivación y al alcance que tiene la entrega de la cosa.

Según el tratadista italiano la justificación de la unilateralidad debe buscarse en la circunstancia de que la *res* tiene lugar en los contratos reales *quoad ad constitutionem* (esto es, contrato que no se perfecciona por el mero consentimiento sino que exige la entrega de la cosa o *datio rei*) y no *quoad ad effectum*). Es decir, la entrega de la cosa se erige en elemento esencial o constitutivo que genera una atribución (la que concede el *tradens*, el transferidor) que por su estructura no importa la existencia de una obligación.

Por el contrario, quienes apoyan la postura respecto de la bilateralidad, sostienen que la *datio rei* (entrega de la cosa) se realiza *solvendi causa* (esto es, a efectos de cumplir o ejecutar un negocio) y, en consecuencia, la atribución fluyente reconoce la existencia de un programa de prestación que tiene su origen en una relación obligatoria, que actúa con independencia de la instantaneidad de la verificación de la entrega en relación con el perfeccionamiento del contrato.

Acerca de la noción de bilateralidad puede leerse en los fundamentos

³⁶⁷ SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, Milán, Italia, 1960, p. 70.

³⁶⁸ Ibídem SCALFI, p. 71.

jurídicos de la Sentencia de la Sección 3ª de la AP de Tarragona del 30 de julio de 2002 (RJ 349/2000) lo siguiente:

“Las obligaciones bilaterales, recíprocas o sinalagmáticas son aquellas en que hay pluralidad de vínculos, pues las partes se obligan recíprocamente unas respecto de otras, pues cada una de las partes asume un deber de prestación a título de contrapartida o retribución por las prestaciones de la otra, hasta el punto que cada una de ellas es acreedora y deudora a la vez, existiendo entre las prestaciones una condicionalidad mutua. Para que pueda hablarse, por lo tanto, de obligaciones bilaterales o recíprocas, según la jurisprudencia, hace falta no sólo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra, y, por consiguiente, exista entre ellas una mutua condicionalidad. Sin embargo, según la doctrina, no es necesario para la existencia de las obligaciones bilaterales que las prestaciones recíprocas sean equivalentes según un criterio objetivo; basta que cada parte vea en la prestación de la otra una compensación suficiente a su propia prestación. Por tanto, lo que interesa en este punto es el juicio subjetivo de cada parte: lo decisivo es que cada uno de los partícipes se obliguen a una prestación en virtud de una contraprestación. No obstante, lo más destacado de las obligaciones bilaterales son sus efectos específicos, derivado del vínculo de reciprocidad que liga a las respectivas prestaciones de las partes, cada una de las cuales se obliga con el fin de obtener el cumplimiento de la obligación de la otra. Las

consecuencias más típicas, señaladas por la doctrina, son: a) Cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas (Excepción “non adimpleti contractus”); b) Compensatio mora; c) la posibilidad de resolver el contrato cuando uno de los contratantes incumple su obligación, liberándose la parte cumplidora del vínculo mediante la acción resolutoria (resolución por incumplimiento); y d) cuando una de las partes, por caso fortuito o fuerza mayor, está imposibilitada de cumplir su obligación, la otra parte se libera de cumplir la suya, regla o consecuencia mantenida por la doctrina científica, si bien en nuestro Código Civil tiene importantes excepciones (teoría de los riesgos)”.³⁶⁹

En el contrato real existe acuerdo sobre los términos del contrato (consentimiento) y también respecto de la *datio rei*. Independientemente de que se trate de un acuerdo que presenta dos fases diferenciadas, o de dos acuerdos que coinciden en el tiempo, lo trascendente es que tanto el consentimiento como la *res* configuran elementos esenciales del negocio. En consecuencia, siguiendo a SCALFI, si la entrega de la cosa concierne a la integración estructural del acto, “*mal podría entenderse que resulta ser ejecución de una obligación procedente de dicho acto, ya que el mismo, antes de la tradición, no estaba formado o perfeccionado*”.³⁷⁰

El término unilateral figura en el art. 1.120 del Código Civil referido a los actos jurídicos³⁷¹. No así el vocablo “bilateral” (no figura en artículo alguno),

³⁶⁹ Web Jurídica Vigo, véase *Obligaciones Bilaterales: Efectos. Incumplimiento recíproco de ambas partes. Cláusula penal: moderación, artículo 1.154 del Código Civil*. Consulta en: www.agtvm.com/Obligaciones_bilaterales.htm

³⁷⁰ *Ibidem* SCALFI, p. 72.

³⁷¹ Art. 1.120: “Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla. Esto no obstante, cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. Si la obligación fuere unilateral,

aunque es obvio que se entiende por acto jurídico bilateral a aquel en el que la declaración de voluntad pertenece a más de una persona (conurrencia de dos o más voluntades): ejemplo típico es el contrato.

Pero a diferencia de lo que ocurre con los actos jurídicos, los contratos se clasifican en unilaterales o bilaterales no teniendo en cuenta el momento de su formación, sino sus efectos o consecuencias en cuanto a las posibles prestaciones posteriores a la celebración.

Por ello, por cuanto la entrega de la cosa o dinero o cosa mueble o inmueble apreciable en dinero en el contrato oneroso de renta vitalicia se hace y resulta ser un elemento esencial constitutivo, es que algunos juristas sostienen el criterio de que es unilateral.

Al respecto, siguiendo a QUIÑONERO CERVANTES³⁷², señalaremos que existen opiniones contrarias tanto a la admisión de la doctrina de la lesión en los negocios aleatorios como a la negación de que el alea haya de ser bilateral. Para ello se aducen razones acordes con una concepción tradicional del negocio aleatorio y admitiendo la posibilidad de negocios unilateralmente aleatorios:

“Esto último no nos convence plenamente, pues ¿cuáles son estos negocios unilateralmente aleatorios si en todos los negocios aleatorios se contempla por definición una equivalencia entre las partes en cuanto al peso de la aleatoriedad? En este sentido entendemos que una relación es aleatoria solamente cuando las ganancias y las pérdidas dependan de la suerte o azar para ambas partes contratantes, a las que tendrá que afectar por igual el riesgo o peligro que se

el deudor hará suyos los frutos e intereses percibidos, a menos que por la naturaleza y circunstancias de aquélla deba inferirse que fue otra la voluntad del que la constituyó. En las obligaciones de hacer y no hacer los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida”.

³⁷² Ibídem QUIÑONERO CERVANTES, p. 90.

*toma en consideración. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, exigiendo que el riesgo sea común para los dos contratantes, en sentencias de 14 de noviembre de 1911, 28 de noviembre de 1949 y 14 de mayo de 1962. Igualmente, nuestra doctrina afirma concluyentemente que si el riesgo existe sólo para uno de los dos contratantes se trataría, propiamente hablando, de una estafa, si mediase aquél en un contrato oneroso. A propósito de esto último, es adecuado el tratamiento de la posible existencia de la aleatoriedad en la situación jurídica de renta vitalicia que nace de una donación. Nuestra doctrina está de acuerdo que cuando la relación de renta surge «ex lege» o de un contrato o acto a título gratuito, se estima que el acreedor o rentista corre el peligro o riesgo de percibir más o menos de acuerdo de la vida contemplada, pero cuando no estamos ante una prestación y su correspondiente contraprestación (por tratarse de un acto a título gratuito) es incuestionable que el percibir menos no puede suponer una pérdida. No puede afirmarse que mantiene nuestra doctrina que esa mayor o menor ganancia dependa de la suerte o azar. Lo único que ocurre es que el derecho a la percepción (sin contrapartida patrimonial alguna) durará durante un tiempo fijo aunque indeterminado, nada de lo cual tiene que ver con el concepto de lo aleatorio. Por el contrario, consideramos que la situación de renta vitalicia, aunque provenga de un negocio gratuito o lucrativo, es siempre aleatoria”.*³⁷³

Ha de admitirse que conforme la normatividad del Código francés puede considerarse que en el supuesto de bienes muebles o inmuebles el contrato

³⁷³

Ibídem, pp. 90-91.

resulta bilateral, y en el supuesto de tratarse de una suma de dinero el mismo es unilateral. Es lo dicho por PLANIOL Y RIPERT³⁷⁴ que hacen esa diferenciación, según se trate de cosas o de dinero.

3.4.2 CARÁCTER ONEROSO

Señala DE CASTRO y BRAVO que *“un contrato se considera oneroso cuando cuesta a cada parte hacer o prometer una prestación a favor de la otra”*.³⁷⁵

En la doctrina no existen discrepancias con respecto al carácter oneroso de este contrato, admitido por algunos codificadores que lo denominan en diferentes códigos civiles al enunciar el título, *“Del contrato oneroso de renta vitalicia”*³⁷⁶.

Lo real es que resulta oneroso el contrato por cuanto las ventajas que se procuran las partes no les son concedidas sino por una prestación que una de ellas ha hecho (entrega del dinero o de la cosa, por parte del dador constituyente) o que otra se obliga a hacer (pago de la anualidad, por parte del deudor). Estúdiense por ejemplo el contrato de renta sobre vivienda, el cual supone la entrega de un bien inmueble a cambio de una pensión. Aunque en nuestro código no existe norma alguna que identifique el contrato de renta vitalicia como oneroso, debe tomarse en cuenta el concepto que se manifiesta por nuestra doctrina y jurisprudencia de los contratos onerosos, fundada en el artículo 1274 del Código Civil. Se señala en el Capítulo II - "De los requisitos esenciales para la validez de los contratos", Sección tercera, "De la causa de los contratos", el mencionado artículo dice así: *“en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura*

³⁷⁴ Ibídem PLANIOL, RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, p. 518.

³⁷⁵ DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, Ed. Inst. Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, p. 262.

beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor".³⁷⁷

De acuerdo con la doctrina, la onerosidad de contrato de renta sobre vivienda consiste en que el rentista no obtiene el derecho a la pensión sino a cambio de que el constituyente de la renta, coincida o no con aquel, se desprenda del inmueble y de que el que paga la renta, sólo por esta causa, adquiere la propiedad del capital transmitido. Señala GUILLÉN GARCÍA que en ocasiones *"este contrato puede aparentar ser oneroso encubriendo en realidad una donación. La renta vitalicia es un contrato oneroso y, en consecuencia, recíproco. Si la renta es desproporcionadamente alta o baja con respecto al inmueble transmitido estaremos ante un negotium mixtum cum donatione, es decir, ante una donación"*.³⁷⁸

Como consecuencia de su carácter de oneroso, a estos contratos le serán aplicables los llamados efectos propios de este tipo de negocio jurídico, es decir, la evicción³⁷⁹ y los vicios redhibitorios³⁸⁰.

³⁷⁶ Véanse CCs argentino, guatemalteco, venezolano, etc.

³⁷⁷ Ibídem Biblioteca Digital del Ministerio de Justicia, Código Civil Español, de 1889 con modificaciones hasta el 18/11/2003

³⁷⁸ Ibídem GUILLÉN GARCÍA, *El contrato de renta sobre vivienda*.

³⁷⁹ Entiéndese por evicción a la situación jurídica que se caracteriza por la privación total o parcial de una cosa, sufrida por su adquirente, en virtud de una sentencia. El artículo 1461 señala que las dos obligaciones esenciales del vendedor son la de entregar la cosa y la de saneamiento. La obligación de saneamiento comprende el saneamiento por evicción y el saneamiento por vicios ocultos: es decir, no hay saneamiento y evicción, sino que aquél es el género (obligación de saneamiento) y ésta la especie (por evicción); una de ellas, porque hay otra (por vicios ocultos). La obligación de saneamiento significa que el vendedor está obligado a proporcionar al comprador la posesión pacífica y las características aparentes de la cosa entregada. La enuncia el artículo 1474: "En virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1.461, el vendedor responderá al comprador:

1º De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida.

2º De los vicios o defectos ocultos que tuviere."

Manifiesta por otra parte el Código Civil en su art. 638: "El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen"

³⁸⁰ Deben diferenciarse los vicios redhibitorios de la garantía de evicción, que resguarda al adquirente a título oneroso por los defectos legales de la cosa, como cuando alguien adquiere una propiedad, y luego aparece un tercero reclamando un derecho, nacido por ejemplo de una hipoteca constituida anteriormente al título del adquirente. En el caso de los vicios redhibitorios, los defectos que tiene la cosa son materiales y además ocultos, pues si el adquirente los conocía o estaban a la

Se debe tener presente, por otra parte, que el carácter de oneroso no queda desnaturalizado en el supuesto de que el beneficiario acreedor resulte ser otra persona y no el dador-constituyente, ya que la onerosidad se da cuando la prestación de uno tiene como razón de ser la contraprestación del otro, pero esta contraprestación puede beneficiar a un tercero y no al co-contratante. Es evidente que la obligación del deudor de pagar la anualidad surge como consecuencia de la entrega efectuada al momento de la celebración por el dador, y que ésta es la razón que ha determinado su ventaja, que será compensada, a su vez, con la ventaja, pago de la anualidad, que él se compromete a efectuar a la otra parte participante de la relación contractual o a un tercero ajeno, pero que ha sido designado al momento de la celebración del contrato. Señala RAPOSO ARCEO que *“la determinación de la naturaleza onerosa o gratuita del contrato, tiene importantes consecuencias prácticas: así, configurado el contrato como oneroso, no cabe que los herederos forzosos reclamen perjuicio a sus legítimas (salvo los supuestos de fraude y simulación), ni pretendan la reducción o la colación, aduciendo que nos encontramos ante una donación”*.³⁸¹

3.4.3 CARÁCTER REAL O CONSENSUAL

Tampoco existen discrepancias en cuanto al carácter de real del contrato oneroso de renta vitalicia. Esta es la postura tradicional de la doctrina y jurisprudencia española³⁸². El contrato oneroso de Renta Vitalicia es real dado que

vista no podrá reclamarlos luego, como si alguien compra una vivienda y luego pretende reclamar que los pisos se encuentran deteriorados, cuando es algo que es observable a simple vista, y seguramente se tuvo en cuenta al fijar el precio de venta.

³⁸¹ Raposo Arceo, Juan, “El vitalicio”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, N° 8, 2004, p. 658.

³⁸² Considérense la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1934 (RJA 1362), 16 de mayo de 1940 (RJA 416 bis) y 14 de octubre de 1960 (RJA 3086). Se declara en la sentencia de 1940 “[...] es un contrato aleatorio, bilateral, real y oneroso [...], porque se perfecciona por el cambio de dominio de los bienes que en él juegan y, por último, porque la entrega de esos bienes y

el mismo queda perfeccionado con la entrega del capital por parte del constituyente. Hasta tanto la entrega no se realice, no queda concluido el mismo. Todo ello conforme lo establece el artículo 1802 del Código Civil en su último inciso que prevé: “*cuyo dominio se le transfiere con la carga de la pensión*”.

Debe puntualizarse que tal carácter ofrece connotaciones particulares en Francia y que resulta admitido por la interpretación del texto legal, como manifiestan PLANIOL-RIPERT³⁸³ que, cuando una renta vitalicia se ha constituido mediante la enajenación de un inmueble o mueble, en realidad existe una venta de ese bien (el precio consiste en la renta) y, por consiguiente, el contrato es consensual y sinalagmático. Pero también aclaran los mencionados autores, por el contrario, que existe un préstamo y, por consiguiente, el contrato es real y unilateral cuando la renta vitalicia forma la contrapartida de una suma de dinero.

En nuestra legislación el contrato es siempre real. Sin embargo se plantean dudas sobre las peculiaridades a tener presentes respecto al significado que esta característica va a dar a las prestaciones y, fundamentalmente, sobre las consecuencias de la promesa de contrato por parte del dador-constituyente. Frente al sector doctrinal que sostiene que el contrato tiene carácter real, surgen entonces aquellos que sostienen su carácter consensual de este contrato.

Siguiendo a BÁDENAS CARPIO³⁸⁴, si la *datio rei* no está anexada a la voluntad (como una forma) ni a la causa final, y si, a despecho de ello, se la exige en la ley para la formación del negocio, es evidente que corresponde considerarla como un elemento esencial general (autónomo) de los contratos reales, a los que podría calificarse como relativos (o de ámbito limitado) por no estar circunscrito a un tipo de contrato y sí a una categoría (la de generalidad restringida).

Entendemos que en el contrato oneroso de renta vitalicia se da este

el pago de las rentas son la mutua prestación a que se obligan los contratantes”.

³⁸³ Ibídem p. 518.

³⁸⁴ BÁDENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 169 y ss.

supuesto y que en consecuencia, como ya fue señalado cuando se trató el carácter de unilateral, la entrega de la cosa resulta ser constitutiva del negocio jurídico motivando su nacimiento. Si no se satisface el recaudo de la *res*, el simple acuerdo de voluntades existente sólo podría dar nacimiento o establecer un contrato preliminar que, si por su característica falta del requisito de la entrega, sería consensual y constituiría una promesa de contrato real, pero que no podría haber dado nacimiento a un contrato real perfecto o concluido, aunque postergado en su eficacia. De lo cual se ha de inferir que la entrega de la cosa es un elemento indispensable para el perfeccionamiento del negocio y no una exigencia de eficacia de un contrato perfeccionado.

Señala BÁDENAS CARPIO que son varias las razones para considerar consensual este contrato, entre ellas: la superación de la distinción, en el Derecho actual, entre contratos reales y consensuales, el alcance general del artículo 1258 del Código Civil respecto de todos los tipos contractuales³⁸⁵, la analogía que pudiera establecerse entre el contrato de renta vitalicia y el de compraventa, la diversa redacción que existe entre los artículos en los que el Código Civil describe los contratos típicamente reales y la contenida en el artículo 1802 de nuestro código, y el verdadero significado que la entrega de la cosa tiene en el Derecho moderno, que ni sustituye al consentimiento ni condiciona la perfección del contrato, sino que sirve de simple presupuesto justificativo de la obligación de devolver.

El tema podría ser abarcado en forma más genérica y hablar de las posibles consecuencias jurídicas de la promesa del contrato real y no en el caso específico de la renta. Si bien la validez de las promesas en los contratos reales actualmente es admitida por la mayoría de los tratadistas, las disposiciones legales, ya sea de nuestro Código o de la legislación comparada, poco aportan en

³⁸⁵ CC, art. 1.258: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

concreto para resolver las situaciones que pueden plantearse en los diferentes contratos reales, como aquellos que sólo se perfeccionan por la entrega de la cosa y que no tienen su nacimiento estructural hasta ese preciso momento.

Dos son los supuestos que interesa considerar con respecto a la situación jurídica que puede plantearse entre las partes con anterioridad a la celebración del contrato mediante la entrega de la cosa. Uno referido a las formas, respecto de las consecuencias que se derivarían cuando no se ha cumplimentado la escritura pública exigida por el texto legal. Otro, la posible existencia de un contrato preliminar o de promesa de renta vitalicia.

Según los autores consultados, particularmente BÁDENAS CARPIO, ambos cuestionamientos deben solucionarse partiendo de la premisa, admitida y aceptada, de que sin la entrega de la cosa no es posible hablar de celebración o perfeccionamiento del contrato.

3.4.4 CARÁCTER DE EFICACIA PERSONAL

Con relación a esta nota distintiva de los contratos onerosos de renta vitalicia, señala GUILLÉN GARCÍA que la redacción del artículo 1802 del Código Civil en este aspecto resulta imprecisa. Escribe: "*Nuestra jurisprudencia, especialmente la registral se muestra firme al mantener el carácter personal del contrato de renta vitalicia. Por ello, dado el carácter obligatorio del contrato, para que produzca efectos reales debe ser asegurado mediante hipoteca*".³⁸⁶

Remite la autora a las siguientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: de los días 1 de marzo de 1939, 21 de diciembre de 1943 (RJ 1943, 1448) y 31 de mayo de 1951 (1951, 2035).

3.4.5 CARÁCTER ALEATORIO

La palabra alea, según hace constar DÍAZ GÓMEZ, inicialmente significaba juego de dados, después

*“por extensión a todos los juegos de azar, termina por devenir un término jurídico para determinar una infracción a la ley, quae vetuit in pecuniam ludere; aleatores eran los jugadores habituales y los de profesión. Plauto habla de una lex alearia cuyas penalidades consistían, probablemente, en una condena al cuádruple, poena quadrupli, pena infligida ordinariamente a todos aquéllos que en contra de una prohibición expresa de una ley, realizaban ciertos actos, sin que por ello sus efectos civiles fueran anulados. La lex alearia era pues una lex minus quam perfecta quae en virtud de la cual el perdedor exigía por una especie de demanda reconventional, el cuádruple de la cantidad que el ganador le demandaba en justicia; e incluso, el perdedor gozaba de este derecho, aun después de haber pagado voluntariamente lo que había perdido. Las pretensiones de la mencionada ley, tendientes a combatir la pasión del juego, reduciendo al mínimo las posibilidades de ganancia por este medio, no lograron alcanzarse, pues los perdedores rara vez usaron el derecho que se les concedía. Así, se produce una evolución jurídica en el sentido de que la actio quadrupli, privada en su origen, se tornó pública y, desde entonces, toda persona estaba en su derecho de perseguir, mediante una manus iniectio quadrupli, la infracción de alea”.*³⁸⁷

³⁸⁶ Ibídem GUILLÉN GARCÍA, *El contrato de renta sobre vivienda*.

³⁸⁷ DÍAZ GÓMEZ, *El origen histórico del contrato de juego*, Derecho y conocimiento, vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva, España, 1998, p. 286.

Según el art. 1964 del Código francés y el art. 1729 del Código italiano los contratos serán aleatorios cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes, o solamente para una de ellas, dependan de un acontecimiento incierto. El artículo 1790 del Código Civil español establece que en el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado. Es el único artículo del capítulo primero del Título XII, “De los contratos aleatorios o de suerte”, del Libro IV del Código Civil. En razón a su calidad de “disposición general”, a él deben de ajustarse los conceptos legales de los contratos aleatorios que le siguen: el seguro³⁸⁸; el juego y la apuesta; y, naturalmente, la renta vitalicia.

Postura similar fue la mencionada por FREITAS en el art. 2270 del *Esboço*³⁸⁹. Asimismo, cabe puntualizar que para el jurista brasileño podían ser aleatorios la compraventa (arts. 2109 a 2112), en el supuesto de que se hubiesen vendido cosas futuras tomando a su cargo el comprador el riesgo de que llegasen a existir en cualquier cantidad, el contrato oneroso de renta, si ésta fuera vitalicia (arts. 2257 a 2269), y todos los demás contratos, si su esencia no fuera incompatible con la cláusula aleatoria.

FREITAS hace una distinción entre los contratos aleatorios que lo son por su naturaleza y aquellos que resultan aleatorios por la voluntad de las partes, perteneciendo a los contratos aleatorios por su naturaleza: a) la renta vitalicia; b) el contrato de juego, sea de azar, sea de destreza; c) el contrato de apuesta; d) la suerte como juego o apuesta, y no para dividir bienes o terminar cuestiones; e) el contrato de lotería o rifa, y f) el mandato de percepción de obligaciones a riesgo

³⁸⁸ De normativa civil derogada, al igual que la contenida en el Código de Comercio, por la Ley 50 de 1980, del 8 de octubre, reguladora del Contrato de Seguro, en BOE, N° 250, del 17 de octubre.

³⁸⁹ Ibídem FREITAS, *Esboço do Código Civil*, Ed. Typographia Universal de Laemmert, Rio de

del mandatario. En consecuencia, la diferencia entre contratos aleatorios y conmutativos está dada por cuanto en los primeros las ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes o para una sola de ellas dependen de un acontecimiento incierto, mientras que en los segundos las partes al contratar han podido marcar y establecer las respectivas ventajas o pérdidas que el contrato les podrá producir en la etapa de su cumplimiento.

En el contrato oneroso de renta vitalicia, el alea o acontecimiento incierto será la duración de la vida de la persona designada como cabeza del contrato. Ello, evidentemente, supone un acontecimiento incierto, ya que las partes no han podido establecer cuál será la duración del tiempo durante el cual el deudor deberá cumplir con la obligación asumida, al recibir el dinero o la cosa mueble o inmueble apreciable en dinero, de pagar la anualidad o renta periódica.

Por ello han remarcado PLANIOL y RIPERT³⁹⁰ que toda enajenación a cambio de renta vitalicia implica muy graves riesgos para el que enajena sus bienes o su capital, y también para la otra parte, si solamente realiza una compra aislada de ese tipo o un pequeño número de operaciones de la misma índole. Al pie de página, dichos autores traen a colación, para graficar el alea o remarcar el riesgo, el supuesto de la colección de antigüedades de WALDECK³⁹¹ diciendo: *"Un ejemplo célebre es el de la colección de antigüedades americanas de WALDECK. Su propietario pedía por ellas 40.000 francos. El Estado le ofreció comprarla a cambio de renta vitalicia y esto fue aceptado. Pero como WALDECK, que tenía entonces más de 50 años, no falleció hasta los 109, el Estado pagó cinco o seis veces el precio pedido por la colección"*.³⁹²

Surge con toda evidencia que la categoría de contrato aleatorio para la renta vitalicia está admitida y reconocida en la doctrina internacional en función o

Janeiro, Brasil, 1860-1864.

³⁹⁰ PLANIOL Y RIPERT, ibídem, p. 516.

³⁹¹ WALDECK (1766-1875) famoso pintor, dibujante y grabador francés.

³⁹² PLANIOL Y RIPERT, ibídem, p. 516.

como consecuencia de la vida del beneficiario y que ésta constituye el acontecimiento incierto que motivará las posibles ventajas o pérdidas para las partes contratantes.

3.4.6 CARÁCTER FORMAL Y SOLEMNE

Del juego armónico de las distintas disposiciones del Código se colige que el contrato oneroso de renta vitalicia debe ser hecho por escritura pública, y que tal forma reviste el carácter de solemne, aunque se pueda dar el caso de la conversión del negocio jurídico en los supuestos en que la forma no haya sido instrumentada por escritura pública al momento de la celebración del acuerdo y entrega del dinero o de la cosa. El Código contiene una serie de disposiciones que deben ser consideradas cuando se trata el tema de la forma de los contratos y, más genéricamente, de los actos jurídicos. Señala ARNAU MOYA que los contratos de renta vitalicia

“son formales por cuanto se caracterizan porque para su plena constitución y eficacia precisan que el consentimiento se manifieste de una forma especial establecida por la ley o por pacto (escritura pública, documento privado, etc.). Este requisito de forma se eleva a la condición de elemento esencial del contrato, de modo que su inobservancia supondrá la nulidad del mismo. Estos contratos son excepciones la regla general, ex arts. 1.258 y 1.278 cc, de perfección de los contratos por el simple consentimiento (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001). Son contratos formales: la hipoteca, las capitulaciones

*matrimoniales, las donaciones de inmuebles, etc.”*³⁹³

3.4.7 CARÁCTER DE TRACTO SUCESIVO

Siguiendo a este autor³⁹⁴, existen contratos de cumplimiento instantáneo, de cumplimiento diferido y de cumplimiento continuado o periódico. Los primeros son aquellos en los que las prestaciones que incumben a cada parte se realizan coetáneamente, aunque puedan ser sometidas a un plazo. Las obligaciones surgen sin depender de ninguna condición y las prestaciones no deben ejercerse en períodos o en forma continuada. Un contrato es de cumplimiento diferido cuando está sometido a una condición, a un evento incierto y futuro.

En relación al momento en el cual los contratos empiezan a producir sus efectos, cabe distinguir entre contratos de ejecución inmediata y diferida. Son contratos de ejecución inmediata o instantánea aquellos cuyos efectos se producen en el momento de su perfección (por ej. compraventa de gasolina en una estación de servicio). Son contratos de ejecución diferida aquellos en los que, por decisión de las partes, los efectos se producen con posterioridad al momento de su perfección. Para ello se utiliza el denominado término o plazo, que es un elemento accesorio (elemento accidental) al negocio jurídico que indica el momento en el tiempo *-dies a quo-* a partir del cual empieza a producir efectos el contrato (término o plazo inicial) o se produce el fin de la eficacia del negocio (término final). Por ej. La compraventa a plazos de un automóvil.

Y finalmente, los llamados contratos de tracto sucesivo, continuados o periódicos, que son aquellos en los que existe una ejecución periódica, fluyente o

³⁹³ ARNAU MOYA, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos, Edita: Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, 2008/2009, p. 218.

³⁹⁴ *Ibíd.*, p. 220.

repetida que se prolongará en el tiempo, como por ejemplo, la obligación del deudor de la renta vitalicia que deberá pagar la anualidad mientras dure la vida del que fuera instituido como principal beneficiario o cabeza del contrato.

Enseña ARNAU MOYA que *“son contratos de tracto único aquellos en que la ejecución es única o instantánea; lo comporta el cumplimiento de una sola vez. No obstante, estos contratos también admiten una ejecución diferida, si las partes acuerdan someterlos a plazo. Son contratos de tracto único la compraventa o de la permuta. Son contratos de tracto sucesivo, o de cumplimiento continuado o periódico aquellos en los que la ejecución del mismo implica una cierta permanencia en el tiempo; la ejecución se distribuye o reitera en el tiempo. El tracto sucesivo puede comenzar con el perfeccionamiento del contrato o también puede diferirse en el tiempo sometiéndose a plazo. Son contratos de tracto sucesivo la renta vitalicia, el arrendamiento y el depósito”*.³⁹⁵

3.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

El contrato de renta vitalicia figura en todas las legislaciones modernas, aunque con modalidades especiales. Daremos una rápida mirada retrospectiva a la legislación comparada, iniciando la misma con el Código francés que define el contrato oneroso en el art. 1968 diciendo: *“La renta vitalicia puede ser constituida a título oneroso, mediante una suma de dinero, o por una cosa mueble apreciable en dinero, o por un inmueble”*³⁹⁶.

Tratando el artículo siguiente (art. 1969) de la constitución de la renta a

³⁹⁵ Ibídem, p. 220.

³⁹⁶ Código Civil, Cap. II, “Del contrato de renta vitalicia”: Sección I, “De las condiciones requeridas para la validez del contrato” (Artículos 1968 a 1976) y Sección II, “De los efectos del contrato entre las partes contratantes” (Artículos 1977 a 1983), consulta en: http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/somcives.htm

título gratuito.

En el art. 1704 considera la posibilidad de la constitución a título gratuito estableciendo: *“También uno puede constituir la renta vitalicia gratuitamente por donación o testamento sobre sus propios bienes, reteniendo su dominio para sí o para su heredero, en cuyo caso estará sujeta la renta a las reglas sobre capacidad, reducción o nulidad, establecidas para los casos respectivos en los títulos I y IV de este libro”*.³⁹⁷

Para FREITAS, en su *Esboço*³⁹⁸, al tratar “Del contrato oneroso de renta”:

“Habrá contrato oneroso de renta, cuando alguien quedare obligado a pagar una prestación periódica por un capital recibido y no exigible [...] quedando establecido que puede ser perpetua o vitalicia. [...]. Será perpetua cuando fuere constituida o reservada, por tiempo indeterminado. Será vitalicia cuando fuere constituida o reservada, por tiempo igual a la vida de una persona, o de dos o más personas; y en este caso el contrato será aleatorio. [...] Será constituida, cuando su capital consistiere en dinero. Será reservada, cuando el capital consistiere en alguna cosa mueble o inmueble, transferida por venta o por donación con este cargo, al deudor de la renta”.³⁹⁹

Pero analicemos cómo tratan el tema los códigos civiles de algunos países de habla hispana, los cuales -en su mayoría- rescatan el análisis doctrinario del Código Civil español.

El Código de Chile, al tratar “De la constitución de renta vitalicia”, define lo

³⁹⁷ Ibídem.

³⁹⁸ Cfr. FREITAS, TEIXEIRA, *Esboço do Código Civil*, Ed. Typographia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, Brasil, 1860-1864. Texto completo en: http://www.archive.org/stream/projectodocodig00rodrgoog/projectodocodig00rodrgoog_djvu.txt

³⁹⁹ Ibidem FREITAS, arts. 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919m 920, 921, 1060, 1061, 2548,2549 y 2551.

esencial del contrato en estos artículos:

“Art. 2264. La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida natural de cualquiera de estas dos personas o de un tercero.

Art. 2266. Se podrá también estipular que la renta vitalicia se deba durante la vida natural de varios individuos, que se designarán. No podrá designarse para este objeto persona alguna que no exista al tiempo del contrato

Art. 2271. El acreedor no podrá pedir la rescisión del contrato aun en el caso de no pagársele la pensión, ni podrá pedirla el deudor, aun ofreciendo restituir el precio y restituir o condonar las pensiones devengadas, salvo que los contratantes hayan estipulado otra cosa”⁴⁰⁰.

El Código Civil de la República Oriental del Uruguay, en el Capítulo II del Título XI, “De los contratos aleatorios”, dispone en el art. 2182:

*“El contrato de renta vitalicia es un contrato aleatorio, en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero. Cuando la renta vitalicia se constituye gratuitamente, no hay contrato aleatorio, y se sujetará a las reglas de las donaciones y legados, sin perjuicio de regirse por las de este Capítulo, en lo que fueren aplicables”.*⁴⁰¹

⁴⁰⁰ ROJAS GARCÍA, “Consideraciones respecto al contrato de Renta Vitalicia”, en *Revista Fojas*, Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral, Edición N° 26 - Abril 2010.

⁴⁰¹ Código Civil de la República Oriental del Uruguay, Libro Cuarto, Segunda parte, “De las obligaciones que nacen de los contratos”, en División Estudios Legislativos, Cámara de Senadores:

A su vez, el Código Civil de México, sancionado en 1928 y que entrara en vigencia a partir del 1 de octubre de 1932, en el Capítulo II, "De la renta vitalicia", perteneciente al Título XII, "De los contratos aleatorios", fijaba las pautas del contrato diciendo en su art. 2774: *"La renta vitalicia es un contrato aleatorio por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o raíz estimadas, cuyo dominio se le transfiere desde luego"*.⁴⁰²

En el artículo siguiente, el legislador mexicano disponía: *"La renta vitalicia puede también constituirse a título puramente gratuito, sea por donación o por testamento"*.⁴⁰³

Finalizaremos las citas legales enunciando la definición contenida en el nuevo Código Civil de la República del Paraguay, cuya entrada en vigencia data del 1 de enero de 1987, que en su art. 1431 establece: *"Por el contrato oneroso de renta vitalicia, una de las partes se obliga a entregar una suma de dinero o una cosa apreciable en dinero, y la otra se compromete a pagar una renta periódica a uno o más beneficiarios durante la vida del suministrador del capital, o de otras personas determinadas. Cuando la renta se constituye gratuitamente se aplicarán las normas establecidas para las donaciones o los testamentos, en su caso, y subsidiariamente las de este Capítulo"*.⁴⁰⁴

Del texto del nuevo Código que entró en vigencia recientemente en la República del Paraguay se deduce que en este ordenamiento el contrato sería consensual y no real, lo que gravitará en forma evidente en algunas de las

<http://www.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/L4p2t11c2.htm>

⁴⁰² Código Civil federal, México, en JusticiaMéxico, <http://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/libro-cuarto/parte-segunda/titulo-decimossegundo/capitulo-ii/#articulo-2774>

⁴⁰³ Ibídem.

⁴⁰⁴ Código Civil de la República de Paraguay, Capítulo XIX, "De la renta vitalicia", art. 1431, en: www.cej.org.py/archivos/leyes/codigos/Ley%201183%20C.C..doc

consecuencias que se derivan de su análisis práctico respecto de los efectos, su posible promesa y el momento de celebración.

Esta pacífica doctrina ha compartido el criterio de que el contrato de renta vitalicia oneroso legislado por el codificador español tiene connotaciones propias que lo individualizan y que lo separan de contratos de características similares, como por ejemplo del de mutuo con intereses y del de seguro de vida. Pero es posible admitir que el contrato oneroso de renta vitalicia integra prácticamente todos los Códigos Civiles existentes, y que de las enunciaciones que hemos transcrito se desprende que ha sido regulado dentro de los llamados contratos aleatorios, con carácter de real, es decir, perfeccionándose mediante la entrega de la cosa o del capital por parte del constituyente o dador.

3.6 LA RENTA VITALICIA Y LA HIPOTECA INVERSA

3.6.1 DOS PRINCIPIOS DISTINTOS

Estos dos institutos jurídicos (renta vitalicia e hipoteca inversa) que han sido propuesto para mejorar la situación de las personas mayores o dependientes cuyos ingresos no alcanzan a cubrir su necesidades y que al mismo tiempo disponen de un capital inmovilizado bajo la forma de bienes inmuebles, caso particularmente frecuente en España.

Intentaremos ahora poner por un momento a un lado las formas jurídicas que le dan estructura y sustento tanto a la hipoteca inversa como al seguro de dependencia y a las distintas variantes de renta vitalicia, en cuanto alternativas que permiten a los ancianos -así como a las personas aquejadas de algún tipo de dependencia- sacar partido de ese capital inmovilizado para subvenir a sus necesidades cotidianas o, en general, mejorar sus condiciones de vida. Buscaremos una aproximación a su contenido no tanto desde el punto de vista de

sus aspectos legales -aunque éstos siempre estarán presentes como sustrato en el análisis- como desde el de sus aspectos conceptuales, económicos y sociales y de las implicancias a nivel humano y familiar, apuntando a determinar las variables a tener en cuenta, los riesgos que acarrearán y los conflictos que pueden ayudar a desatar, de modo de abrir el panorama al momento de optar por alguna de ellas o, eventualmente, reemplazarlas por otras.

Los sistemas que hemos presentado, aunque cumplan funciones parecidas y tengan objetivos en cierto modo convergentes, parten de hecho -como ya hemos tenido ocasión de ver- de principios completamente incomparables, si no acaso incompatibles. Algunos de ellos -en particular la “hipoteca inversa”- aunque incluyan factores aleatorios, se basan fundamentalmente en un mecanismo financiero típico -la hipoteca-, al que desarrollan en una forma original en función de incluir una serie de medidas como recaudo para garantizar que haya equivalencia en el intercambio y se pueda alcanzar un cierto equilibrio -al menos formal, ya que éste siempre es relativo e imperfecto- entre las obligaciones y los riesgos de una y otra parte. En cambio el sistema de renta vitalicia -y también, aunque de una manera distinta, el seguro de dependencia- consisten en un contrato realmente aleatorio, en el cual no es la equivalencia lo que se busca: cada contratante apuesta a sacar ventaja, a alcanzar beneficios superiores a las obligaciones contraídas. La única equivalencia se encuentra eventualmente en las expectativas que cada una de las partes abriga de resultar favorecida, de recibir más de lo que entrega. Cada cual apuesta a ganador, y no en términos de ganancia común o compartida sino con total conciencia de que lo que gana uno para el otro será una pérdida.

Ambos mecanismos, por opuestos que sean sus principios y distinta la forma jurídica que los sostiene, coinciden en el hecho de estar organizados en derredor de un mismo acontecimiento, de ocurrencia inexorable pero de plazo

impreciso: la muerte de una de las partes contratantes. En ese sentido están en estrecho contacto con la problemática que se genera en torno de las cuestiones sucesorias. El detalle no es menor, y la historia de la humanidad -desde los tiempos más remotos y en las latitudes más diversas- está plagada de situaciones y circunstancias en las que las disputas por el reparto de los bienes familiares -por las herencias- han desatado -y exacerbado- los sentimientos y pasiones más nefastos, abriendo paso a los peores excesos, incluyendo -desde ya- el crimen. En cualquier caso, y sin necesidad de hilar demasiado fino, el sólo hecho de que alguien espere un beneficio de la muerte de otro -así fuera un allegado, un pariente cercano o por el contrario un completo desconocido-, encierra en sí mismo un gran potencial destructivo y plantea dificultades éticas que podemos considerar delicadas.

En la medida en que todas estas propuestas de instrumentos jurídico-legales destinados a la movilización de los recursos financieros de ancianos y dependientes están determinadas y forman parte de una estructura económica y por lo tanto giran antes que nada en torno de los posibles beneficios económicos propuestos-, pero teniendo en cuenta que lo que se le ofrece a cada beneficiario está referido a su calidad de vida, a su existencia, se hace necesario prestar especial atención a los efectos que estos institutos puedan tener en el plano de la ampliación de derechos y la promoción de la autonomía de ancianos y dependientes, tratando de ver un poco más lejos que la mera ventaja económica. Se trata de proteger -y de hacer valer- un patrimonio, pero en función de una mejora en las condiciones vitales de existencia.

En ese sentido, a las prevenciones generales respecto de los costos económico-financieros en relación a los beneficios existenciales buscados se les deberían sumar las inquietudes y conflictos que pueden generarse en el entorno familiar -en función de sus efectos en el campo sucesorio. Además, en la medida

en que tanto la hipoteca inversa como las distintas variantes de renta vitalicia forman de una u otra manera parte del conjunto de los recursos que se destinan a cubrir las necesidades de aquellos que por razones de edad, enfermedad o incapacidad no están en condiciones de trabajar, habría que tomar en cuenta el hecho de que al funcionar en paralelo -y quizá en conjunto- con los diversos componentes del sistema de previsión social: jubilaciones y pensiones de jubilación, seguros de vida, enfermedad y jubilación, etc., modifican el equilibrio general de los recursos previsionales. De allí las referencias repetidas en las diversas leyes a "*los grandes problemas económicos*" a los que podría dar solución, al "*gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales*" que representa, así como los reclamos para convertir a estos instrumentos jurídicos en una "*inversión eficiente*" a partir de su "*impacto social, económico y laboral*", y no solamente de su aporte específico a la persona que recurre a ellos.

Así, aunque cada operación pone en juego recursos privados de libre disposición por parte de su titular, manejados en ejercicio de su libre voluntad personal y recurriendo a mecanismos económico-financieros vinculados a la renta inmobiliaria, sin tocar directamente la política redistributiva ni los recursos públicos, en la práctica juega en un escenario más amplio, afecta no solamente a los interesados directos y a sus allegados más cercanos sino a la distribución de la riqueza en la sociedad toda, tomando su lugar dentro de la pluralidad de herramientas y procedimientos dirigidos a atender a los impedidos de trabajar, herramientas y procedimientos establecidos ya sea a partir de la acumulación personal de recursos durante la vida activa, de aportes deducidos de los salarios o de prestaciones ligadas a otras cuestiones -mérito, invalidez, viudez, necesidad, etc.- y que pueden ser tanto universales como personales y ser prestados ya por el Estado o ya por instituciones privadas, según se inscriban y tengan su origen en los sistemas asistenciales o de reparto que apelan a la solidaridad intergeneracional o recurran a la capitalización individual.

Las tensiones y conflictos que caracterizan a la economía -campo de batalla de fuerzas poderosas- se muestra en toda su desnudez en momentos de crisis como los actuales. La masa de recursos públicos -recursos sociales, generados por el conjunto social y financiados en particular con la baja de los ingresos ciudadanos, el menor gasto social y el paro- que se vuelca al rescate de las instituciones financieras, muestra la necesidad de prestar especial atención al resguardo de los derechos ciudadanos de los sectores más vulnerables de la población cuando se trata de legislar, es decir de ordenar las conductas sociales.

Nadie mejor que el interesado puede saber lo que le conviene. A lo sumo se trata entonces -al considerar las operaciones en las que se juega el patrimonio familiar de ancianos y personas dependientes- de poner sobre el tapete ciertos temas y condiciones que con frecuencia no son explícitos: se los da quizá por sabidos u obvios, aunque en muchas ocasiones tal vez también se los evite, pudorosa o maliciosamente. En todo caso, son ellos los que determinan y condicionan los riesgos y beneficios que se pueden esperar al suscribir un contrato como los que consideramos aquí. Ahora bien, en la medida en que de lo que se trata es de tomar decisiones particulares, centradas en el individuo y en el caso singular -decisiones relativas a su vida personal-, intentaremos ahora apuntar a los efectos puntuales de las mismas más que a sus consecuencias sociales y sus repercusiones sobre el conjunto, sin olvidar por ello que son las condiciones histórico-sociales las que determinan por un lado los medios y recursos -económicos, sociales y también jurídicos- disponibles, y por el otro las condiciones y las modalidades, las consecuencias y las repercusiones de su aplicación. Si se ignoran las fuerzas que moldean el sistema general, las decisiones particulares corren el riesgo de quedar sujetas a los vaivenes de una economía impredecible y de ser vulnerables a los efectos imprevistos ocasionados por esos múltiples factores que intervienen pero no siempre resultan visibles o evidentes. No sólo las propiedades inmuebles pueden ser portadoras de “vicios ocultos”.

Hemos mencionado ya que en la actualidad el proceso económico -hundido en la crisis y en desesperada búsqueda de recursos para salir de ella- tiende a profundizar el carácter regresivo de la distribución primaria al mismo tiempo que se reducen las partidas destinadas al gasto social (la distribución secundaria). He allí en el fondo -y no solamente en el aumento de la expectativa de vida de la población- una de las causas principales de que un número creciente de ancianos en edad de jubilación se encuentren, a pesar de ser propietarios de sus viviendas, en dificultades para mantener un nivel de vida satisfactorio o por lo menos compatible con el que estaban acostumbrados. La crisis ha resultado en particular en que las pérdidas producidas por la aventura financiera que infló la burbuja especulativa sean cubiertas a costa del recorte de las prestaciones del sistema jubilatorio y la aceleración del proceso de deterioro de los servicios sociales para mayores y discapacitados.

De hecho, el sistema de pensiones de jubilación, que encierra en buena medida el porvenir de la población -la sobrevivencia de los seres humanos "después del trabajo"- también es asimilado a una mercancía, como si pudiera ser colocado en una red de intercambios económicos regidos por criterios de equivalencia. Y el recorte de los aportes del sistema público -que desde BISMARCK regulaba los medios necesarios para ello-, hace que la manutención de ancianos y enfermos vuelva a caer sobre los hombros de los propios ancianos y sus parientes. Tanto la hipoteca inversa como la renta vitalicia -y lo mismo vale para el seguro de dependencia- representan así un intento de enfrentar los problemas que plantea la edad y la dependencia reduciendo la participación pública e incrementando la parte que queda a cargo de los propios destinatarios -en el caso de que sean propietarios de bienes inmuebles- o -si no es ese el caso- de sus allegados. Independientemente de sus efectos puntuales en cada caso -que pueden producir una mejora sustancial en los ingresos personales-, tiran a la baja las prestaciones destinadas a mayores y dependientes.

De cualquier manera -pero sin perder de vista este horizonte y procurando por razones de estricta justicia la salvaguarda del patrimonio familiar ante los riesgos que acechan en el mercado financiero- nos ocuparemos aquí solamente de lo que pueden ofrecer en el caso particular. Y en este aspecto el dinero no lo es todo: el valor a considerar en primer lugar es la existencia misma. También la vida tiene precio cuando todo se mira con la lente del mercado, pero su valor para el sujeto trasciende -y por mucho: son magnitudes incomparables- cualquier balance contable. Cada individuo deberá hacer su propia evaluación personal y sabe que se juega mucho más que los bienes inmuebles que haya podido adquirir. Pero veamos en concreto las posibilidades y riesgos que encierran las distintas alternativas.

3.6.2 TASACIÓN DE LOS INMUEBLES GRAVADOS

En la medida en que el seguro cubra correctamente los riesgos mencionados y sostenga el carácter vitalicio de la hipoteca inversa, el “conflicto de intereses” entre los derechohabientes y la sobrevivencia del beneficiario es entonces el mismo que existe en cualquier otra circunstancia -a lo sumo forma parte de las tensiones y conflictos que se anudan en torno de la estructura sucesoria-, y queda acotado a la pérdida de un legado puramente hipotético que afecta a bienes de libre disposición por parte del beneficiario, el cual bien podría directamente haberlos enajenado en vida -como sucede en el caso de la renta vitalicia- en lugar de constituir una hipoteca -ya fuera inversa u ordinaria- sobre ellos. Y en cuanto a la eventual deuda que pudiera surgir de la acumulación de pagos e intereses por encima del valor de venta real del inmueble, el problema se descarga finalmente sobre las compañías aseguradoras, las cuales, al trabajar sobre los grandes números estadísticos, minimizan sus efectos, pese a que tampoco ellas estén totalmente exentas de problemas, sobre todo ante la presencia de burbujas especulativas inmobiliarias como las que han hecho eclosión recientemente en los EEUU, en España y en otros sitios. Recordemos al respecto que en los Estados

Unidos, la Fannie Mae (Asociación Federal Nacional Hipotecaria Estadounidense), que se ocupaba -entre otras cosas- de este tema fue una de las primeras víctimas al estallar la crisis de las hipotecas “*subprime*”, debiendo ser auxiliada con grandes sumas por el gobierno de los Estados Unidos para evitar su colapso.

En términos generales -y dejando a un lado las implicancias afectivas y los conflictos personales que atiza este tipo de operaciones- la hipoteca inversa - como cualquier otra hipoteca- es una operación financiera normal, que depende en primer término de la tasación del inmueble. A partir de esa tasación y en función de la esperanza de vida del beneficiario se establecen el monto total del crédito y las sumas y ritmos de los pagos parciales. Punto delicado entonces, y sensible, ya que no existen -pese a los requerimientos formales de una tasación equitativa- pautas objetivas o absolutas para determinar el precio de una propiedad. La tasación representa un tema complejo, en el que las variables intervinientes son demasiadas. Algunas de ellas -y no las menores: los agentes inmobiliarios pueden dar fe de lo que decide una compra y del peso de esos factores en la negociación del precio final- son además francamente subjetivas. Tampoco -obviamente- representa un valor fijo, ni hay manera segura de proyectar su evolución en el tiempo.

Los requisitos de una tasación objetiva, realizada por especialistas habilitados legalmente al efecto, exigencia que busca poner límites a la posible arbitrariedad de una evaluación hecha por empleados del banco que otorga el crédito y a la medida exclusiva de sus intereses, no pasan de declaraciones bienintencionadas que no pueden salvar los obstáculos concretos para lograrlo: la mejor tasación no deja de ser una mera aproximación a un valor promedio, que deja amplios márgenes abiertos a la subjetividad y la imprecisión. A este respecto la Ley 1/2013 establece una serie de medidas tendentes a garantizar la

imparcialidad y objetividad de las tasaciones que se verifiquen⁴⁰⁵.

Y en número 4 del artículo 4 de la mencionada ley dispone: *“las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación.”*

Y en el número 6 del mismo artículo se dice: *“el préstamo o crédito garantizado con hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta ley”.*

De tal modo, las discrepancias no han de ser infrecuentes, dado que en estas situaciones se enfrentan intereses opuestos -el prestamista tiende a

⁴⁰⁵ Así dispone en su artículo 4 que *“las sociedades de tasación y los servicios de tasación de las entidades de crédito estarán sometidas a los requisitos de homologación previa, independencia y secreto que se establezcan regularmente.*

Las sociedades de tasación cuyos ingresos totales deriven, en el periodo temporal que reglamentariamente se establezca, al menos en un 10 por ciento de su relación de negocio con una Entidad de Crédito o con el conjunto de Entidades de Crédito de un mismo grupo, deberán, siempre que alguna de esas Entidades de Crédito haya emitido y tenga en circulación títulos hipotecarios, disponer de mecanismos adecuados para favorecer la independencia de la actividad de tasación y evitar conflictos de interés, especialmente con los directivos o las unidades de la Entidad de Crédito que, sin competencias específicas en el análisis o la gestión de riesgos, están relacionados con la concesión o comercialización de créditos o préstamos hipotecarios.

Esos mecanismos consistirán al menos en un reglamento interno de conducta que establezca las incompatibilidades de sus directivos y administradores y los demás aspectos que resulten más adecuados para la entidad, atendiendo su tamaño, tipo de negocio y demás características. El Banco de España verificará dichos mecanismos y podrá establecer los requisitos mínimos que deben cumplir con carácter general y requerir a las entidades, de manera razonada, para que adopte las medidas adicionales que resulten necesarias para preservar su independencia profesional.....”.

aminorar el valor del inmueble; el beneficiario y su entorno cercano (que además del interés económico están unidos al bien por lazos afectivos) a sobrevalorarlo-, y pueden cargar de tensión las negociaciones. Como es la que determina las pautas de la hipoteca, una tasación insatisfactoria no solamente puede hacer fracasar la operación, sino que puede acumular presión y producir conflictos al momento de completarse los pagos comprometidos -si el monto total del crédito se agota en vida del beneficiario- y acarrear complicaciones al momento de la cancelación. Todo esto implica riesgos de uno y otro lado y hace más complejo y oneroso el seguro.

Claro que aún más complejo es el punto relativo a la estimación del valor de venta del inmueble al vencimiento de la hipoteca. A lo aleatorio de la fecha -determinada en relación a la muerte del o de los beneficiarios- y las muchas variables que componen el precio del bien -ubicación, superficie, comodidades, servicios, gastos, antigüedad, estado, calidad, etc., sin olvidar los componentes puramente subjetivos que intervienen en la valuación de una propiedad- se le suman los casi infinitos -y habitualmente imponderables- factores que pueden afectar su precio a lo largo del tiempo. Cuestiones de orden económico, en primer lugar -y sin necesidad de hacer hincapié en las oscilaciones en más y en menos debidas a fenómenos especulativos específicos, como el que dio origen a la crisis actual, sino a partir de las muchas circunstancias macro y microeconómicas normales (nivel de las tasas de interés, inflación, tipo de cambio, promociones y subsidios, etc.) que influyen en forma más o menos directa o indirecta sobre el mercado inmobiliario en general y sobre una propiedad determinada en particular- pero también climáticas, fenómenos y desastres naturales como terremotos, inundaciones, incendios, etc.; acontecimientos sociales, decisiones políticas, innovaciones tecnológicas, evolución urbana, planeamiento y normativa urbanística y ambiental, desarrollo de la infraestructura y la red de transportes, por mencionar solamente algunos de los principales aspectos que determinan el valor mercantil y la vida útil de un inmueble, tejen una maraña extremadamente difícil de

desentrañar. Nuevamente, y en la imposibilidad de una evaluación objetiva medianamente certera, las previsiones y recaudos a tomar terminan incrementando los costos hipotecarios.

Las incertidumbres a las que la hipoteca inversa está sujeta pintan así un panorama pantanoso. Sin embargo, el mecanismo financiero tiende a reducirlas, a construir los equilibrios -relativos siempre, por cierto- que guían los intercambios comerciales y financieros. Ese es su punto fuerte y a la vez su debilidad: por una parte convoca al cálculo -cómputo preciso y tranquilizador que permite ponderar lo que se da y lo que se recibe-; por el otro minimiza la dimensión vital de un convenio que en realidad negocia bienes materiales por calidad de vida. Poner precio a la existencia es ilusorio: se trata de dimensiones incomparables. Las cuestiones sucesorias complican aún más el panorama: el beneficiario no está solo; sus actos y decisiones dependen en buena parte de sus afectos. Parientes y allegados pesan sobre ellos y participan ya sea en términos de colaboración económica y acompañamiento vital o con oposición y distanciamiento.

El balance no es fácil y no admite reglas fijas.

4. EL SEGURO DE DEPENDENCIA

4.1. INTRODUCCIÓN

El Sistema previsto en la Ley 39/2006 amplía y complementa la protección que el Estado, en colaboración con los ámbitos autonómico y local, ha venido ofreciendo, y que resultaba claramente insuficiente⁴⁰⁶. Pero antes de la aprobación de dicha ley ya se era consciente de que las entidades privadas podían jugar un papel de mayor importancia en el ámbito de la dependencia, aunque no pudieran ofrecer una cobertura universal e integral⁴⁰⁷, como tampoco pueden hacerlo las prestaciones públicas, por mucho que se recojan como principios en los apartados b) y c) del artículo 3 de la ley, teniendo en cuenta el volumen de recursos requerido. Por eso, en su Disposición Adicional Séptima, y con la rúbrica: **“Instrumentos privados para la cobertura de la dependencia”**, la citada Ley 39/2006 establece:

“1. El Gobierno, en el plazo de seis meses, promoverá las modificaciones legislativas que procedan, para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia.

2. Con el fin de facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios que se establecen en la presente Ley, se promoverá la regulación del tratamiento

⁴⁰⁶ Ejemplo de los instrumentos existentes para la protección de las personas mayores y/o dependientes, sin tener en cuenta la Ley 39/2006, son: las prestaciones de la Seguridad social para casos específicos, como la gran invalidez, los complementos de ayuda a tercera persona en la pensión no contributiva de invalidez, y las prestaciones para la reeducación y rehabilitación de las personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores, la prestación familiar por hijo a cargo con discapacidad, así como los Planes de Acción para las personas con discapacidad y las personas mayores. MALDONADO MOLINA, *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 29 a 49.

fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia.”

Además, el apartado m) del artículo 3 de la Ley 39/2006, establece, como uno de los principios en los que se basa esta ley: “*La participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia*”.

En otras palabras, la ley prevé la posibilidad de que coexistan, de manera complementaria, mecanismos asistenciales de carácter privado junto a los mecanismos públicos, ambos orientados en un mismo objetivo: la atención y protección de las personas en situación de dependencia. Esta previsión se puede plasmar en la práctica de manera que la persona en esta situación pueda tener opción a una doble asistencia⁴⁰⁸, dependiendo de su nivel de renta, del número de hijos que tenga, del importe al que asciendan los costes de las prestaciones recibidas por parte de entidades privadas, etc⁴⁰⁹. Por un lado, la que le proporcionará el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, previsto en la Ley 39/2006 y, por otro, la que le presten entidades de carácter privado.

De lo que se trata en definitiva es de reducir los aportes estatales al sistema público, derivando a los propios beneficiarios -según su situación y sus posibilidades económico-financieras- una parte mayor de los gastos de atención a través de la intermediación de entidades privadas cuyos beneficios en última instancia no pueden sino encarecer las prestaciones. Así, éstas resultarán en definitiva más onerosas que si las tomara el Estado a su cargo, puesto que deberán incluir no solamente los costos operativos sino un beneficio empresario. Pero ese mayor costo será asumido en su totalidad por los usuarios.

El problema no es menor. El coste que suponen los cuidados de larga

⁴⁰⁷ VEIGA COPO., *El Seguro de dependencia*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 11.

⁴⁰⁸ Lo ideal sería que ambas prestaciones no se solaparan, sino que se complementaran.

⁴⁰⁹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de dependencia*, Marcial Pons,

duración es muy elevado, por lo que algunos países, entre ellos Estados Unidos⁴¹⁰, han optado por fomentar el seguro privado de dependencia, de modo que el Estado se desprende de una porción cada vez más importante de ese gasto.

Es verdad que entran en juego cuestiones que van más allá de la mera asignación de recursos del Estado. La dependencia es un problema que echa hondas raíces en la sociedad y en las familias que deben hacerle frente. El apoyo estatal al sector informal que atiende a las personas en situación de dependencia, favorable en muchos aspectos, se muestra no sólo insuficiente a nivel laboral, sino que puede perjudicar particularmente a las mujeres, ya que son éstas, como ha quedado expuesto, quienes se han hecho cargo en general de la atención informal de las personas dependientes y podrían seguir viendo diluirse sus legítimas expectativas laborales al quedar atrapadas en el papel de asistente familiar.

En ese sentido habría que valorar la creación de empleo formal que podría significar la intervención de las empresas privadas en este sector, frente a la mínima profesionalización de los cuidadores y la pobre -o nula- remuneración que hasta hace poco los caracterizaba, no solamente en el caso mayoritario en que son cuidadores informales (básicamente, como ya se ha comentado, mujeres), sino también cuando reciben prestaciones económicas, dada la falta de previsión normativa en este ámbito hasta épocas recientes, en que esas prestaciones a los cuidadores familiares se impusieron, tal como lo establece la Ley 39/2006 en sus artículos 14.4 y 18.

La creación de puestos de trabajo estables en el ámbito privado, podría sin duda generar ahorros para el Estado en prestaciones por desempleo y en gasto sanitario, mientras por otra parte se producirían ingresos por IVA y Seguridad Social. Estos motivos podrían apoyar la intervención del sector privado en este

Barcelona, 2012, p. 24. Disponible en: <http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689502.pdf>

⁴¹⁰ GUERRERO CASAS. y HERRANZ PEINADO, *El seguro de dependencia...*, op. cit., p. 14.

ámbito, siempre como complemento del sector público, en lo que a atención de las personas en situación de dependencia se refiere.

El seguro de dependencia es un seguro de personas al ser un seguro que afecta a la salud, o como también se ha dicho, se trata de un seguro en el que el riesgo consiste en la fragilidad del ser humano⁴¹¹

4.2 CONCEPTO DEL SEGURO DE DEPENDENCIA

El precepto número 3 de la Ley 39/2006, en su letra m), como ya se ha expuesto, prevé la posibilidad de que la iniciativa privada sea partícipe en la prestación de los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.

Asimismo, y como ya indicábamos en el apartado anterior, la Disposición Adicional Séptima de la Ley 39/2006 instaba al Gobierno a promover la regulación de la cobertura privada de las situaciones de dependencia. Pues bien, la Disposición Adicional Segunda de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, regula el seguro de dependencia en los siguientes términos:

“DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Regulación relativa al seguro de dependencia.

1. La cobertura de la dependencia podrá instrumentarse bien a través de un contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social, o bien a través de un plan

⁴¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, VEIGA COPO, *Contrato de seguro, seguro de personas. Seguro de dependencia*. Tirant on line, p.1.

de pensiones.

2. La cobertura de la dependencia realizada a través de un contrato de seguro obliga al asegurador, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y dentro de los términos establecidos en la ley y en el contrato, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación.

El contrato de seguro de dependencia podrá articularse tanto a través de pólizas individuales como colectivas.

En defecto de norma expresa que se refiera al seguro de dependencia, resultará de aplicación al mismo la normativa reguladora del contrato de seguro y la de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Conforme a lo establecido en el artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, las entidades aseguradoras deberán contar con la preceptiva autorización administrativa y demás requisitos necesarios para el desarrollo de la actividad aseguradora en España en los ramos de vida o enfermedad.

Para la cobertura de la contingencia de la dependencia por las mutualidades de previsión social resultará de aplicación lo dispuesto por los artículos 64, 65 y

66 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, y su normativa reglamentaria de desarrollo.

3. Los planes de pensiones que prevean la cobertura de la contingencia de dependencia deberán recogerlo de manera expresa en sus especificaciones. En todo aquello no expresamente previsto resultará de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y su normativa de desarrollo.”

En el apartado VIII del Preámbulo de la Ley 41/2007⁴¹², se justifica la novedosa regulación del seguro de dependencia sobre la base de la Ley 39/2006. Asimismo, se hace alusión a las medidas de fomento fiscal de la cobertura de la dependencia a través de seguros privados y planes de pensiones. Se relaciona la dependencia con la hipoteca inversa que -como ya hemos visto- es otra forma de financiar los costes de la dependencia. Además, literalmente, se establece:

“En relación con el seguro de dependencia, su contenido incorpora la regulación de los instrumentos

⁴¹² Este apartado VIII de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, manifiesta, en su anteúltimo párrafo, en relación con el seguro de dependencia lo siguiente:

“La cobertura de la dependencia realizada a través de un contrato de seguro obliga al asegurador, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y dentro de los términos establecidos en la Ley y en el contrato, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación. Estos seguros podrán contratarse por las entidades aseguradoras que cuenten con la preceptiva autorización administrativa para el ejercicio de la actividad aseguradora en los ramos de vida o enfermedad. Por lo que se refiere a los planes de pensiones que prevean la cobertura de la contingencia de dependencia deberán recogerlo de manera expresa en sus especificaciones.” (BOE-A-2007-21086, 8 de diciembre de 2007, Núm. 294 Páginas: 50593 a 50614). Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/141-2007.html#da2 consultado a 7 de noviembre de 2010.

privados para la cobertura de la dependencia, que podrá articularse bien a través de un contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social, o bien a través de un plan de pensiones”.

No cabe duda de que la propia Ley 39/2006 es consciente de la dificultad de afrontar el gran reto que supone la dependencia y de asumir su protección, por eso tiende la mano al ámbito privado. Sin embargo éste, además de actuar de forma complementaria, de alguna manera deberá competir con el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de carácter público, al que la Ley 39/2006 dedica su Título I y entre cuyos principios básicos se encuentra el de la universalidad, lo que supone que el espacio que puede ocupar en el mercado el seguro de dependencia podría ser bastante reducido, teniendo en cuenta, además, la falta de conciencia general existente en España en relación con la contratación de seguros de este tipo, circunstancia que se agudiza aún más en relación al seguro de dependencia, dado que no es habitual que la persona asuma que pueda llegar a enfrentarse en el futuro a una situación de dependencia. Otro factor a tener en cuenta es el desconocimiento que existe sobre los beneficios fiscales⁴¹³ que ofrece este tipo de seguro, aunque difícilmente la persona que desee cubrir una potencial situación de dependencia tenga en cuenta sólo, o en primer lugar, este dato.

No queremos dejar pasar la ocasión de señalar la poca precisión -que llega casi a la indefinición- de la regulación del seguro de dependencia en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, especialmente en su apartado segundo cuando manifiesta que el contrato de seguro: *“obliga al asegurador (...) al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de*

⁴¹³ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. (BOE núm. 285, 29 de noviembre de 2006, página 41734). Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/I35-2006.html consultado el 13 de

atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación”.

Ésta es sólo una muestra de la poca voluntad en la concreción, determinación y en el desarrollo⁴¹⁴ de la regulación del seguro de dependencia por parte del legislador: ni el tipo de prestación ni el contenido de las consecuencias perjudiciales, ni el grado y manera de la atención son precisados.

4. 2. 1 NATURALEZA

A falta de una regulación específica del contrato de seguro de dependencia, bien a través de una reforma de la Ley de Contrato de Seguro, o por medio de normativa específica⁴¹⁵, nos remitiremos a la Ley de Contrato de Seguro⁴¹⁶ y al Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados⁴¹⁷.

El artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro define el contrato de seguro como: *“aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.”*

noviembre de 2010.

⁴¹⁴ Ésta, junto a otras razones, como la falta de promoción del seguro de dependencia por parte de las entidades privadas, quizá por temor, la falta de concienciación y de cultura de seguros en España o el desconocimiento de dicho seguro y de su favorable tratamiento fiscal, pueden ser la causa de el poco éxito del seguro de dependencia en España.

⁴¹⁵ A fecha de la realización de este trabajo, sólo la Ley 41/ 2007, de 7 de diciembre, en su Disposición Adicional Segunda regula, de manera muy superficial y absolutamente insuficiente el contrato de Seguro, siendo las demás incursiones de otras normativas meramente alusivas o que lo han incluido, sólo, a efectos enumerativos.

⁴¹⁶ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/150-1980.html

⁴¹⁷ Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados. (BOE nº 267 de 5 de noviembre 2004, Pag. 36602 a. 36651) http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rdleg6-

Siguiendo esta definición, los seguros se clasificarían en función de la modalidad de prestación a la que se obligue el asegurador, en:

- ⤴ Seguros de indemnización efectiva.- En esta clase de seguros, el asegurador deberá indemnizar el daño que el asegurado haya sufrido.
- ⤴ Seguros de sumas.- El asegurador, en esta clase de seguros, habrá de satisfacer un capital o una renta.
- ⤴ Otra clase de seguros será aquélla en la que la obligación del asegurador consistirá en realizar otras prestaciones que habrá acordado con el tomador del seguro.

Por otra parte, la Ley de Contrato de Seguro distingue entre seguros contra daños⁴¹⁸ y seguros de personas⁴¹⁹, atendiendo al objeto del riesgo asegurado, elemento esencial del contrato de seguro.

Según MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA⁴²⁰, la mayor parte de la doctrina mercantil define el riesgo como “*la posibilidad de que se produzca el evento objeto de la cobertura del asegurador*”.

Teniendo en cuenta tal definición, sigue afirmando el citado autor que:

- ⤴ en el seguro de personas, el riesgo recae sobre la existencia, la integridad corporal o la salud del asegurado.
- ⤴ en el seguro contra daños, el riesgo recae sobre bienes materiales, rendimientos económicos esperados, gastos, pérdidas económicas, o el nacimiento de una deuda para el asegurado.

Puede relacionarse la clasificación que podría deducirse de la definición

[2004.html](#) consultado el 11 de noviembre de 2010.

⁴¹⁸ Artículos 25 a 79 de la Ley de Contrato de Seguro.

⁴¹⁹ Artículos 80 a 106 de la Ley de Contrato de Seguro.

⁴²⁰ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, p. 541.

dada por la Ley de Contrato de Seguro en relación a la diferencia entre seguro contra daños y seguro de personas para encuadrar este tipo de seguro en una de estas dos clasificaciones.

Hay que señalar que, durante algún tiempo, se suscitó una polémica en la doctrina, en torno a la adecuación del contrato de seguro en una naturaleza dualista, o a una naturaleza unitaria⁴²¹ en función de si la naturaleza era idéntica en todos los contratos de seguro o, si por el contrario, los contratos de seguro de personas y los contratos de seguro contra daños obedecían a principios básicos distintos.

Desde nuestro punto de vista, la teoría unitaria o monista sería la correcta, toda vez que consideramos que en la Ley de Contrato de Seguro existe una unidad estructural en lo que se refiere a la naturaleza de la prestación que el asegurador deberá satisfacer, que es idéntica a todo contrato de seguro, al margen de que existan diferencias entre sus modalidades. Pero dado que esta discusión no aporta nada a la materia central del presente trabajo, no profundizaremos más.

El seguro de dependencia es un seguro de personas si atendemos al riesgo cubierto (criterio que sigue la Ley de Contrato de Seguro a la hora de establecer una clasificación y al que realmente hemos de atenernos en la práctica). Teniendo en cuenta la modalidad de prestación a la que el asegurador tendrá que hacer frente, sin embargo, se puede decir que el seguro de dependencia no es un

⁴²¹ VALPUESTA GASTAMINZA, *Teoría General del Contrato del seguro (Conforme a la Ley Española)*, p. 4. “A favor de la postura monista se suele aducir que la Ley parte de unas Disposiciones generales aplicables a todos los seguros, por lo que el modelo unitario en lo esencial es claro; a favor de esta corriente, con diversos desarrollos, URÍA “Orientaciones modernas, 263, SÁNCHEZ CALERO, Comentario 30-31. La postura dualista se basa en la idea de que el concepto de interés, es predicable sólo de los seguros contra daños y que como consecuencia, ambos contratos parten de unas disposiciones generales distintas (arts.25 a 44 para los seguros contra daños ; y 80 a 82 para los de personas); los principios indemnizatorio y de subrogación para el asegurador rigen en los primeros, y no en los segundos, lo cual los configura como sustancialmente distintos. En este sentido GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, 28-36; Tirado Suárez, Comentario 1728. Disponible en:

seguro de sumas, puesto que la obligación del asegurador no debería consistir en la entrega de una suma de dinero que se acuerda *a priori*, sino, como regla general, en la prestación de servicios a cambio de la prima.

En principio, por tanto, se podría encajar al seguro de dependencia dentro de estas clases de seguros:

- Los seguros de personas.- Estarían dentro de esta modalidad por razón del riesgo. Este criterio, en realidad, sería el único a seguir, dado que se adecua a la clasificación que hace la Ley de Contrato de Seguro.
- Los seguros contra daños.- La prestación del seguro de dependencia consistirá en la prestación de servicios, o en una indemnización del daño que el asegurado sufra efectivamente. Ésta es la razón fundamental del seguro, pero, atendiendo al interés (cuya existencia es discutida por la doctrina, e incluso rechazada en el seguro de vida), para el asegurado, éste consiste además en recibir la indemnización de un daño. Por otra parte, hay que tener en cuenta la función de prevención de un daño patrimonial que cumple la prestación de servicios.
- Los seguros mixtos.- Se trataría de una mezcla del seguro de personas y el de daños.
- Los seguros asistenciales o de prestación de servicios. Se justificaría la pertenencia del seguro de dependencia a esta modalidad (que, no lo olvidemos, no aparece como tal en la clasificación que hace la Ley de Contrato de Seguro), con base en que:
 - o atendiendo al riesgo, se trataría de un seguro de personas, pero
 - o atendiendo al interés y a la modalidad de prestación que el asegurador habrá de satisfacer en caso de producirse el evento dañoso previsto, podría tratarse de un seguro de daños, si aquélla consistiese en una indemnización, pero también existe la

posibilidad de que la prestación consistiese, (y sería lo más lógico, atendiendo a la naturaleza de la dependencia), en la prestación de servicios, modalidad que la Ley de Contrato de Seguro no recoge dentro de la clasificación.

En cualquier caso, lo más adecuado parece ser calificar el seguro de dependencia como un seguro asistencial o de prestación de servicios, por cuanto que si se sigue la clasificación que establece la Ley de Contrato de Seguro, este tipo de seguro estaría compuesto por rasgos y características tanto del seguro de personas como del seguro contra daños.

Sin embargo, hay que reiterar que dicha modalidad no está contemplada en la Ley de Contrato de Seguro, por lo que legalmente, y a falta de regulación específica o reforma de aquélla, se tratará formalmente de un seguro de personas atendiendo al riesgo. Por tanto, en puridad, habremos de estar a la Ley de Contrato de Seguro para su régimen jurídico, por lo que habrá que analizar el encaje del seguro de dependencia en la Ley de Contrato de Seguro, tema éste que, por su complejidad, debería ser abordado en otro estudio.

Por otra parte, en el artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados se establece una clasificación según la cual el seguro de dependencia debería ser ubicado en la modalidad de seguros directos sobre la vida.

4.3 CONTENIDO DEL CONTRATO DE SEGURO DE DEPENDENCIA

4.3.1 INTRODUCCIÓN

El contrato de seguro es un contrato consensual, razón por la cual la

aceptación del tomador del seguro de la propuesta realizada por el asegurador produce como resultado la perfección del contrato. Es decir, la póliza no es un requisito para la constitución y perfección del contrato de seguro, sino que su valor es sólo a efectos de prueba.

A continuación estudiaremos los aspectos que creemos más relevantes en relación con el contenido del contrato de seguro de dependencia.

4. 3. 2 EL RIESGO EN EL SEGURO DE DEPENDENCIA

En el contrato de seguro de dependencia, como en todos los contratos de seguro, el tomador transfiere los riesgos al asegurador, de quien requiere la cobertura de aquéllos a través del pago de una prima.

El riesgo es la posibilidad de que se produzca el hecho dañoso por el que el asegurador deberá indemnizar al asegurado. En este sentido, el riesgo constituye la causa del contrato de seguro, elemento esencial del mismo, por lo que, si a la hora de su celebración no existe riesgo o ya ha ocurrido el evento dañoso el contrato será nulo por falta de causa; esto es lo que se establece en el artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro.

En el caso del contrato de seguro de dependencia, el tomador del seguro, asegurado o beneficiario siempre será una persona independiente, ya que de padecer de dependencia a la hora de la celebración del contrato, ya habría ocurrido el riesgo (aunque cabe su agravamiento), y por lo tanto, en virtud del artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro, el contrato sería nulo⁴²².

Como afirma VEIGA COPO⁴²³, basándose sobre lo que opina GARRIGUES los elementos que integran el riesgo son la posibilidad (lo que se traduce en que el

⁴²² Las Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2007 y 30 de julio de 2007 (RJ 2007, 4962), así lo declaran con respeto al riesgo putativo, para los contratos de seguro en general.

⁴²³ VEIGA COPO, *El Seguro de dependencia*, op. cit., p 91, quien cita en su nota referencial nº 143 a GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, op. cit., pp. 12 y ss.

hecho ha de ser futuro e incierto) y el evento dañoso, es decir, la situación de dependencia, sin olvidar el azar.

El riesgo que será objeto de la cobertura por parte del asegurador ha de ser delimitado en cualquier tipo de contrato de seguro (aunque existen excepciones como, por ejemplo, los seguros multirisgos de hogar, los de asistencia sanitaria o el seguro marítimo, en los que concurre la universalidad del riesgo, es decir que el asegurador cubre cualquier evento dañoso que se produzca sobre el interés asegurado, salvo los expresamente excluidos en la póliza). Sin embargo, se corre el peligro de desnaturalizar la finalidad aseguraticia del tipo de contrato, en este caso del contrato de seguro de dependencia.

Lo primero que se ha de hacer para la delimitación del riesgo, evidentemente, es definirlo de una manera clara y precisa en la documentación contractual. El seguro de dependencia, en particular, debe cubrir el desgaste gradual o la pérdida total de la autonomía funcional y vital de la persona humana, concurriendo la permanencia, en ningún caso la provisionalidad o temporalidad. En este punto sin duda hay que tener muy en cuenta la definición de la dependencia establecida por la Ley 39/2006 en su artículo 2.2:

“Dependencia: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.”

Como se puede comprobar, se señala el carácter permanente de la situación o el estado de dependencia. Cabría deducir que el riesgo que debe

cubrir el seguro de dependencia es perder la autonomía y depender de un tercero para realizar determinadas actividades.

En relación con la delimitación del riesgo en el contrato de seguro de dependencia, tras definir el estado de dependencia, éste se habrá de perfilar en el sentido de diferenciarlo de otros tipos de seguros. Por ejemplo, el seguro de vida cubre el riesgo sobre la vida o la existencia; el seguro de accidentes cubre el riesgo sobre la integridad corporal y física; el seguro de enfermedad y el de asistencia sanitaria ofrece cobertura sobre la enfermedad o las alteraciones físicas o psíquicas en la salud. Todas estas modalidades de seguro, de una u otra forma, cubren sólo ciertos aspectos de la dependencia, resultando no solamente tangenciales, sino absolutamente insuficientes y no específicas.

Una vez dado este primer paso, el siguiente debe ser concretar o enumerar de forma positiva o de forma negativa los riesgos genéricos. Después se deben especificar, definir y plasmar, de manera clara y transparente, los hechos y actividades que el asegurador garantizará o no y las circunstancias en las que el seguro cubrirá, o no, dichos riesgos⁴²⁴ en caso de transformarse en eventos, así como sus consecuencias. Se debe precisar si se cubrirán sólo los daños directos o también los indirectos. Se trata de evitar malentendidos interpretativos del contrato en cuestión.

En cuanto a cómo o con base en qué criterio se haga, los aseguradores deberán conocer bien los riesgos genéricos y los que va a garantizar, y fijarlos claramente en la póliza, razón por la cual para la medición y valoración de la situación de dependencia a la hora de conocer el grado y nivel de ésta y la autonomía personal de la que goza una persona, el asegurador debería tener en cuenta la Ley 39/2006⁴²⁵ y la normativa que la desarrolla, en particular el Real

⁴²⁴ Permítasenos no profundizar en el tema que bien pudiera ser objeto de un trabajo específico sobre el mismo.

⁴²⁵ Ejemplo del uso de este criterio de valoración es el que ofrecen en sus respectivos seguros de dependencia el Seguro Caixa Tarragona: “Los grados de dependencia son acreditados

Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia⁴²⁶.

Las compañías aseguradoras tienden a cubrir los grados de dependencia más severos, es decir, los grados II (de dependencia severa), y III⁴²⁷ (de gran dependencia), siguiendo la clasificación llevada a cabo por la Ley 39/2006, por la complicación de la averiguación y valoración de los grados más moderados.

4. 3. 3 DEBERES Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRACTUALES

4.3.3.1 DEBERES Y OBLIGACIONES DEL TOMADOR O DEL ASEGURADO

- DEBER DE DECLARAR EL RIESGO.

En los seguros de dependencia resulta de especial interés el deber de declaración del riesgo.

La razón de ser este deber la encontramos en la necesidad de que la entidad aseguradora pueda valorar el riesgo antes de formalizar el contrato, para decir cubrirlo o no, y en su caso en que condiciones (por ejemplo con sobreprimas cuando el riesgo exceda del normal)⁴²⁸.

por la Seguridad Social de acuerdo con la normativa vigente (http://www.caixatarragona.es/esp/sec_15/dependencia.html) y el seguro de dependencia Caja Ávila: "el reconocimiento de la situación de dependencia será expedido por la Comunidad Autónoma correspondiente teniendo validez en todo el Estado (<http://portada.cajadeavila.es/cajadeavila/servlet/Producto?accion=obtener&idseccion=6&idproducto=51>)

⁴²⁶ BOE núm. 96, 21 de abril. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd504-2007.html

⁴²⁷ Este es el caso del Seguro Caixa Tarragona y del Seguro de Dependencia de Caja Ávila.

⁴²⁸ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, "Algunas consideraciones sobre la declaración del riesgo en el seguro privado de dependencia", en AA.VV., Dir. GARCÍA GARNICA, *Estudios sobre*

En este contexto queda incluido el deber específico del tomador, no sólo de prestarse a la realización de las pruebas médicas que exija la aseguradora, sino de informarle de todas aquellas circunstancias que puedan influir en la entidad y la intensidad del riesgo de dependencia a cubrir y que él es el que mejor conoce por referirse a cuestiones de su esfera íntima personal⁴²⁹.

Este deber viene a representar una manifestación del principio de buena fe contractual. Siendo tan importante la delimitación del riesgo, ésta no puede llevarse a efecto sin la colaboración del futuro contratante, que es quien únicamente conoce ciertas circunstancias y detalles. El asegurador sólo con mucha dificultad y dentro del ámbito limitado puede procurarse una información directa sobre el concreto riesgo que pretende asumir, por que necesita la ayuda de ese futuro contratante y requiere de él, la información precisa para la concreción y valoración del riesgo⁴³⁰.

Antes de la conclusión del contrato el tomador del seguro deberá contestar el cuestionario que el asegurador le facilitará, en virtud de los artículos 10 y 89 de la Ley de Contrato de Seguro, quedando aquél exonerado del deber que dicho precepto le impone en el supuesto de que el asegurador no se lo presente o no incluya en él preguntas cuyas respuestas pudieran influir en la valoración y delimitación del riesgo, por entenderse que, en estos supuestos, concurriría falta de diligencia por parte del asegurador, y no incumplimiento o dolo del tomador del seguro⁴³¹.

Dicho cuestionario⁴³² contendrá preguntas que lleven al asegurado a conocer circunstancias que puedan ayudar a la valoración del riesgo, con la finalidad de concretar qué riesgos estarán incluidos y cuáles no en la cobertura de

Dependencia y Discapacidad, Aranzadi, Pamplona, 2011, p.531.

⁴²⁹ Ibidem.

⁴³⁰ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, op. cit., p.532.

⁴³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3567)

⁴³² Sobre el cuestionario presentado por el asegurador, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1994 (RJ 1994, 6383).

dicho seguro.

Este deber se afirma sobre la base de la buena fe que se recoge de forma genérica en los artículos 7 y 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, pero que en el contrato de seguro alcanza su auténtica y absoluta razón de ser, debido a que es el asegurador quien mejor conoce las circunstancias y datos subjetivos y objetivos que influyen o determinan el riesgo, sin olvidar la circunstancia de que al poseer el asegurador mayor experiencia y cualificación profesional para la apreciación de los riesgos está, en este sentido, en una posición privilegiada.

Una vez que el plazo de indisputabilidad ha pasado, la facultad de rescindir el contrato del asegurador, que no conoce que existe reserva o inexactitud del tomador en la declaración del riesgo⁴³³, declina por razón del estado de dependencia o de falta o pérdida de autonomía del asegurado, según interpreta MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA⁴³⁴. Dichas circunstancias pueden ser eliminadas o restringidas a través de las condiciones generales, pero el citado autor asegura que, en el caso del seguro de dependencia, las condiciones generales reflejarán lo establecido en los artículos 10 a 13 de la Ley de Contrato de Seguro, aplicable a todos los tipos de contratos de seguros, por tanto, también al seguro de independencia.

Sin embargo, en relación con el párrafo tercero del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, es decir, si la situación de dependencia o falta de autonomía ocurre antes de que el asegurador haya hecho la declaración dirigida al tomador (cuyo plazo es de un mes desde que conoce la reserva o inexactitud del tomador del seguro a la que se refiere el párrafo segundo del citado artículo), establece el

⁴³³ En virtud del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro: (...).*El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.*

⁴³⁴ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Situaciones de dependencia...*, op. cit., pp. 586 y 587.

citado párrafo tercero que la prestación que el asegurador deberá satisfacer se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado si se hubiese conocido la verdadera entidad del riesgo. En este supuesto, y ante un seguro de dependencia en el que la prestación del asegurador consista en la prestación de servicios asistenciales, ¿cómo se reduce proporcionalmente? Teniendo en cuenta que lo establecido en este tercer párrafo tiene la finalidad de equilibrar las prestaciones, debería buscarse quizá a través del clausulado o las condiciones generales la reposición de dicho equilibrio, por ejemplo, fijando como fecha en la que comience a correr el plazo del mes establecido para que el asegurador pueda rescindir el contrato, la del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro.

Una vez enmarcado el deber de declaración del tomador en el cuestionario presentado por la aseguradora, el incumplimiento puede tener lugar cuando se deja de declarar algo que pudiera o debiera decirse (reserva a reticencia) o cuando lo declarado no se corresponda con la realidad (inexactitud)⁴³⁵. La reserva o inexactitud del tomador del seguro en su declaración va a producir distintas consecuencias en función de si medio dolo o culpa grave por su parte y de si aquel incumplimiento se apreció por la aseguradora antes o después del siniestro⁴³⁶. Hay que valorar con carácter previo la posibilidad de que en el contrato se haya previsto una cláusula de incontestabilidad o indisputabilidad⁴³⁷.

En virtud de esta cláusulas, el asegurador renuncia a discutir la validez de la póliza a pesar de que existan declaraciones inexactas o la ocultación de hecho materiales⁴³⁸. El artículo 89 de la LCS una vez que haya transcurrido un año desde la perfección del contrato, este resulta incontestable por el asegurador,

⁴³⁵ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, op. cit., p.538.

⁴³⁶ *Ibidem*.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, op. cit., p.539.

salvo que exista dolo por parte del tomador asegurado⁴³⁹

- **DEBER DE PAGO DE LA PRIMA**

El artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro, al definir dicho contrato, establece el pago de una prima como contraprestación a la asunción de un riesgo y la indemnización o resarcimiento de los daños producidos por el evento dañoso cuyo riesgo cubre el asegurador.

Se trata de la obligación principal del tomador del seguro⁴⁴⁰, en la que se traduce la contraprestación del riesgo que se transfiere al asegurador, además de ser un elemento esencial del seguro, dado el carácter oneroso del contrato de seguro.

La falta de pago de la prima en el seguro de dependencia produce consecuencias muy específicas, dado que la prestación del asegurador puede, y generalmente debería, consistir en la prestación de servicios de tipo asistencial continuada en el tiempo y de carácter posiblemente indefinido.

La falta del pago de la prima única y las consecuencias establecidas en el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, no acarrearían problema alguno de adecuación al seguro de dependencia, ya que la prima única se suele pagar en el momento de conclusión del contrato, y la primera de las primas periódicas, según el artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro, será exigible una vez que el contrato se ha firmado. En ambos casos, siguiendo lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, el asegurador podrá resolver el contrato o exigir su pago, derecho que le otorga la póliza en la vía ejecutiva.

Sin embargo, en el caso del seguro de dependencia, las consecuencias

439

Ibidem.

440

Se regula en los artículos 14 y 15 de la Ley de Contrato de Seguro.

derivadas de la falta de pago de las primas posteriores a la primera, que establece el segundo párrafo del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, pueden ser notablemente graves para el asegurado si la prestación a la que el asegurador está obligado, como deberá ser en la generalidad de los casos, es una prestación que continúa en el tiempo.

Es aquí donde puede entrar en juego el artículo 8.8 de la Ley de Contrato de Seguro, al prever como parte del contenido mínimo de la póliza del contrato tanto la duración del mismo como el día y la hora de comienzo y término de los efectos de un contrato que ya se perfeccionó, como ya vimos, *“por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”*, en virtud del artículo 1262 del Código Civil.

Hay que señalar, sin embargo, que el aplazamiento excesivo por parte del asegurador del plazo en el que comenzará el ejercicio de la prestación, puede desvirtuar la naturaleza del riesgo, e incluso resultar un abuso.

Pero volviendo al tema de la posibilidad de suspender o paralizar la satisfacción de la prestación en virtud del artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro, si a través de las cláusulas del contrato se contraviniese la citada Ley, a pesar de su autoproclamada imperatividad, éstas sólo serán válidas si benefician en mayor medida que aquélla al asegurado. Es decir, todo dependerá de si se prevé el supuesto de impago de una prima, excluida la primera de las periódicas y la prima única, una vez que haya comenzado el ejercicio de la prestación por parte del asegurador, o no se prevé y, en ese caso, se aplicará lo establecido en el párrafo segundo del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, es decir, la paralización del ejercicio de la prestación, siempre y cuando concurra la culpa del tomador y el asegurador le haya requerido de pago la prima vencida.

Por otra parte, y profundizando en las consecuencias que pudiera conllevar el cese efectivo en la prestación de servicios por parte del asegurado del seguro de dependencia, cuya semejanza con el seguro de asistencia sanitaria es

evidente, en caso de existir doble cobertura: privada y pública, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2006 afirmó que los únicos que podrán decidir el traslado de la persona en situación de dependencia desde un centro hospitalario privado a uno público, una vez ya ingresado en aquél, serán la propia persona dependiente o sus auxiliares.

- **Deber de comunicar al asegurador si los mismos riesgos ya son objeto de otros contratos de seguro.**

No resulta especialmente interesante este deber del tomador, ya que difícilmente el riesgo de la dependencia va a ser cubierto por diferentes aseguradores privados.

- **Deber de comunicar el acaecimiento del siniestro.**

El artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro establece el plazo máximo de siete días para que el tomador del seguro comunique al asegurador el acaecimiento del siniestro desde que lo conoció (salvo que en el tenor de la póliza figure otro distinto), a efectos de que éste pueda, tras las averiguaciones y peritaciones correspondientes que arrojen luz sobre su real acaecimiento y los daños producidos por dicho siniestro, proceder a la satisfacción de la “*indemnización*” como establece el artículo 18 de la Ley de Contrato de Seguro, literalmente.

Esta obligación no debe tener mucha relevancia en el seguro de dependencia, salvo que el retraso del mismo provocara un empeoramiento del grado o nivel de la situación de dependencia del asegurado, lo que podría aumentar el coste de la prestación precisada por el tomador, hecho que tendrá que acreditar el asegurador.

Por otra parte, el traslado de dicho deber al tomador del seguro de dependencia es relativo, toda vez que quizá no haya un momento a partir del cual

la persona se convierta en dependiente, y de fijarlo, en todo caso, éste sería aquél en el que el asegurado solicitara la prestación de dichos servicios, en el caso de ser ésta la prestación a la que esté obligado el asegurador. Por el contrario, en el caso de consistir dicha prestación en el reembolso de gastos abonados *a priori* por el asegurado, la citada comunicación sí que es importante, a efectos de que la prestación pudiera realizarse fuera del plazo que se prevé en el artículo 18 de la Ley de Contrato de Seguro.

Por otra parte hay que tener en cuenta que el asegurado no tiene por qué estar preparado para dar una comunicación exacta de una situación para la que su diagnóstico, graduación y valoración necesita de conocimientos técnicos. Asimismo, hay que señalar lo absurdo de la falsedad de una comunicación que provocará la prestación de servicios únicamente útiles para una persona en situación de dependencia que, además, deberá acreditar necesidad y costes.

No hay que olvidar que este deber obliga tanto a tomador del seguro, asegurado y/o beneficiario⁴⁴¹.

La Ley de Contrato de Seguro, en el párrafo primero del artículo 16, prevé la posibilidad del reclamo por daños y perjuicios del asegurador en caso de incumplimiento del deber de comunicación del acaecimiento del siniestro por parte del tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario.

- Deber de informar sobre circunstancias y consecuencias del siniestro

Se trata de informar sobre las causas, los efectos, o los terceros causantes del mismo. Este deber, recogido en el tercer párrafo del artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro, sólo adquiere sentido en el supuesto de que la dependencia haya sobrevenido como consecuencia de negligencia de un tercero, por ejemplo,

⁴⁴¹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Situaciones de dependencia...*, cit., p. 601.

caso en el que la aseguradora podría subrogarse en el lugar del asegurado, en los derechos que den lugar a acciones frente al tercero causante del daño.

Aspecto a tener en cuenta es que este deber sólo obliga, al menos según el tenor literal del artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro, al tomador del seguro y al asegurado.

Si la prestación a la que se obliga el asegurador en el seguro de dependencia consiste en el reembolso de los gastos que ha sufrido el asegurado, dicha información reviste para el asegurador una utilidad mayor que en el caso de tratarse de la prestación de servicios de asistencia, dado que los servicios de asistencia no serán prestados directamente por éste en aquella modalidad.

El párrafo tercero del artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro establece como único supuesto en el que el asegurador quedará exonerado del deber de satisfacer la prestación, aquél en el que el tomador del seguro o el asegurado hubieran actuado con dolo o culpa grave.

- **Deber de aminorar las consecuencias del siniestro.**

Este deber, en el seguro de dependencia, podría encauzarse en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Ley de Contrato de Seguro, entendido como el deber que tiene el asegurado o el tomador del seguro de seguir las instrucciones del asegurador o del cuidador profesional que lo atiende.

4.3.3.2 OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR

- **La indemnización del daño.**

Para hablar de la principal obligación del asegurador hay que partir del artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro, que establece dicha obligación a cambio del cobro de una prima, para el caso de acaezca el evento cuyo riesgo se

ha comprometido el asegurador a cubrir. Es decir, el asegurador está obligado a cubrir un riesgo que podrá llegar a traducirse en realidad o quedarse en simple riesgo, pero, de antemano, ya existe esa obligación para el asegurador mientras exista contrato.

Una vez acaecido el siniestro habrá de comprobarse si tal evento estaba previsto o no en las cláusulas del contrato como riesgo objeto de cobertura por parte del asegurador y, de resultar cubierto, si los daños producidos lo han sido a causa de aquél. Seguidamente, el asegurador habrá de cerciorarse de que no existió circunstancia o hecho que excluya el derecho del asegurado a percibir la prestación por parte del asegurador, por ejemplo: impago de la primera prima periódica o de la única, si se acredita dolo o culpa del asegurado, etc.

Un dato esencial a tener en cuenta es la naturaleza de la prestación a la que el asegurador está obligado en el seguro de dependencia. Y dicha prestación puede consistir en:

- ⤴ Indemnización del daño causado por el siniestro, traducido a términos económicos que equivaldrán a los gastos sufridos previamente por el asegurado en concepto de pago de servicios asistenciales que un tercero ajeno al asegurador prestará.
- ⤴ De reparación, cuando la prestación consista en la prestación de servicios, lo cual sería lo más coherente y lógico tratándose del seguro de dependencia.
- ⤴ Sistema que combina indemnización y reparación.

Como VEIGA COPO y MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, nos postulamos a favor de la mayor coherencia que supone que, en el seguro de dependencia, la prestación en la que el asegurado está interesado es la que consiste en el ejercicio de servicios asistenciales de manera directa por el asegurador, tomando como referencia el catálogo de servicios previsto en el artículo 15 de la Ley

39/2006. Dicho catálogo enumera diversos servicios a prestar a las personas en situación de dependencia, a saber:

- Servicios de prevención de las situaciones de dependencia y de promoción de la autonomía personal.
- Servicio de Teleasistencia.
- Servicio de Ayuda a domicilio:
 - ✦ Atención de las necesidades del hogar.
 - ✦ Cuidados personales.
- Servicio de Centro de Día y de Noche:
 - ✦ Centro de Día para mayores.
 - ✦ Centro de Día para menores de 65 años.
 - ✦ Centro de Día de atención especializada.
 - ✦ Centro de Noche.
- Servicio de Atención Residencial:
 - ✦ Residencia de personas mayores en situación de dependencia.
 - ✦ Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

La ventaja de que el asegurador ofrezca dicha prestación de servicios, en nuestra opinión, se debe al inevitable encarecimiento de la prima que supone la prestación en términos de indemnización, dado el mayor costo de la prestación de servicios atendidos por terceros ajenos al asegurador. Las necesidades de la dependencia están de hecho más vinculadas a las prestaciones de servicios asistenciales que a la percepción de sumas de dinero líquido. En principio, esta modalidad no debería ser muy demandada por los potenciales contratantes.

Volviendo a la prestación de servicios asistenciales, prestación que como es

obvio consiste en una obligación de hacer y que queda englobada en la definición del contrato de seguro recogida en el artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro, hay que indicar que el artículo 18.2 de la Ley de Contrato de Seguro, prevé la posibilidad de sustitución de la prestación de carácter indemnizatoria, en la medida en que la naturaleza del seguro lo permita, “*por la de la reparación o la reposición del objeto siniestrado*”, siempre que exista consentimiento del asegurado. Es decir que ésta puede ser una cláusula del contrato de seguro.

En opinión de algunos autores la prestación de hacer del asegurador es tanto de medios como de resultados. Sin embargo, otros afirman que la prestación es de medios. Nosotros nos declaramos partidarios de ésta última.

Con respecto a la forma en la que haya de satisfacer el asegurador dicha prestación, en nuestra opinión (la cual se viene manteniendo a lo largo del presente trabajo) debería desarrollarse mediante legislación específica que regule el seguro de dependencia. Mientras tanto, la Ley de Contrato de Seguro prevé, en su artículo 18.1, que el plazo en el que el asegurador deberá hacer efectivo el pago del importe mínimo de lo que deba, será de cuarenta días (se entiende, para el seguro de dependencia, en el caso que la obligación del asegurador consista en el reembolso de gastos) desde que recibió la declaración del siniestro, añadiendo que el asegurador está obligado en cualquier supuesto.

El párrafo número 3 del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, por su parte, determina que la mora del asegurador se produce (en referencia al seguro en el que el asegurador está obligado a satisfacer una prestación de servicios) cuando éste no hubiera satisfecho su prestación pasados tres meses desde que acaeció el siniestro, o (en caso de indemnización) cuando no ha satisfecho el importe mínimo de lo que deba tras cuarenta días contados desde la recepción de la declaración del siniestro.

En el seguro de dependencia basado en el reembolso de gastos (a diferencia del de prestación de servicios, en el que ésto no tendría sentido), puede

ser complicado averiguar el importe mínimo debido, en el plazo de cuarenta días. Pero es aquí donde habrá que tener en cuenta el posible plazo de carencia, por eso habrá que estar a la buena fe, por otra parte básica en el contrato de seguro, a las condiciones del contrato y a la declaración del siniestro, sus circunstancias y consecuencias. El asegurado deberá acreditar documentalmente lo gastado (de lo contrario, el asegurador no incurriría en mora si no satisface la prestación en dicho plazo), y lo más lógico sería que debiera acreditar que los profesionales que le han atendido están dentro de los que ofrece el propio asegurador.

Pero aquí se plantea la duda respecto de lo que ocurre cuando el cumplimiento resulta tardío, no sólo a efectos de lo dispuesto para la mora, sino para la situación de dependencia del asegurado.

En cuanto al incumplimiento del plazo, el artículo 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro, muy criticado por las entidades aseguradoras pero de carácter imperativo para éstas, prevé un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento del devengo, incrementado en un 50%, que no será inferior al 20%, si el retraso es de dos años.

Por lo que se refiere a la responsabilidad por incumplimiento del asegurador, las consecuencias dependerán del tipo de prestación que deba satisfacer aquél. Si la prestación consiste en hacer, podrá generarse responsabilidad civil y en su caso, penal. En los demás casos, es decir en el caso del seguro de reembolso de los gastos, sólo habrá incumplimiento si no se indemnizara, pero la responsabilidad en el supuesto de que se produjesen daños será de los cuidadores y centros contratados por el propio asegurado cuyo gasto, deberá reembolsar después el asegurador.

Vista la regulación de la Ley de Contrato de Seguro para los contratos de seguro en general, está claro que el encaje en la clasificación que hace aquélla es sumamente complicado en el caso del seguro de dependencia, por tener rasgos de las dos modalidades en las que la Ley clasifica los seguros. Sobre todo en el

caso en que la prestación del asegurador consista en un hacer. En tal sentido afirmamos que la aplicación de la citada ley para el contrato de seguro de dependencia resultará, cuando menos, forzada, razón por la cual habrá que estar ojo avizor en lo que al condicionado del contrato de seguro de dependencia se refiere.

Pero a pesar de que desde el punto de vista de la realidad práctica de la atención a la dependencia, la prestación de tipo económico, en virtud de los artículos 14.3 y 4 de la Ley 39/2006, debería ser excepcional -sobre todo en el sistema público- y se debería otorgar únicamente en los casos en los que no fuera posible la prestación de servicios asistenciales, curiosamente, esa prestación económica ha pasado a ser la que se otorga en la mayoría de los casos. Y no se prevé que sea distinto en el ámbito de los seguros de dependencia ofrecidos por las entidades privadas. Así sucede, por ejemplo, con dos seguros de dependencia -los de Caixa Tarragona y Caja Ávila-, en los que se ofrece una cantidad mensual vitalicia en el primer caso y una cantidad mensual vitalicia más un servicio de asistencia familiar en el segundo. Nos atrevemos a decir en ese sentido que en circunstancias como las actuales los aseguradores van a seguir este último camino para la modalidad de prestación que ofrecerán en sus seguros de dependencia, teniendo en cuenta además la experiencia internacional, que pasaremos a estudiar en último epígrafe del presente capítulo.

4. 4 LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL SEGURO DE DEPENDENCIA

El contrato de seguro se caracteriza por ser un contrato de adhesión. Es más, se le ha calificado como el contrato de adhesión por excelencia, es decir que es el asegurador (predisponente) quien determina y predispone las cláusulas del mismo, mientras que la otra parte, es decir el tomador del seguro o el asegurado

(adherente), se limita a contratar o no hacerlo. Por tanto no existe negociación alguna en las cláusulas de dicho contrato, y dichas cláusulas, que no han sido negociadas individualmente, predispuestas por una sola de las partes e incorporadas a una pluralidad de contratos son condiciones generales de la contratación.

El hecho de contratar un seguro de dependencia es un acto de consumo (no hay más que analizar la definición del contrato de seguro que establece el artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro), por el que se compra, mediante el pago de una prima, la cobertura de un riesgo a un tercero que se compromete a indemnizar, satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas en caso de que el riesgo objeto de cobertura se materialice.

No cabe duda de que si no existieran los contratos de adhesión, la contratación en muchos ámbitos, entre ellos el del seguro, no sería tan ágil, dado que este tipo de contratación supone una economía de tiempo y de costes de celebración y de regulación, así como el aumento de la eficiencia y la capacidad de calcular todo coste. Pero como en todo contrato de adhesión en el que las cláusulas son condiciones generales de contratación, este tipo de contratación conlleva, en la generalidad de los casos, un desequilibrio entre las partes contractuales.

El contrato de seguro de dependencia se regirá por la Ley de Contrato de Seguro, en cuyo artículo 3 se regulan las condiciones generales y, en lo no previsto por ésta, por la Ley de Condiciones Generales de Contratación⁴⁴², que, además deroga, tácita o interpretacionalmente, los párrafos segundo y tercero del citado artículo. En este sentido conviene señalar que la inexistencia de regulación específica en torno al seguro de dependencia puede desembocar en el desarrollo y proliferación de cláusulas que pretendan prever lo no previsto específicamente.

⁴⁴² Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/17-1998.html Consulta a 2 de diciembre de 2010.

Por ello habrá que estar atentos a las pólizas de esta nueva modalidad de seguro - el seguro de dependencia- para que el potencial desequilibrio en un contrato en el que las cláusulas son predeterminadas e impuestas por el asegurador (ya sea mutua, entidad aseguradora u otro tipo de entidad), no sea excesivo .

Finalmente permítasenos no entrar más a fondo en el tema de las condiciones generales en el seguro de dependencia, que bien podría ser objeto de un estudio específico.

4. 5. EL TRATAMIENTO FISCAL DEL SEGURO DE DEPENDENCIA EN ESPAÑA

El apartado x) del artículo 7º de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre⁴⁴³, sobre la Renta de las Personas Físicas, recoge como rentas exentas “*Las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada que se derivan de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*”.

Sin embargo, la prestaciones derivadas de los seguros de dependencia que se recogen en dicha ley sí que tributan, y lo hacen en concepto de rendimientos del trabajo. La contrapartida de esta tributación está en el hecho de que las cantidades que se aporten a este tipo de seguros, que deberán cubrir exclusivamente el riesgo de dependencia severa o gran dependencia⁴⁴⁴, reducirán la base imponible, en virtud del apartado número 5⁴⁴⁵ del artículo 51 de la citada

⁴⁴³ (BOE núm. 285 de 29 de noviembre de 2006, p. 41734). Véase, actualizada, en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/l35-2006.html

⁴⁴⁴ De acuerdo con lo que se establece en el apartado número 1 del artículo 26 de la Ley 29/2006 sobre grados de dependencia.

⁴⁴⁵ La cuantía máxima de estas prestaciones para el año 2009 de estas prestaciones se estableció en el Real Decreto 73/2009, de 30 de enero, sobre prestaciones económicas de la Ley 39/2006, (BOE núm. 37 de 31 de enero de 2009. Véase en

Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, siempre que:

- el tomador, asegurado y/o beneficiario sea el contribuyente y
- el seguro ofrezca garantía de interés y utilice para su cálculo técnicas actuariales.

-

En cuanto al límite máximo de reducción de estas cantidades, tanto en el supuesto de percibir prestaciones públicas como en el caso de haber suscrito un seguro de dependencia, el artículo 52 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establece que se aplicará la que resulte menor de dos cantidades:

- el 30% (50% en el caso de tratarse de contribuyentes mayores de 50 años), sobre la suma de los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas percibidos individualmente en el ejercicio.
- 10.000 euros anuales (12.500 euros para contribuyentes mayores de 50 años).

4.6 EL SEGURO DE DEPENDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

El cambio demográfico que supone el aumento de la tendencia al envejecimiento de la población a nivel global ha desembocado en el nacimiento del seguro de dependencia en la mayoría de los países desarrollados. Este nacimiento y su posterior desarrollo han sido distintos, dependiendo del país del que se trate, en función de las siguientes variables:

- ⤴ La definición de dependencia.
- ⤴ El tratamiento público que se haya dado a la atención y protección de la situación de dependencia.

- △ El trato fiscal que la normativa en este sector le haya otorgado.
- △ La conciencia de seguro de la población de cada país.

Haremos un breve repaso por los principales sistemas o modelos seguidos por otros países en la implantación de la protección de dependencia.

4. 6. 1. ALEMANIA

Alemania ha sido el país europeo pionero en la comercialización del seguro de dependencia, en el año 1985⁴⁴⁶. Pero pronto se demostró que el seguro de dependencia no triunfaría si quedaba sujeto a la voluntad de personas que no tenían conciencia del riesgo de caer en dependencia, conciencia que recién se encontraba entre las personas de edad avanzada. Fue así como el gobierno alemán optó por la implantación de una nueva modalidad de seguro de dependencia, esta vez de carácter obligatorio, cuyo primer paso fue la aprobación de la Ley de 26 de mayo de 1994, de garantía de asistencia social en caso de dependencia, ley que estableció un modelo contributivo de seguro de dependencia social obligatorio.

El seguro de dependencia en Alemania es el quinto pilar de la Seguridad Social, junto con el Seguro de Enfermedad e Incapacidad Temporal, el Seguro de Accidentes de Trabajo, el Seguro de Pensiones y el Seguro de Desempleo.

Este seguro obligatorio puede ser público o privado y complementarse con un seguro voluntario privado de vida o de salud.

Éste tiene una financiación propia, que se alcanza mediante el aporte del 1,7% de lo correspondiente a los ingresos brutos. En ese sentido muestra un

⁴⁴⁶ SÁNCHEZ DELGADO y CASTELBLANQUE, *El Seguro de Dependencia (II). Experiencia internacional y reaseguro*, Trébol nº 34, 2005, p. 10. Disponible en : http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1027736 p. 2.

criterio claramente diferenciado al resto de la protección social, que se nutre de las cotizaciones sociales de empresarios y empleados. Para compensar a los empresarios se suprimió un día que tradicionalmente había venido siendo festivo.

El seguro público de dependencia se ha implantado como una prolongación del seguro de enfermedad obligatorio, cubriendo a las personas que poseen el citado seguro público de enfermedad, a saber:

- Los trabajadores que no superen los 3.375⁴⁴⁷ euros de ingreso mensual.
- Y los funcionarios.

En cuanto a las personas que perciben más de 3.375 euros al mes, podrán elegir entre:

- El seguro público de enfermedad contratado de forma voluntaria, o
- La contratación del seguro de enfermedad privado.

Por lo que se refiere a las prestaciones satisfechas, éstas no están relacionadas, ni condicionadas por el nivel de ingresos de la persona dependiente y existen tres opciones: asistencia domiciliaria profesional, atención en instituciones especializadas y prestaciones monetarias que no se cuentan como ingresos a efectos de su tratamiento fiscal.

4. 6. 2 ESTADOS UNIDOS

Según GUERRERO CASAS y HERRANZ PEINADO⁴⁴⁸, en Estados Unidos, los seguros de dependencia aparecen por vez primera en 1974, y son fruto de la

⁴⁴⁷ Esta cantidad es la vigente a enero del 2005, según SÁNCHEZ DELGADO y CASTELBLANQUE, op. cit., p. 4.

⁴⁴⁸ GUERRERO CASAS y HERRANZ PEINADO, *El seguro de dependencia. Problemática social y soluciones*", disponible en <http://www.asepelt.org/ficheros/File/Anales/2004%20-%20Leon/comunicaciones/Guerrero%20y%20>, p. 15.

intención de reducir, o cuando menos controlar, el gasto que supone la atención sanitaria.

El sistema estadounidense de cobertura de la dependencia es fundamentalmente privado e individual⁴⁴⁹, aunque existen instituciones públicas que tratan de gestionar problemas derivados de la salud:

- Medicare: cubre básicamente a las personas jubiladas, a las que satisface prestaciones de atención sanitaria y un determinado nivel de rentas por un tiempo limitado, a través de las cotizaciones de los trabajadores y de primas complementarias pagadas por éstos tras su jubilación.

- Medicaid: cuya cobertura del riesgo es universal, protegiendo a todas las personas sin recursos en cuanto a lo que a gastos médicos se refiere. Ofreciéndose, en la mayor parte de los estados, la asistencia institucional.

En Estados Unidos el tipo de prestación que ofrecen los aseguradores son las rentas de indemnización o, lo que es lo mismo, el reembolso, que financia los gastos de los cuidados y la atención a la situación dependencia. El asegurado, al momento de la contratación del seguro privado de dependencia, debe decidir los cuidados y servicios que contratará, porque éstos deben ser validados por el asegurador que reembolsará los gastos hasta un límite.

4.6.3 FRANCIA

El seguro privado de dependencia no obligatorio se empezó a comercializar en Francia a partir de 1986⁴⁵⁰ y se trata, junto al estadounidense, de uno de los mercados más desarrollados en ese rubro.

La Ley de Dependencia 97-60 establecía un tratamiento fiscal bastante

⁴⁴⁹ SÁNCHEZ DELGADO y CASTELBLANQUE, op. cit., p.4.

favorable a la contratación de seguros de dependencia, lo que parece ser que propició el afianzamiento de este seguro privado, que en la actualidad ocupa un puesto muy importante.

El tipo de prestación ofrecido por el seguro de dependencia privado en Francia es fundamentalmente la renta a tanto alzado, que permite la mejor gestión de la misma. Al momento de la contratación del seguro, el asegurado decide y elige el importe de la renta vitalicia que recibirá en el caso de acaecerle una situación de dependencia. Además existe una oferta de asistencia cada vez más amplia, que puede complementar dicha renta a tanto alzado.

En cuanto a la cobertura pública, en Francia existe un sistema público y universal que se financia fundamentalmente a través de aportes públicos de distintas instituciones.

La Ley 97-60, de 24 de enero de 1997, recoge la “*Prestation Spécifique Dépendance*”, cuyo enfoque está dirigido a personas residentes cuya edad sobrepase los 60⁴⁵¹ años, y con bajos ingresos, a quienes se les valora y gradúa la situación de dependencia conforme a los seis grados que se han establecido en función de la falta de autonomía.

Sin embargo, como consecuencia del desigual tratamiento de la protección de la situación de dependencia en relación con los recursos y las políticas regionales, en enero de 2002 se establece una prestación que sustituye a la anterior, que se financia con los impuestos y cuyo reconocimiento no requiere de cotización ni depende de los ingresos, ya sea individuales o de la unidad familiar. El único requisito exigido es ser mayor de 60 años y sufrir la situación de dependencia.

⁴⁵⁰ SÁNCHEZ DELGADO y CASTELBLANQUE, op. cit., p. 3

⁴⁵¹ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *El seguro privado dentro de la protección social de la dependencia: Perspectivas y Riesgos asociados*, 2001, <http://actuarios.org/Privado/Dependencia/subgrupos%20trabajo/subgrupob/Seg%20dependencia%20-%20Tesis%20D%20Hdez.pdf> p. 34.

A modo de conclusión se puede decir que la experiencia internacional nos demuestra que los seguros de dependencia, una vez concretados a la hora de su oferta en el mercado, se definen según el tipo de prestación. Pero es sumamente importante la definición de la situación de dependencia que se adopte en cada país para ofrecer dicha prestación por parte de los aseguradores.

5. CONTRATO DE ALIMENTOS

5.1 INTRODUCCIÓN

A raíz de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Ley 41/2003 de 18 de noviembre, se modifican los artículos del Código Civil 1791 a 1797, creándose el contrato de alimentos⁴⁵². Anteriormente hemos visto otras figuras afines como la hipoteca inversa, renta vitalicia o seguro de dependencia destinadas a las personas mayores o en situación de dependencia para completar sus pensiones o cubrir sus necesidades, el contrato de alimentos es otra de las figuras patrimoniales de las que disponen, con la que pueden asegurarse un estado de bienestar y protección. Esta ley se crea para aquellas personas que debido a una minusvalía puedan sufrir una discapacidad o estén incapacitados judicialmente⁴⁵³.

La Ley 41/2003 en su capítulo I, regula una protección especial, entorno patrimonio de las personas discapacitadas. El legislador de esta manera pretende proteger el patrimonio del discapacitado y/o dependiente.

El contrato de alimentos o de vitalicio, es parecido y recuerda en cierta manera a los alimentos entre parientes, regulado en el código civil en los artículos 142 a 153, que establece que debido a la relación personal entre las partes, se

⁴⁵² Esta figura del contrato de alimentos no es una innovación del legislador estatal, ya que podemos encontrar un antecedente en la legislación gallega, en la Ley 4/1995 de 24 de mayo de Derecho civil de Galicia, en sus artículos 94 y 95.

⁴⁵³ *No siendo necesario que la persona discapacitada esté incapacitada: discapacidad e incapacitación constituyen pues dos situaciones distintas, que pueden o no coincidir en una misma persona*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La protección patrimonial de la personas con discapacidad”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm, 16/2003. Pamplona, 2003.

establece una obligación personalísima de prestar alimentos entre ellas. Pero el contrato de alimentos lo podemos definir como un negocio jurídico típico y normado y que se configura a modo de un contrato real, unilateral, oneroso, aleatorio, de tracto continuo o sucesivo, en principio vitalicio y con un marcado carácter asistencial⁴⁵⁴, y la jurisprudencia lo ha definido como el contrato por el que “una persona recibe de otra un capital o bienes determinados, a cambio de lo cual se obliga a darle alojamiento, manutención y sostenimiento durante toda la vida”⁴⁵⁵. El tratamiento jurisprudencial dado a esta figura jurídica ha sido por lo

⁴⁵⁴ PADIAL ALBÁS, “La regulación de contrato de alimentos en el Código Civil”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 9-10/2004, septiembre 2004. p.612.

⁴⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1985 (RJ 1985, 4054). La jurisprudencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 5904) define los precedentes históricos en el derecho comparado como: “Se trata de un contrato conocido en otros países, así: el arrendamiento “à nourriture”(de manutención),

que tiene lugar en zonas rústicas de Francia entre padres ancianos y sus hijos, sometido al Derecho Común y no a las normas relativas a la renta vitalicia; el derecho de "altenteil" ("parte de viejo") en el Derecho alemán, concerniente al conjunto de prestaciones debidas al viejo labrador que se retira y cede su hacienda agrícola a otro, quién se obliga a concederle habitación, manutención y dinero para los gastos corrientes, el cual, según la doctrina científica germana, no cabe calificarlo como renta vitalicia; la "zádruga" en Yugoslavia, por la que una comunidad acoge con todos sus derechos de miembro a los ancianos sin hijos o que no puedan administrar sus bienes, cuyo patrimonio será explotado por la familia hospitalaria, y que será cedido a ésta durante la vida de aquél o a título de legado después de su muerte; el contrato "d'entretien viager", por el que una persona se obliga a transferir determinados bienes a otra y ésta a proporcionarle manutención y asistencia durante su vida, que, en el Código civil de obligaciones de Suiza, se distingue también de la renta vitalicia”. En nuestro derecho foral también existen antecedentes de esta figura jurídica, que detalla la sentencia anteriormente citada, relacionándolos de este modo: Otras similitudes se encuentran en la "dación personal", institución consuetudinaria del Alto Aragón, mencionada en el artículo 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril,

modificada por Ley 31/1985, de 21 de mayo, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo), por la que un célibe o viudo

sin hijos u otros descendientes se asocia con todos sus bienes a una casa o familia, y se obliga a trabajar en la medida de sus aptitudes en beneficio de la misma, y la instituye heredero universal al fin de sus días a cambio de ser mantenido y asistido, sano y enfermo, con lo necesario, así como vestido y calzado según su clase, y de que, a su fallecimiento, se costeen el entierro, funeral, misas y sufragios de costumbre en la parroquia; en la "pensión alimenticia" de Cataluña -ajena a los censales, violarios y vitalicios regulados en su Derecho escrito-, en virtud de cuyo contrato una persona se obliga a prestar alimentos en su domicilio en compensación de la cesión de bienes, generalmente inmuebles, que le hace el alimentado, por durante la vida de éste, con la particularidad de que si surgen desavenencias y viene la separación, los alimentos se sustituyen por una pensión en efectivo; y, claramente, en el artículo 95 de la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, el cual dispone que por el contrato de vitalicio una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos con la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio

general bastante uniforme, aunque hay alguna sentencia que consideró este contrato como una variante de la renta vitalicia⁴⁵⁶, la mayoría de la doctrina jurisprudencial lo califica como un contrato autónomo, innominado y atípico, distinguiendo entre vitalicio y contrato de renta vitalicia; de este modo las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1965, 6 de mayo de 1980 (RJ 1980, 1785), 1 de julio de 1982 (RJ 1982, 4213), 13 de abril de 1984, 30 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8708) y 3 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8407), al igual que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de abril 1991 señalan que el contrato por el que las partes, al amparo del principio de libertad de estipulación, pactan que una de ella se obligue respecto de la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen, no es una modalidad de la renta vitalicia, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, con sus variedades propias según los fines perseguidos y regidos por los pactos, cláusulas y condiciones que se incorporen al mismo dentro de los límites fijados dentro del artículo 1255 del Código Civil⁴⁵⁷.

de la cesión o entrega de bienes por el alimentista, y que, en todo caso, la prestación alimenticia comprenderá el sustento, la habitación, la vestimenta y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, ajustados a las circunstancias de las partes, con la precisión, en su artículo 99, que el alimentista podrá rescindir el contrato en los siguientes casos: a) conducta gravemente injuriosa o vejatoria del obligado a prestar alimentos; b) incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia, siempre que no sea imputable a su perceptor; c) cuando el cesionario no cuidase o no atendiese en lo necesario al cedente, según la posición social o económica de las partes y en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la procura del mantenimiento de su calidad de vida.

⁴⁵⁶ Entre la que se encuentra la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1982 (RJ 1982, 4213), señala que: “el contrato vitalicio a título oneroso en sentido genérico, incluye distintas formas concretas, según los diversos tipos de prestación, que unos veces consiste en cantidades de dinero, como ocurre en la renta vitalicia, mientras que en otros lo es la satisfacción de una pensión de alimentos, bien en sentido estricto o bien en sentido amplio (asistencia, cuidado, servicios, además de a alimentación propiamente dicha). Y que al ser un contrato innominado, a parte de regirse por los pactos que las partes establezcan tendrá la cobertura legal común a toda clase de vitalicio, es decir, la de la renta vitalicia, cuyas normas habrán de ser aplicables, analógicamente atemperadas a las especialidades de cada supuesto.

⁴⁵⁷ PÉREZ GURREA, “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Mayo-Junio 2011,

En igual sentido se pronuncian las sentencias de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 5904) que lo denomina “contrato de cesión de bienes a cambio de asistencia y alimentos”, y la de 1 de julio de 2003 (RJ 2003, 4321). por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 653). afirma: “consecuentemente, habiendo declarado esta Sala que resultan de aplicación a estos contratos innominados, las normas generales sobre las obligaciones y considerando acreditado la sentencia impugnada el incumplimiento imputables a los demandados, es posible el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil, que concede a quien cumplió la facultad de pedir el cumplimiento por la parte contraria o la resolución del contrato. En la actualidad ha de resaltarse la regulación del contrato de alimentos incorporado al Código Civil, que corono la evolución jurisprudencial al fijar lo que es un contrato de alimentos, diferenciado del contrato de renta vitalicia”⁴⁵⁸.

La Ley 22/2000 de Cataluña establece el concepto del acogimiento familiar en los siguientes términos: “El pacto de acogida consiste en la vinculación de una persona o una pareja casada o unida de manera estable, o una familia monoparental, por razón de la edad o bien de una discapacidad, a una persona o a una pareja casada o unida de manera estable, que deben ser más jóvenes si la acogida es por razón de la edad, que los aceptan en condiciones parecidas a las relaciones de parentesco y a cambio de una contraprestación⁴⁵⁹”. Y exige que exista una diferencia de edad de quince años⁴⁶⁰. Aunque el requisito de la diferencia de edad no es necesario si una de las personas acogidas es discapacitada física o psíquica o requiere atenciones especiales⁴⁶¹.

p.1719.

⁴⁵⁸

Ibidem.

⁴⁵⁹

Artículo 1.1 Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores

⁴⁶⁰

Artículo 3.2

⁴⁶¹

Artículo 3.3

Las personas dependientes al margen de sus recursos personales o incluso familiares, tienen derecho a prestaciones asistenciales básicas y también económicas, pero muchas veces éstas resultan insuficientes para que estén cubiertas todas sus necesidades básicas, por lo que es necesario que los mayores y dependientes disfruten de unos niveles mínimos o básicos de calidad de vida y de bienestar social. La protección integral de las personas mayores y de los dependientes exige examinar el problema de el envejecimiento progresivo de la población como hemos visto anteriormente, ya que en los países desarrollados se ha producido un importante cambio demográfico debido a un significativo descenso de la natalidad y a un aumento progresivo del envejecimiento de la población. El aumento de la esperanza de vida en las sociedades de los países desarrollados junto con la ruptura de los valores tradicionales de la familia y sobre todo los relacionados con los ancianos, sus cuidados y atención personalizada, ha hecho que este sector en gran medida pueda estar desatendido o que encuentre dificultades a la hora de tener cubiertas todas sus necesidades básicas. Algunas familias son incapaces de prestar asistencia y cuidado a los mayores y dependientes, en muchas de ellas, la mujer ha tenido que incorporarse al mercado laboral para cubrir este tipo de necesidades, ya que ellas en un principio eran ellas las responsables del cuidado y atención de este grupo de personas. A veces se encontraban con el problema de que eran incapaces de dar respuesta a las necesidades de las personas mayores⁴⁶² y ven una posibilidad razonable sumarse a la población activa y empezar a trabajar para ganar un sueldo y con él contratar a una persona cualificada para atender las necesidades de una forma adecuada del mayor y/o dependiente miembro de su familia.

Los ordenamientos jurídicos atienden a la defensa y el desarrollo de la vida, y una de sus manifestaciones dentro de este concepto es la obligación legal de

⁴⁶² Por ejemplo a la hora de mover a una persona mayor, en determinados caso pueden que no tuvieran la fuerza suficiente para realizar el movimiento. O hacer determinado servicios que no

alimentos, pero ahí no se agota su posibilidad de actuación privatística, pues el Derecho privado es el campo de la autonomía de la voluntad, por ello, al lado de la prestación alimenticia *ex lege*, se encuentra la prestación creada y configurada por convención y testamento⁴⁶³. De esta forma, la obligación alimenticia podría nacer de un acto jurídico (contrato o disposición testamentaria), de un hecho ilícito o de un precepto legal entre personas unidas por un determinado vínculo de familia, o por otras razones⁴⁶⁴.

Ha habido un debate doctrinal, entre los que defendían que el fundamento de la obligación alimenticia era el presunto interés del Estado o de la colectividad por lo que los indigentes sean socorridos por motivos de humanidad⁴⁶⁵, y los que veían su fundamento como un interés de orden superior de la sociedad, respecto a la vida de sus miembros⁴⁶⁶.

Otros han defendido que el fundamento en realidad radica en la tutela complementaria del derecho a la vida⁴⁶⁷, aunque no sería calificable la obligación alimenticia como un derecho de la personalidad, si lo podríamos considerar como “un derecho complementario a los derechos de la personalidad”, ya que su función sería el asegurar que la persona disponga de los bienes necesarios para sus fines

están cualificados para los mismos, como por ejemplo sondear a una persona.

⁴⁶³ PIÑAR LÓPEZ, “La prestación alimenticia en nuestro Derecho civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1955, p. 9.

⁴⁶⁴ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, Derecho de familia, Vol. 1, 9ª Ed., Reus, Madrid, 1985, pp. 355-356. En el mismo sentido BELTRÁN DE HEREDIA en, *Artículos 142 a 153*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Tomo III.2, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p.6. sostiene que la prestación de alimentos se puede obtener por otros medios y a través de otras instituciones jurídicas distintas de la típica y estricta obligación legal de prestar alimentos entre parientes, y, entre los supuestos citados, refiere que la finalidad de la obligación alimenticia se cumple mediante un acto *inter vivos* o *mortis causa* constituido con la intención y finalidad de asegurar a una persona los medios de subsistencia.

⁴⁶⁵ Entre los que se encuentra entre otros TEDESCHI, *Gli alimenti*, Trattato di Diritto civile italiano da VASALLI, Utet, Torino, 1958, p.387.

⁴⁶⁶ CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, Rivista de Diritto Civile, 1910, p.146.

⁴⁶⁷ ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Ed. Cedam, Padova, 1997, p. 29.

de conservación y de desarrollo de ella misma⁴⁶⁸, BELTRÁN DE HEREDIA y SÁNCHEZ ROMAN están de acuerdo con dicha tesis. En cambio para CASTÁN, el fundamento debe encontrarse en el vínculo de solidaridad y en la comunidad de intereses que existe entre los miembros del grupo familiar⁴⁶⁹. Tanto la obligación alimenticia legal como la voluntaria tienden a “cubrir intereses que, aún cuando tengan implicaciones en la esfera patrimonial, trascienden el ámbito individual para insertarse en uno de los imperativos de la solidaridad humana, el deber moral de asistencia que tiende a ser universalmente consagrado por el Derecho”⁴⁷⁰.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la obligación alimenticia tiene la misma estructura que la relación obligatoria, su contenido se configura como una prestación y es de naturaleza patrimonial. Se considera plenamente lícito el negocio que determina la obligación de alimentos, con lo cual el alimentante y alimentista pueden concordar el tiempo, la forma, el modo, la cuantía y la calidad de la prestación debida siempre que se respeten los criterios que taxativamente están fiados en la ley⁴⁷¹.

Probablemente es por ello que el legislador haya visto conveniente regular esta materia, tanto para proteger el patrimonio de las personas dependientes y/o discapacitadas, ante la nueva demanda social, para cubrir la necesidades de estos grupos. Ya que debido a la escasez de recursos de las personas mayores, dependientes y discapacitados en muchos casos, nos encontramos ante un problema social de gran envergadura, ya que los recursos económicos públicos no suelen ser suficientes, el legislador que no es ajeno a esta situación, y ve el

⁴⁶⁸ Ibidem.

⁴⁶⁹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, op. cit., p.359.

⁴⁷⁰ DORAL GARCÍA DE PAZOS, “Pactos en materia de alimentos”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 24, n.2, 1971 p.314.

⁴⁷¹ MORENO NAVARRETE, “El convenio regulador: El acuerdo en de alimentos amplios respecto de los hijos”, en AA.VV.,Dir. GARCÍA GARNICA, *Protección del Menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

problema de este sector de persona, que se reduce básicamente a dos grandes aspectos que son:

1. Su dependencia personal.
2. La insuficiencia o falta de recursos económicos⁴⁷².

Aunque la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 se orienta a atender las necesidades de las personas con discapacidad y en general de las personas con dependencia, como los ancianos, en principio podría utilizarse este contrato en cualquier supuesto en el que las partes deseen regular sus intereses mediante esta figura jurídica, sin necesidad de que se trate de personas que demanden una especial protección. Aunque teniendo en cuenta el evidente desequilibrio entre las posiciones de las partes que se deduce de la regulación de este contrato, fundamentalmente a lo que se refiere a los efectos restitutorios de la resolución para el deudor de la prestación alimenticia, es casi seguro que no será utilizado por personas que no se encuentren en esas especiales circunstancias⁴⁷³

Por ello en el artículo 12 de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad⁴⁷⁴, introduce el nuevo contrato de alimentos, entre los contratos aleatorios en el título IV del Código Civil, definiéndolo de esta manera: “por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante toda su vida, a

⁴⁷² HERAS HERNÁNDEZ, “Principales aspectos del nuevo contrato de alimentos como mecanismo de protección de las personas mayores”, www.imsersomayores.csic.es/documentos/heras-aspectos-01.pdf consulta a 10 de octubre de 2012. En este dos puntos, la autora define la dependencia personal de los mayores como aquel estado generado como consecuencia de la disminución o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, que conduce a la necesidad de aportar una importante ayuda y/o asistencia para la realización de su vida cotidiana, que deberá ser prestada en la mayor parte de los casos por el entorno familiar más cercano a los mayores o en su caso por otro diferente.

⁴⁷³ ECHEVARRIA DE RADA, “El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia* 2019-20, 2006, p. 3462.

cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos⁴⁷⁵.

La Ley 41/2003 en su exposición de motivos amplía con este contrato, otro que es bastante semejante la renta vitalicia, que con este nuevo contrato no sólo sirve para cubrir las necesidades económicas del discapacitado o dependiente como ocurre en la renta vitalicia, sino que quedan cubiertas otras necesidades básicas como la asistencia y los cuidados al alimentista a cambio de una transmisión patrimonial⁴⁷⁶. Además se prevé expresamente el caso en que el contrato lo puedan establecer los padres a favor de algún hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del art.1257 del Código Civil⁴⁷⁷.

En la exposición de Motivos de la Ley 41/2003 se ve que el legislador tiene como objetivo de la ley la atención que *requieren las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos*⁴⁷⁸, como demuestra la regulación del contrato de alimentos, que es un instrumento de derecho patrimonial privado enfocado a que este grupo de personas cubran sus necesidades. Su finalidad es favorecer la creación de patrimonios cuya titularidad corresponda a personas discapacitadas, procurando que tanto los bienes y derecho que lo compongan así como sus frutos queden afecto a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares⁴⁷⁹. Aunque no hay nada que impida que el

⁴⁷⁴ Ley 41/2003 de 18 de noviembre. B.O.E. de 19 de noviembre de 2003, núm. 277.

⁴⁷⁵ Art. 1791 del Código Civil.

⁴⁷⁶ CHILLÓN PEÑALVER, *El contrato de vitalicio: Caracteres y contenido*, Edersa, 2000, pps 24 y 25, define el contrato alimentos en los siguientes términos: “El contrato de vitalicio es aquel por el cual una o varias personas (alimentista o cedente) se obligan frente a otra u a otras (alimentante o cesionario) a transmitir el dominio de un bien mueble o inmueble, u otro derecho real o incluso la facultad de goce o disfrute de un bien o derecho, a cambio de ser alimentado (generalmente *in natura*) y atendiendo o asistido con convivencia o sin ella, durante el tiempo que se pacte (generalmente la vida del alimentista) y con la extensión que asimismo se acuerde en medida variable, según las necesidades del alimentista”.

⁴⁷⁷ GARCÍA GARNICA, *Discapacidad y Dependencia (II): Configuración y contenido de su situación jurídica*, en AA.VV. *Tratado de Derecho de la Persona*, Aranzadi, Pamplona, 2013. p. 51.

⁴⁷⁸ Párrafo segundo epígrafe VII de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003.

⁴⁷⁹ CUBILLES SÁNCHEZ-POBRE, “La protección patrimonial de las personas con

contrato de alimentos pueda ser tanto celebrado por incapaces como con plena capacidad de obrar, o en plena capacidad de sus aptitudes físicas y psíquicas⁴⁸⁰.

Aunque la verdadera novedad que introduce el nuevo contrato de alimentos y hace que se distinga en gran medida de los alimentos entre parientes regulado en los artículos del código civil 142 a 153, es que se requiere atención personalizada, así como los cuidados necesarios para las personas con discapacidad y/o con dependencia, por lo que serán este grupo de personas los beneficiarios, ya que aunque no es excluyente, no tendría mucho sentido que una persona totalmente capaz y sin ningún grado de dependencia realizase este tipo de contrato, ya que no necesita ningún tipo de cuidado o atención personalizada, y podría ser más adecuado otro tipo de contrato como la renta vitalicia, aunque ni el código ni la ley hace ningún tipo de prohibición expresa que impida que este grupo de personas pueda realizar un contrato de alimentos. La Exposición de Motivos de la Ley indica que su finalidad es favorecer la creación de patrimonios cuya titularidad corresponda a personas discapacitadas, procurando que tanto los bienes y derechos que lo compongan así como sus frutos queden afectos a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

El contrato de alimentos y la obligación de alimentos entre parientes tiene como rasgo en común que ambos deben de proporcionar vivienda al alimentado, aunque en cada uno se materializa de forma diferente, ya que en el primer caso normalmente tanto el alimentista como el alimentante van a convivir, para que de esta manera el alimentante pueda dar todos los cuidados necesarios al alimentante, así como atención personalizada a sus necesidades, e incluso afecto. Mientras que en el segundo el obligado sólo se limitará a pagarle la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a

discapacidad”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 5/2005, Pamplona 2005.

⁴⁸⁰ ECHEVARRÍA DE RADA, *El nuevo contrato de alimentos. Estudio crítico de sus caracteres*, Boletín de información del Ministerio de Justicia 2019-20, 2006, p. 3462.

ellos⁴⁸¹, esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial⁴⁸². Claro que la obligación de prestar alimentos sólo existirá cuando medie parentesco de por medio según lo establecido en el art. 143 del Código Civil y haya un estado de necesidad, y en tal caso serán de carácter obligatorio. Otra importante diferencia con la prestación legal de alimentos es la solidaridad familiar⁴⁸³, es decir, la obligación es recíproca, por lo que dependiendo la situación actual, uno puede ser alimentante y otro alimentista y al cabo del tiempo se pueden cambiar los roles si la situación económica de cada uno ha cambiado. Pero aunque en la prestación de alimentos no es necesario la atención personalizada, también es cierto que forman parte de la obligación proporcionar la comida y vestido necesarios.

5.2 CARACTERES DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

Lo que pretende la ley, es que esta figura se distinga de los alimentos entre parientes, y en especial en que el alimentista tenga una atención personalizada de acuerdo con sus limitaciones, que le impiden valerse por sí mismo, incluso cuidados afectivos y personales⁴⁸⁴. Sería una figura afín a las anteriormente vistas, pero se diferenciaría básicamente en que el alimentista a cambio de dar su vivienda, no sólo va a recibir una determinada cantidad de dinero sino que además va a tener cuidados y atenciones personales y cariñosas.

En este tipo de contratos hay dos partes, por un lado el cedente-alimentista y por el otro el cesionario-alimentante. En el contrato de alimentos una de las

481 Art. 149.1 del Código Civil.

482 Art. 149.2 del Código Civil.

483 Art. 144 del Código Civil.

484 PADIAL ALBÁS, op. cit.

partes, cedente de bienes o derecho, se obliga frente a la otra, alimentante o cesionario, a transmitir cualquier clase de bienes y derechos, a cambio de la prestación vitalicia de la vivienda, manutención y asistencia a favor del alimentista, que bien puede ser el cedente u otro sujeto, en función de sus necesidades⁴⁸⁵.

5.2.1 ONEROSO

El contrato de alimentos se regula como un contrato oneroso, ya que hay contraprestaciones entre las partes, en la medida que una de las partes se obliga a cambio de la transmisión patrimonial de la otra⁴⁸⁶. También podríamos decir que es un contrato oneroso debido a que se produce un empobrecimiento y enriquecimiento de los afectados, pero que en ningún caso se podrá considerar como una donación, ya que existen contraprestaciones por ambas partes. Se le considera oneroso porque aunque pueda existir un ánimo de favorecer a una persona mediante la cesión de un capital, se hace contraprestación en consideración a una contraprestación a cargo del cesionario⁴⁸⁷. El matiz es fundamental, porque en eso se diferencia el contrato de alimentos, de una donación modal o remuneratoria. De la donación remuneratoria, porque la cesión no se hace como premio por razón de una prestación ya recibida, sino como compromiso a cambio de una prestación a recibir; y de la donación modal porque la cesión no se hace por mera liberalidad aunque con la carga del deber de cuidados o alimentos. Se cede un capital para conseguir la seguridad de una atención digna hasta el momento de la muerte⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ CHILLÓN PEÑALVER, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Edersa, Madrid, 2000. p. 25.

⁴⁸⁶ PADIAL ALBÁS, op. cit.

⁴⁸⁷ PASQUAU LIAÑO, "El contrato de alimentos: valoración jurisprudencial", en AA.VV., Dir. GARCÍA GARNICA, *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 548.

⁴⁸⁸ *Ibidem*. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2001 dijo que es claro que no puede clasificarse como contrato gratuito; es oneroso y al no poder predecirse la vida de los cedentes es aleatorio.

La jurisprudencia ha venido negando la posibilidad de que el contrato de vitalicio pueda tener causa gratuita, separándolo de la donación, ya sea esta pura, modal o remuneratoria⁴⁸⁹. Así las sentencias del Supremo de 1 de julio de 1982 y de 3 de noviembre de 1988 y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 13 de octubre de 1992.

Como consecuencia de este carácter oneroso los presentes contratos no pueden impugnarse por perjudicar la legítima, a pesar de que, como demuestra la práctica jurisprudencial, sea frecuente la utilización fraudulenta de este contrato por vía simulatoria, vulnerándose así los derechos de los legitimarios⁴⁹⁰. En cualquier caso, habrá que tener presente si existe cierto equilibrio entre los bienes entregado y los alimentos prometidos así como cierto aleas o riesgo para ambas partes, en cuyo supuesto el contrato será oneroso y plenamente eficaz, aunque origine una minoración de la legítimas. En caso contrario, esto es si falta el normal equilibrio de prestaciones o falta el riesgo en beneficio exclusivo del cesionario, se estará ante un negocio simulado, que no valdrá como contrato oneroso de alimentos pero si como donación susceptible por tanto de declaración de inoficiosidad o en su caso colacionable⁴⁹¹.

5.2.2 BILATERALIDAD Y CONSENSUALIDAD

El contrato de alimentos dependiendo de los autores lo considerarán bilateral y consensual, ya que será necesario para su perfeccionamiento el consentimiento de ambas partes, mientras que el alimentista y el alimentante no

⁴⁸⁹ ECHEVARRIA DE RADA, "El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres", *Boletín de información del Ministerio de Justicia 2019-20*, 2006, p. 3473.

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

den su consentimiento no empezará a surtir efecto el contrato, y una vez que se lo den recíprocamente, establecerán obligaciones sinalagmaticas entre las partes. La gran mayoría de la doctrina así lo considera⁴⁹². Aunque hay algunas voces discordantes con esta opinión ya que consideran que la verdadera naturaleza del contrato de alimentos es que se trata de un contrato real y unilateral. Real debido a que el contrato no se perfecciona hasta que se entrega el bien o derecho, y entienden que es unilateral debido a que el único obligado en el contrato es el alimentante, ya que no produce ningún tipo de obligación para el cedente, como argumentos a favor de este enfoque están los siguientes puntos⁴⁹³:

1. El cumplimiento de la obligación de alimentos nace de la transmisión del capital (art. 1791 del C.C.).
2. El incumplimiento (art. 1795 del C.C.) genera la facultad de resolución que se contempla especialmente al ser excepcional en un supuesto de contrato real.
3. El derecho personal a los alimentos actúa como carga, gravando el derecho transmitido al alimentante con eficacia *erga omnes*.
4. El legislador se ocupa de las consecuencias del cumplimiento de la obligación de alimentos, única obligación principal derivada del contrato (art. 1795 y 1796 C.C.) y prevé en su caso la exigibilidad del cumplimiento o la resolución con consecuencia especiales.

⁴⁹¹ Ibidem.

⁴⁹² De esta opinión son CHILLÓN PEÑALVER, y también GÓMEZ LAPLAZA, "Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos", *RDP* marzo-abril 2004, p. 158. O MESA MARRERO, *El contrato de Alimentos. Régimen jurídico y Criterios Jurisprudenciales*, Aranzadi, Pamplona 2006, p.21.

Como contrato sinalagmático también se refieren las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2003, y la de 9 de julio de 2002.

⁴⁹³ LAMBEA RUEDA, "Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimentos a favor de terceros", *Revista Arazadi Civil_mercantil* n° 19/2006. Pamplona, 2006, BIB 2006/1991.

5. El legislador acepta la estipulación de alimentos a favor de tercero, que se convierte en beneficiario por la prestación principal de alimentos y acreedor de ésta.
6. Al contrato de alimentos no se pueden aplicar las características esenciales de los contratos bilaterales:
 - a) Cumplimiento simultáneo salvo que legalmente se tipifique o se acuerde otra cosa (los alimentos son en esencia de cumplimiento sucesivo y diferido en el tiempo respecto de la cesión de derechos).
 - b) Aplicación del art. 1124 para el caso de incumplimiento (el propio código civil, en el art. 1795, afirma la aplicación de la regla del 1124 con matices, como si fuera imprescindible ya que en otro caso no sería aplicable al ser contrato unilateral).
7. El contrato de alimentos tiene un origen común con la renta vitalicia, de la que se disgrega en razón de la prestación, manteniendo alguno de sus caracteres como es el de ser unilateral y real.
8. Los autores que advierten de la crisis de los contratos reales ya aceptan su celebración con carácter consensual admiten el mantenimiento de la categoría del contrato real⁴⁹⁴.

Como podemos observar hay tanto argumentos a favor de una y otra corriente. El problema es debido a que la cesión del bien no se efectúe o sea defectuosa, de cara a la exigibilidad de la prestación, si se entendiese con real y unilateral, mientras que ésta no se materialice, no se perfeccionará el contrato. Mientras que si lo consideramos consensual y bilateral, el alimentante estará obligado desde el mismo momento en que ambas partes den su

⁴⁹⁴ Los puntos 6, 7 y 8, son opinión de LAMBEA RUEDA, "Caracteres del contrato de alimento y estructura del contrato de alimento a favor de tercero", op. cit., p.14.

consentimiento⁴⁹⁵.

En mi opinión el contrato de alimentos es un contrato bilateral y consensual. Bilateral porque produce derechos y obligaciones para ambas partes, uno debe de entregar el capital y tiene derecho a recibir los alimentos en la forma convenida y el otro adquiere el capital y se obliga a la prestación de los indicados alimentos⁴⁹⁶.

Y es consensual, porque debe aplicarse la norma general del artículo XXXXXX del Código Civil, de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, siguiendo el criterio espiritualista que ha imperado en nuestro ordenamiento jurídico desde tiempos históricos.

5.2.3 PERSONALÍSIMO

Este contrato tiene una especial característica y es, el carácter personal del mismo. El referido contrato genera una relación jurídica *intuitu personae*, entre el acreedor y deudor de los alimentos, basada sobretodo en la confianza existente entre las parte; el pacto de alimentos se lleva a cabo en atención de la alimentante y del alimentista en la medida que las cualidades y circunstancias personales de uno y otro resultan determinantes para que se alcance un acuerdo de este tipo⁴⁹⁷. Desde esta perspectiva resulta determinante no sólo la situación económica del

⁴⁹⁵ Cfr. LAMBEA RUEDA, "Caracteres del contrato de alimento y estructura del contrato de alimento a favor de tercero". *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 19/2006. Pamplona 2006, p.15.

⁴⁹⁶ De hecho, el Tribunal Supremo abandonó la línea mantenida por las Sentencia de 21 de octubre de 1992 y de 17 de julio de 1998, que atribuían carácter unilateral al contrato, con la finalidad de considerar aplicable el artículo 1805 para el caso de incumplimiento. Según PASQUAU LIAÑO, la obligación de alimentos no es una mera carga modal, sino una prestación ligada con vínculo de reciprocidad con la obligación asumida por el cedente. Es como expresamente dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008, una *contraprestación*, y por ello en caso de incumplimiento el cedente no sólo puede exigir su cumplimiento, sino también la resolución del contrato con recuperación de los bienes cedidos. En tal sentido igualmente se pronuncian las sentencias del tribunal Supremo de 9 de julio de 2002, 1 de julio de 2003 y 26 de febrero de 2007.

⁴⁹⁷ PADIAL ALBÁS, *La regulación del contrato de alimentos en el Código Civil*, op. cit., p. 37.

alimentante, sino sobre todo sus cualidades personales⁴⁹⁸. Pero también lo son la situación personal del alimentista ya que los alimentos pactados representan sobretodo la atención personalizada y asistencial que debe adecuarse a la edad, discapacidad y salud de éste último.

Se ha discutido si la obligación del alimentante es de carácter personalísimo y por tanto si admite o no sustitución. En principio si parece existir, salvo pacto en contrario, un componente personal en la elección del alimentante. La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de julio de 2004 entendió que resulta incompatible con la finalidad del contrato de vitalicio que se delegue por las personas que asumen las obligaciones como alimentantes en terceras personas, habida cuenta del carácter personalísimo de las obligaciones contraídas⁴⁹⁹.

Se trata de una relación con cierta semejanza a la que se establece en los alimentos entre parientes, pero se diferencia en primer lugar porque en el contrato de alimentos priman mucho más los valores y cualidades personales que los aspectos patrimoniales; y en segundo lugar porque a diferencia de los alimentos legales los alimentos convencionales son susceptible de negocio jurídico, ya que generan un derecho personal pero no personalísimo, ya que el crédito alimenticio nacido del contrato se puede renunciar, transmitir y también ser objeto de compensación si así lo deciden las partes⁵⁰⁰.

5.2.4 ALEATORIEDAD

Otro de los rasgos que caracteriza a este contrato es su aleatoriedad, y así

⁴⁹⁸ CALVO ANTÓN xxxxxxxxx EN PADIAL ALBAÁS

⁴⁹⁹ PASQUAU LIAÑO, "El contrato de alimentos: valoración jurisprudencial", op. cit., p. 554

⁵⁰⁰ Artículo 151 del Código Civil.

su normativa se ubica entre los contrato aleatorios o de suerte, y es que el alimentante, según el artículo 1791 del Código Civil, está obligado a proporcionar alimentos a una persona durante su vida.

El riesgo en los contratos aleatorios será para ambos contratantes, como se deduce en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1990. Y que recoge la sentencia del propio tribunal de 14 de 1962, al decir: "...lo que está más en armonía con la verdadera naturaleza de los contratos aleatorios es que el riesgo de pérdida o ganancia de los contratos de esta clase es común a ambas contratantes". También la jurisprudencia italiana sigue este criterio, y se refiere a la equivalencia del riesgo concebida en términos de igual probabilidad de ganancia o de pérdida para ambas partes⁵⁰¹.

La duración del contrato depende en última instancia de la voluntad de los contratantes que pueden pactarlo durante toda la vida del alimentista o bien limitar su duración a un plazo determinado, aunque normalmente se establecerá durante toda la vida del alimentista.

Desde un punto de vista cualitativo también puede variar las necesidades del alimentista y por lo tanto cambiarán la atención y cuidados requeridos, pero sobretodo desde la perspectiva de su duración ya que la vida del alimentista es un hecho esencialmente incierto.

Estos contratos están caracterizados por la incertidumbre del riesgo. Ahora bien, dentro de lo que permite dicha incertidumbre debe existir equiparación, o al menos proporcionalidad para ambas partes contratantes entre cada uno de los elementos que integran el riesgo, cantidad patrimonial arriesgada por una parte y

⁵⁰¹ NIETO ALONSO, *Donación Onerosa y Vitalicio, Perspectivas desde el incumplimiento de las cargas*, Ed. Trivium, Madrid, 1998, p. 179.

posibilidad de que se verifique el evento por la otra, de forma que la menor probabilidad de un resultado favorable para una de las partes quede compensada con la mayor importancia del beneficio patrimonial que espera obtener⁵⁰². En cualquier caso, si bien la proporción entre los dos elementos que integran el riesgo puede variar, deben existir ambos. Si uno de ellos falta, el riesgo desaparece y en consecuencia el contrato de alimento sería nulo, ya el riesgo deviene elemento esencial del contrato, convirtiéndose en su causa.

Así lo han entendido precisamente nuestro tribunales en relación al vitalicio antes de su regulación en el Código Civil, en aquellos casos en los que existía inminencia de la muerte del alimentista en el momento de la celebración del contrato, al considerar que no existe aleas ni causa contractual porque esa proximidad relativamente cierta de muerte presenta como verosímil una imposibilidad real de la contraprestación alimenticia. En tal sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 15 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 4332).

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998 (RJ 1998, 6449) mantiene que el conocimiento por parte de los cesionarios de la seguridad e inminencia de la muerte del cedente, determina la desaparición de la aleatoriedad, elemento esencial del contrato⁵⁰³. También sostiene la falta de aleatoriedad la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1997, en un supuesto en que las escasas probabilidades de prolongación de vida del alimentista que de hecho falleció a los tres meses y medio de la fecha del otorgamiento eran evidentes por su avanzada edad y por ser un enfermo senil⁵⁰⁴.

⁵⁰² ECHEVARRIA DE RADA, El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2019-20, 2006, p. 3465.

⁵⁰³ *Ibidem*.

⁵⁰⁴ *Ibidem*.

No obstante no puede olvidarse que estos contratos suelen ser celebrados por personas de avanzada edad o incluso enfermas, que buscan ser atendidas en esas situaciones, razón por la cual serán los tribunales los que atendiendo a las circunstancias del caso concreto, deban determinar la existencia o inexistencia de áleas o causa contractual⁵⁰⁵.

Es tan importante este carácter de aleatoriedad que en el supuesto de que faltara esta característica, el contrato estaría viciado de nulidad absoluta, así establece el artículo 1804 del Código civil, relativo al contrato de renta vitalicia en la que dispone la norma, la nulidad absoluta del contrato que se haya constituido sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento o que se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a la indicada fecha. Generalmente la doctrina aplicaba por analogía este precepto, y aunque el legislador nada ha estipulado en los nuevos artículos reguladores del contrato de alimentos, entendemos que ante esta ausencia legal no debería existir inconveniente en seguir aplicando analógicamente el anterior precepto al contrato de alimentos⁵⁰⁶.

Para reducir, o al menos limitar la aleatoriedad del contrato, la doctrina admite la posibilidad de que las partes estipulen un tope o un máximo al valor de la prestación a que se encuentra obligado el deudor, de manera inversa a lo que sucede en la renta vitalicia cuando las partes pactan una cláusula de

⁵⁰⁵ Así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 16 de junio de 2005 (RJ 2005, 4953), admite la existencia de aleatoriedad en el supuesto debatido, a pesar de que el cedente tenía 79 años al otorgar el contrato y estaba afectado de cáncer, ya que el cedente vivió más de lo esperado, y esa duración vital es el álea que caracterizó al contrato. También la sentencia del mismo tribunal de 3 de noviembre de 2000, considera que el fallecimiento de la cedente casi inmediato a la celebración del contrato no excluye la aleatoriedad puesto que aquel es un acontecimiento incierto en cuanto al tiempo en el que ha de acaecer y ello es signo de aleatoriedad.

⁵⁰⁶ GUILLÉN GARCÍA, *El Contrato de renta sobre vivienda*, disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/guillen-contrato-01.pdf>

estabilización⁵⁰⁷.

No es incompatible con el carácter de aleatoriedad el hecho de que las prevean expresamente que en el supuesto de que el alimentista no sobreviva más de un plazo determinado, la cesión se considerará donación, y no contrato de alimentos; tal fue el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008⁵⁰⁸

Con anterioridad a la introducción de los artículos 1791 y siguientes del código Civil, reguladores del contrato de prestación de alimentos, se consideraba por la doctrina que dicho contrato era atípico, es decir que no tenía un encuadre exacto en ninguna de las figuras contractuales reguladas en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁰⁹. Incluso es curioso comprobar como la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2009, continúa considerando a este contrato como un contrato “atípico”, sin precisar que los citados preceptos ofrecen ya un marco legal típico para los contrato suscritos a partir de su entrada en vigor⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ BADENAS CARPIO, *La Renta Vitalicia Onerosa*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p.316. y cita a QUIÑONERO CERVANTES que considera que establecer un tope a la prestación no alteraría el concepto de vitalicio porque el módulo principal de determinación de la cuantía seguirían siendo las necesidades del acreedor.

⁵⁰⁸ PASQUAU LIAÑO, “El contrato de alimentos: valoración jurisprudencial”, op. cit., p. 551.

⁵⁰⁹ Así la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 5904) decía “El contrato objeto del debate es el denominado de vitalicio, respecto al que, en sentencia de 23 de mayo de 1965, esta Sala ha declarado que no es una modalidad de renta vitalicia, regulada en los artículos 1802 y 1805 del Código Civil, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público - artículo 1255 del Código Civil-, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones”.

⁵¹⁰ PASQUAU LIAÑO, “El contrato de alimentos: valoración jurisprudencial”, op. cit., p. 546. En esta citada sentencia se define el contrato de alimentos como: “Es España el vitalicio es un contrato atípico, por bien que en la ley catalana 22/2000, de 29 diciembre, de acogida de personas mayores, se regula un contrato de acogida, de tipo oneroso, bilateral y formal, en cuya virtud se establece una relación de convivencia entre acogidos/do y acogedor, que tiene como finalidad procurar la subsistencia y la asistencia de los acogidos, a cambio de un precio, que puede consistir en la transmisión de determinados bienes propiedad de los acogidos. En el derecho español, al ser un contrato atípico, rige la libertad de pactos, de modo que “[...]justo porque es un contrato innominado (el término, como se dijo, es genérico), sin tipificación específica, habrá de regirse por

5.2.5 VITALICIO

La extensión temporal del contrato de alimento viene determinada por la vida contemplada que es la del alimentista.

En cuanto a la posibilidad de que pacte una duración contractual limitada, antes de la regulación legal del contrato de alimentos en el Código Civil, la doctrina la venía admitiendo sin que por ello se vulnerara su carácter aleatorio, puesto que el contrato podía extinguirse por muerte del alimentista producida antes del vencimiento del plazo y porque la aleatoriedad no depende sólo del tiempo, sino también de las variaciones de las necesidades de alimentista⁵¹¹.

Tras la regulación legal del contrato, la doctrina ha admitido la libertad de pacto y por tanto la posibilidad de estipular una duración limitada del contrato de alimentos al no contrariar el orden público ni existir norma imperativa que justifique la restricción⁵¹².

los pactos, cláusulas y condiciones que las partes establezcan, con la cobertura legal, común a toda clase de vitalicio como contrato oneroso que el Código regula, es decir la renta vitalicia, cuyas normas, establecidas en los arts. 1802 a 1808 , ambos inclusive, habrán de ser aplicables, analógicamente, atemperadas a las especialidades de cada supuesto[...]". Del mismo modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008 (RJ 2008, 3220), dice que se puede encuadrar el negocio jurídico en la figura contractual del contrato de vitalicio, que hunde sus raíces en el derecho histórico y presenta similitudes con otras figuras negociales de los ordenamientos de nuestro entorno y propias de los derechos forales. Esta modalidad contractual ha sido jurisprudencialmente delimitada frente a la donación modal u onerosa y frente a la renta vitalicia como un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público "artículo 1255 del Código Civil", y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones -Sentencias de 1 de julio de 2003 (RJ 2003, 4321) y 25 de febrero de 2007 (RJ 2007, 653), entre otras.

⁵¹¹ ECHEVARRIA DE RADA, *El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres*, op.cit., p. 3476.

⁵¹² *Ibidem*.

ECHEVARRÍA RADA sostiene que tales opiniones deben rechazarse, por la propia definición que el artículo 1791 del Código Civil ofrece del contrato de alimentos, que se refiere expresamente a la duración de la vida del alimentista. A ello debe añadirse la propia finalidad asistencial de este contrato que determina que sea la vida del alimentista la que señale la duración del contrato.

5. 3 ELEMENTOS DEL CONTRATO

5.3.1 ELEMENTOS PERSONALES: LAS PARTES DEL CONTRATO

En principio lo previsto en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, es que las partes del contrato sean dos, por un lado el que se obliga a realizar la prestación alimenticia convenida y por otro, el que se obliga a transmitir al primero en cualquier clase de bienes y derechos.

Si bien la doctrina, ha clasificado los sujetos de este contrato en 3:

1. El que hace entrega de los bienes o derechos (cedente).
2. El que recibe los bienes y se obliga a pagar los alimentos (alimentante).
3. La persona que tiene derecho a recibir la prestación de alimentos (alimentista)⁵¹³.

El cedente que entrega los bienes ha de tener capacidad para disponer de los mismos.

El alimentante, o sea, la persona que se obliga a realizar la prestación de alimentos, debe tener la capacidad adecuada para celebrar negocios jurídicos, lo

⁵¹³ MILLÁN SALAS, "El contrato de Vitalicio", *Actualidad Civil*, núm. 23, junio 2001.

que significa que debe de ser mayor de edad o menor emancipado y no encontrarse incapacitado. También puede ser alimentante una persona jurídica que tenga entre sus fines la prestación de asistencia a personas que no puedan atender a su propia subsistencia. También pudiera ser varias las personas que se comprometan a cumplir la prestación alimenticia, distribuyéndose entre ellos en régimen de comunidad o copropiedad el capital o bienes transmitidos. Los casos más frecuentes de pluralidad de alimentantes se dan entre personas unidas por vínculos de parentesco que se comprometen a proporcionar alojamiento y cuidados al alimentista.

El alimentista es la persona acreedora de la prestación de alimentos, bien porque establece un acuerdo contractual con el alimentante, en virtud del cual este se obliga a proporcionarle esa prestación durante su vida a cambio de la transmisión de un capital, bien porque es el tercero beneficiario de la prestación alimenticia pactada a su favor en el contrato que celebran el cedente de los bienes y el alimentante. En este último caso el alimentista no interviene en el otorgamiento del contrato, pero tiene un derecho de crédito que le permite exigir el cumplimiento de la prestación pactada a su favor⁵¹⁴.

La opción del contrato de alimentos en que alimentista y cedente no coincidan como estipulación o contrato a favor de terceros, es la única que tiene reflejo legal expreso en la Exposición del Motivos de la Ley 41/2003⁵¹⁵, que reconoce la utilidad en el supuesto de que los padres de un discapacitado transmitan al alimentante el capital.

⁵¹⁴ PÉREZ GURREA, "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Mayo-Junio 2011, p.1722.

⁵¹⁵ Que dice así: "Su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad".

También resulta posible que los hijos cedan bienes de su propiedad a favor de alguien para que asista a sus padres. Incluso es posible que la transmisión se realice a alguien diferente de quien presta asistencia, por ejemplo el hijo cede bienes no a favor de la persona que presta la asistencia, sino a favor del hijo de éste. En este supuesto nos encontraríamos con los siguientes sujetos: cedente de los bienes (un hijo); el alimentista o acreedor de la prestación (el padre); el cesionario o beneficiario de la estipulación (el hijo del que presta asistencia); y el alimentante (persona obligada a asistir al alimentista)⁵¹⁶.

El origen de la prestación a favor de tercero es contractual y no legal y se rige por lo previsto en el contrato. La celebración del contrato de alimentos a favor de tercero se añade a otros contratos que tradicionalmente pueden celebrarse a favor de tercero, como la renta vitalicia, el seguro de vida, la donación con carga, planes de pensiones o en la compraventa en que parte del precio sea una renta a pagar a un tercero⁵¹⁷.

Relaciones jurídicas entre las partes:

Centrándonos en las relaciones jurídicas entre los sujetos estas son: relación de cobertura o relación contractual –contrato de alimentos–, relación de valuta o causa de la atribución del derecho del tercero ajena al contrato, y relación de deudor y acreedor de la prestación de alimentos.

- Relación de cobertura

El contrato de alimento se celebra entre el cedente y el alimentante, y ambos

⁵¹⁶ HERAS HERNÁNDEZ, *Principales aspectos del nuevo contrato de alimentos como mecanismo de protección de las personas mayores*, <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/heras-aspectos-01.pdf> p.17, consultado a 5 de mayo de 2013.

⁵¹⁷ LAMBEA RUEDA, *Caracteres del contrato de alimento y estructura del contrato de alimento a favor de tercero*, op. cit.

sujetos quedan obligados a la entrega de lo cedido y a la prestación de los alimentos. Hay que distinguir los efectos de esta relación antes y después de la aceptación del tercero. antes de la aceptación estipulante y promitente pueden modificar o extinguir la relación contractual de común acuerdo o reclamar su cumplimiento con posibilidad de resolución. Después de la aceptación ambos pueden exigir el cumplimiento y optar a la resolución en caso de incumplimiento como partes contratantes, pero no pueden modificar o extinguir la relación de mutuo acuerdo salvo con consentimiento del tercero. Siguiendo esta doctrina en los supuesto de incumplimiento contractual el cedente, como parte del contrato, tiene derecho a exigir el cumplimiento al promitente en cualquier momento, ejercitar la acción resolutoria y pedir indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento del promitente⁵¹⁸.

En este tipo de relación está permitida la impugnación de la cesión del estipulante al promitente en los casos en que se perjudique os derechos de acreedores y legitimarios, pero no por el contrario la prestación que el promitente realiza respecto del tercero. La Ley de Protección Patrimonial Personas con Discapacidad tiene siempre el propósito de proteger al tercero alimentista de los acreedores y legitimarios del estipulante⁵¹⁹.

Aunque el Código Civil no prevé el supuesto del que estamos hablando, en la Ley Gallega en su artículo 152⁵²⁰ ofrece al cesionario la posibilidad de desistir del contrato en cualquier momento, previa notificación, restituyendo lo recibido. Tampoco se hace referencia a la posibilidad de mutuo disenso, aunque este

⁵¹⁸ Ibidem.

⁵¹⁹ Ibidem..

⁵²⁰ El artículo 152 de la Ley Gallega, dice así: “1. El cesionario podrá desistir del contrato en cualquier tiempo, previa notificación fehaciente al cedente con seis meses de antelación. 2. El cesionario que quiera desistir habrá de proceder a la restitución de los bienes y derechos recibidos en virtud del contrato, así como de sus frutos, sin más cargas o gravámenes que los preexistentes a la cesión.”

siempre cabría por aplicación de la teoría general de las obligaciones, teniendo en cuenta que estamos en la fase previa a la aceptación del tercero⁵²¹.

- Relación de valuta:

La doctrina señala que la intención del estipulante-cedente de favorecer al tercero alimentista beneficiario puede traer causa en una liberalidad, en el cumplimiento de una obligación previa o en la obtención de una contraprestación futura. Esta relación afecta a estipulante y tercero y no interfiere en el contrato de alimentos. En los casos de liberalidad no parece necesario que el contrato se realice siguiendo una forma solemne, teniendo en cuenta que la liberalidad es accesoria del contrato principal de alimentos en que rige el principio de libertad de forma. Pero en el supuesto de que hubiese donación del cedente al tercero beneficiario pudiera ser que ésta fuera inoficiosa o coleccionable, circunstancias que afectan a la relación entre el cedente y el tercero, pero no al promitente. Los supuestos de la estipulación con causa de donación pueden responder al esquema de la donación indirecta del estipulante respecto al tercero, que consigue el resultado de la donación entre ellos por otro medio distinto, como las partes desean y es válido jurídicamente.

En la relación entre el estipulante y el tercero, la aceptación del tercero alimentista es un límite a la facultad de revocación del estipulante, puesto que desde la aceptación el estipulante no puede revocar; aceptación que debe comunicarse al promitente obligado para impedir una posible revocación.

La posible relación sucesoria entre estipulante y alimentista no debe influir en la relación de alimentos, por lo que la aceptación o renuncia del alimentista a la herencia del estipulante no interfiere en el derecho de alimentos derivado del

⁵²¹ LAMBEA RUEDA, *Caracteres del contrato de alimento y estructura del contrato de alimento a favor de tercero*, op. cit.

contrato⁵²².

- Relación de deudor y acreedor en la prestación de alimentos.

El promitente-alimentante cumple con la obligación de alimentos respecto del tercero-alimentista beneficiario, que es el acreedor de los mismos. La relación entre ambos conlleva la posibilidad de que el tercero exija el cumplimiento y el resarcimiento de daños y perjuicios. La posición del alimentista, como acreedor de los alimentos, no es una subrogación en la posición del cedente sino un derecho directo derivado del contrato, actuando en nombre propio, aunque el cedente conserve su condición de parte y las obligaciones que les corresponden en virtud de contrato.

Respecto a los medios de defensa que puede excepcionar el alimentante frente al tercero, podemos distinguir :

- 1) Las excepciones objetivas de su derecho de alimentos, por ejemplo que todavía no haya empezado a surtir efecto el contrato.
- 2) Las excepciones derivadas del contrato, como pueden ser la revocación previa a la aceptación del tercero, nulidad y anulabilidad del contrato por vicio sufrido por el alimentante, rescisión del contrato, incumplimiento de la obligación de cesión por el cedente, prescripción, prórrogas en el cumplimiento y desistimiento por vicios o defectos ocultos.
- 3) Las excepciones derivadas de su relación con el alimentista, como compensación de pensiones vencidas o imposibilidad sobrevenida de la obligación no imputable al alimentante.

Las excepciones derivadas de la relación cedente-alimentante como la compensación de deudas o la condenación de la deuda de alimentos por el cedente no son oponibles por parte del alimentante frente al tercero⁵²³.

⁵²²

Ibídem.

⁵²³

LAMBEA RUEDA, "Caracteres del contrato de alimento y estructura del contrato de

5.3.2 ELEMENTOS REALES

El objeto del contrato de alimentos está constituido por dos obligaciones principales:

1. El constituyente se obliga a la entrega de un bien mueble o inmueble, o un capital al deudor de la prestación.
2. El alimentante debe proporcionar al alimentista vivienda, manutención, asistencia médica y farmacéutica e incluso alojar en su propia casa a las personas designadas como beneficiarios en el contrato.

El capital puede consistir en cualquier clase de bienes y derechos; solía recaer habitualmente sobre bienes inmuebles pertenecientes al ámbito rural. Así suele ser objeto de transmisión una finca rústica destinada a explotaciones agropecuarias y también una finca urbana destinada a habitación pero ubicada en la campiña⁵²⁴. Pero los otorgantes pueden constituir la relación sobre la base de la cesión de cualquier tipo de finca, rústica o urbana, sobre un bien mueble e incluso sobre un capital, al contrario de lo que sucede en el supuesto de la hipoteca inversa, en la que únicamente podrá ser objeto del contrato la vivienda habitual del constituyente. De la misma manera no hay óbice para que pueden ser objeto de transmisión algunos derechos reales constituidos sobre los bienes, incluido el usufructo⁵²⁵.

En cuanto a los alimentos que deben prestarse dice el nuevo artículo 1793

alimento a favor de tercero”, op. cit.

⁵²⁴ BADENAS CARPIO, *La Renta Vitalicia Onerosa*, op. cit., p.316

⁵²⁵ *Ibidem*.

del Código Civil “la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado, ni de las del caudal del que las recibe”. Este precepto establece aquí una distinción entre los alimentos convencionales y los legales, para los que sí sirve de medida, según dispone el artículo 146 del código civil, el caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe. Ambas normas se expresan en términos contrarios, resultando llamativo que el nuevo artículo 1793 no aluda a las necesidades del alimentista, sino a su caudal⁵²⁶.

Dado que el alimentante ha de proporcionar asistencia de todo tipo al alimentista, la prestación variará en función de las necesidades que éste origine. En determinados casos puede sustituirse por una pensión dineraria en base al artículo 1792 que dice: “de producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ella podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para estos eventos hubieran sido previstos en el contrato o, de no haber sido previstos, mediante la que se fije judicialmente”.

La prestación de alimentos como regla general consiste en proporcionar lo necesario para el sustento y habitación del alimentista, así como a prestar servicios asistenciales y atender a su cuidado, dependiendo en cada caso concreto dicha prestación de los pactos de las partes⁵²⁷.

⁵²⁶ GUILLÉN GARCÍA, *El Contrato de renta sobre vivienda*, disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/quillen-contrato-01.pdf> ; Consultado a 13 de mayo de 2013.

⁵²⁷ PÉREZ GURREA, “La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales”, op. cit., 1722

5.3.3 FORMA DEL CONTRATO

El código civil no regula expresamente la forma que debe revestir el contrato de alimentos, por lo que regirán las normas generales de los artículos 1278 a 1280. Siendo aquí el precepto más importante el del número 1.0 del artículo 1280 de código civil, pues si el contrato tiene por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, se impone la realización mediante escritura pública.

Sin embargo, el contrato de alimento en sí no necesita observar ninguna solemnidad específica para que se perfeccione. Pero si las partes quieren que produzca una eficacia superior, podrá elevar el contrato a escritura pública de modo que podrá acceder al registro de la propiedad y alcanzar eficacia contra terceros.

5. 4 EFECTOS DEL CONTRATO

El cedente transmite la propiedad de los bienes muebles o inmuebles, al alimentante que adquiere el dominio sobre los mismos.

A cambio éste presta alimentos en el sentido más amplio de vivienda, manutención, cuidados, asistencia médica y farmacéutica y compañía al alimentista.

El carácter asistencial de este acuerdo conlleva que la extensión y la calidad de los alimentos llevan adecuarse inevitablemente a las necesidades del perceptor de los mismos y lógicamente variar en función de éstas, y en este

sentido la deuda alimenticia pactada constituye una deuda valor.

En cuanto a la forma habitual del cumplimiento podemos decir que la modalidad más apropiada de prestar los alimentos pactados es la denominada prestación *in natura*, en decir, que el obligado reciba y mantenga en su propia casa a la persona que tiene derechos a ellos, como se desprende del artículo 149.1 de Código Civil.

Y así se ha reconocido en la práctica del contrato de alimentos, en el que resulta habitual el denominado “pacto de convivencia” que supone la obligación del alimentante de alojar al alimentista, normalmente en el seno de su hogar, aunque también puede tener lugar si así se pacta en el domicilio del alimentista, dado que así se logra cumplir la finalidad que se persigue con un acuerdo de este tipo, es decir la integración del alimentista en el seno de una familia, para que de este modo en su compañía se le cuide y asista rodeado de cariño y afecto⁵²⁸.

La primera de las prestaciones que según el art. 1791 del Código Civil asume el obligado, es la de proporcionar vivienda, alterando de forma significativa la letra y el orden del artículo 142 del mismo texto, como consecuencia del carácter eminentemente espiritual de la deuda alimenticia contractual y de la particular asistencia que requiere el acreedor de los alimentos, ya que el fin primordial del contrato de alimentos es procurar la atención personalizada y una serie de cuidados y afectos indispensables desde el punto de vista moral que requiere por parte del alimentante tener al alimentista en su compañía, como así lo reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 653).

⁵²⁸ LAMBEA RUEDA, “Caracteres del contrato de alimentos y estructura del contrato de alimento a favor de tercero”, op. cit., p. 18.

Y ahí radica una de las principales diferencia entre el contrato de alimentos y el de renta vitalicia, pues mientras que éste último genera una obligación de dar, que consiste normalmente en el pago de una pensión en dinero, el cumplimiento del contrato de alimentos supone en principio la convivencia entre el obligado y el beneficiario del contrato⁵²⁹.

La finalidad típica de este acuerdo supone la obligación de cuidar al alimentista y prestarle una asistencia personal y individualizada en el calor de un hogar⁵³⁰ y así se deduce aunque *a sensu contrario* del artículo 1792 del código Civil, según el cual “de producirse la muerte del obligado a prestar alimentos o de concurrir cualquier causa grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para estos eventos hubiera sido prevista en el contrato, o de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente”.

Así pues la facultad de cumplir mediante el pago de una pensión se limita por ley a dos supuestos como son:

1. La muerte del alimentante
2. La concurrencia de cualquier causa grave que impida la convivencia pacífica entre las partes.

Ya la jurisprudencia había adoptado dicha práctica jurídica aplicando idéntica solución a la que se induce el artículo 149 del Código Civil, según el cual, cuando la convivencia entre las partes deviene imposible la modalidad del

⁵²⁹ Ibídem.

⁵³⁰ Ibídem.

cumplimiento será el pago de una pensión⁵³¹. Aunque la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia estima acertada la solución jurisprudencial y legal, no faltan algunos autores como PADIAL ALBÁS, que critican el precepto pues estiman que puede resultar sumamente perjudicial para el alimentista y que el legislador ha cometido un error tratando de regular lo que es un posible pacto *inter partes*, y que sólo depende de la autonomía de la voluntad puesto que en la materia de contratación prima la voluntad de las partes. Además esta modalidad de cumplimiento no se acomoda a la finalidad típica del contrato de alimentos y tampoco beneficia al alimentista. Sobre todo si tenemos en cuenta que este artículo introduce la posibilidad *ex lege*, para que el alimentante pueda pedir la continuidad del contrato, evitando la prestación *in natura*, mediante el pago de una pensión, cuando exista una causa grave que impida la pacífica convivencia entre las partes, e incluso amplía esta facultad a los herederos del obligado, en caso de que éste muera; con lo cual se coloca al alimentista en una situación de clara desventaja en cualquier caso y mucho más, en el supuesto de que la convivencia haya tenido lugar en su propio domicilio. Critica PADIAL ALBÁS que dicho artículo no se adapta a la filosofía del resto de la Ley 41/2003, que en todo momento intenta proteger al alimentista. De concurrir cualquier causa grave que impida la pacífica convivencia entre las partes, desde la perspectiva del alimentista, es que éste pueda poner fin a la relación, en la medida que el contrato de alimento entraña una relación jurídica basada en el pleno respeto y confianza entre las partes contratantes, y cuando dicho valores dejan de existir el contrato de alimentos carece de sustrato básico. Por lo tanto en cualquier caso la ruptura de la pacífica convivencia de las partes supone en sí misma el incumplimiento de la obligación y siempre debería dar lugar a que el alimentista pueda exigir la resolución del contrato.

Hubiera sido preferible que el precepto comentado no se limitara a

⁵³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 5904).

establecer la sustitución de la prestación por el caso de una pensión dineraria en caso de que la convivencia pacífica entre las partes no fuera posible debido a un motivo grave, sino que impusiera al alimentante la obligación no sólo de pagar la pensión sino de procurar y vigilar que recibiera la atención personalizada en todas sus necesidades.

5.5 EXTINCIÓN DEL CONTRATO

5.5.1 LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Una de las cuestiones que surgían habitualmente respecto de este contrato era la aplicabilidad del mismo del artículo 1805 del Código Civil. Es decir, si en aquellos casos que no ha sido pactado en contrato la resolución del mismo, era posible dicha resolución por incumplimiento de las obligaciones del alimentante⁵³².

El artículo 1795 código civil regula actualmente el supuesto del incumplimiento y establece que: “el incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas.

En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la

⁵³² GUILLÉN GARCÍA, *El Contrato de renta sobre vivienda*, <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/guillen-contrato-01.pdf> p.26.

restitución que, con respecto de lo que dispone el artículo siguiente corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determine”.

El legislador tiene el propósito elogiado de la protección de la parte más débil, que suele ser una persona anciana o discapacitada que cede la totalidad o gran parte de su patrimonio a cambio de la prestación alimenticia. El legislador concede un papel predominante al incumplimiento de la obligación de alimentos y por eso el repetido contrato de alimentos se encuentra en una ley dirigida a la protección de personas discapacitadas; y además la regulación de este contrato se efectúa con el propósito de proteger los intereses del alimentista como consecuencia de la causa onerosa del contrato; por tanto el artículo 1795 del Código Civil reconoce automáticamente el derecho del alimentista a poner fin al contrato cuando no se logra el fin querido por él⁵³³.

Una vez resuelto el contrato se intenta por el ordenamiento jurídico garantizar la restitución in natura de los bienes o derechos que fueron transmitido como consecuencia del pacto de alimentos. Así mientras que el párrafo dos del artículo 1795 y el 1796 del Código Civil tratan de garantizar dicha restitución frente al alimentante, el artículo 1797 prevé la posibilidad de hacerla valer incluso frente a terceros a través del acceso al Registro de la Propiedad.

Por su parte el artículo 1796 del código Civil establece que: “de las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir de nuevo, una pensión análoga para el tiempo que le quede de vida”.

⁵³³ Cfr. PADIAL ALBÁS, “La regulación del contrato de alimentos en el Código Civil”, op. cit., p. 50.

Este previsión del legislador plantea sin embargo algunos inconvenientes: en primer lugar el artículo 1795.2 del Código Civil concede un amplio arbitrio judicial a la hora de fijar los efectos restitutorios de la resolución, con la inseguridad y falta de uniformidad que ello conlleva para el tráfico jurídico. En segundo lugar el artículo 1796 no describe con la suficiente claridad las consecuencias de las resolución del contrato en lo que se refiere al superávit que siempre ha de quedar para el alimentista. No queda establecido con la suficiente claridad si la restitución ha de ser de un patrimonio que le permita constituir un nuevo contrato para acceder a una renta similar; ni tampoco resulta claramente especificado lo que debe realizarse en el supuesto de que el patrimonio no sea suficiente para pagar la compensación al alimentante por la restitución de los bienes cedidos. Parece ser que en estos supuestos los efectos retroactivos de la resolución del contrato serían nulos para el deudor de la prestación y en cambio serían eficaces a favor del alimentista⁵³⁴.

PÉREZ GURREA considera que no es muy acertada esta remisión a las obligaciones recíprocas y apoyándose en el criterio de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8592)⁵³⁵ y de 17 de julio de 1998 (RJ 1998, 6449), estima que debería facultarse al pensionista para rescindir sin efecto retroactivo el contrato en caso de falta de pago de las pensiones, recuperando el dominio de los bienes transmitidos sin devolver nada a cambio.

Y en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de

⁵³⁴ GUILLÉN GARCÍA, *El Contrato de renta sobre vivienda*, op. cit., p.26.

⁵³⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8592), determina que: "...tratándose de un contrato atípico, carente en absoluto de normativa específica, debe tenerse en cuenta, para resolver las cuestiones que plantea, que su naturaleza es la de contrato unilateral, pues sólo contiene obligaciones para el demandado que se comprometió a alimentar, no le es aplicable la facultad resolutoria del art. 1.124 y el incumplimiento no puede dar lugar más que a exigir el cumplimiento. Su carácter en parte oneroso bien puede afirmarse, porque aun siendo independiente del traspaso del local de negocio trae causa del mismo, aunque a dicha causa la califique el obligado de «benevolente»".

1965 (RJ 1965, 3172) y de 17 de julio de 1998 (RJ 1998, 6449), establecen: “de otra parte, es de tener en cuenta la naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentantes, que como consecuencia de las fricciones posibles en las relaciones humanas puedan hacer imposible o de difícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y consustancia a estas convenciones, lo cual justifica la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que las de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad, que es precisamente lo acaecido en el caso controvertido, pues bien claramente expresa el documento privado suscrito entre las partes que en cualquier momento que el alimentista quiera readquirir la finca supuestamente vendida podría hacerlo sin más obligación que la de abonar los gastos de notario, derecho reales, médicos y medicinas causadas hasta el momento de ejercitar dicha facultad”.

El legislador como vemos trata de forma muy distinta la obligación de restituir de una y otra de las partes puesto que mientras que el deudor de los alimentos debe restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, en cambio el juez podrá en atención a las circunstancias acordar que la restitución que corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada en su beneficio por el tiempo y con las garantías que se determinen.

Como demuestra la práctica jurídica es el acreedor de los alimentos quien suele utilizar la facultad resolutoria, debido a la dificultad que entraña exigir el cumplimiento forzoso en este tipo de contratos.

Por tanto la ley, se ocupa casi exclusivamente de la resolución del contrato a instancia del alimentista.

5.5.2 INCUMPLIMIENTO

Una cuestión de la que no se ocupa el artículo 1795 del Código Civil es la facultad de resolver del alimentante en caso de incumplimiento, si el estipulante no le trasmite el capital pactado. En el supuesto de un contrato de alimentos consensual, siempre que el alimentante cumpla, y comience a cumplir la prestación, podría reclamar el cumplimiento, en virtud de lo previsto en el artículo 1124, ya que se trata de obligaciones recíprocas⁵³⁶.

En el supuesto de incumplimiento del alimentista no queda suficientemente aclarado si deben aplicarse las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 1795, que favorecen al alimentista o por el contrario las consecuencias generales del artículo 1124. Según LAMBEA RUEDA, es el artículo 1124 el que debe de tenerse en cuenta, ya que el 1795 está pensado para el caso del incumplimiento del alimentante. Si consideramos el contrato como consensual, el incumplimiento de la transmisión del capital puede entenderse como propio incumplimiento o como una manifestación del libre desistimiento del contrato y si hay acuerdo, como mutuo disenso entre cedente y alimentante. Entonces en caso de incumplimiento por parte del cedente, el alimentante escogerá entre exigir el cumplimiento o la resolución. En caso de resolución podrá exigir indemnización de daños y perjuicios y restitución de los alimentos entregados⁵³⁷.

La previsión legal opera en defecto de lo pactado por las partes, y el criterio que adopta el legislador es mucho más moderado que la costumbre, ya que la cláusula resolutoria que suele ser habitual en todos estos contratos, es unilateral, es decir, a instancia del alimentista y en su único provecho, por cuanto normalmente sólo se reconoce la obligación restitutoria del alimentante, no así el

⁵³⁶ LAMBEA RUEDA, "Caracteres del contrato de alimento y estructura del contrato de alimento a favor de tercero". *Revista Arazadi Civil-Mercantil*, núm 19/2006. Pamplona 2006.

derecho a repetir los alimentos prestados al alimentista. Este frecuente pacto se utiliza para mayor garantía de los derechos de alimentista a percibir la prestación convenida.

5.5.3 GARANTÍAS

El artículo 1797 del Código Civil regula el acceso del contrato de alimentos al Registro de la Propiedad en garantía de la debida restitución frente a terceros, e intenta garantizar explícitamente que en caso de incumplimiento la efectiva restitución de los bienes sea oponible incluso frente a terceros, tratando de arbitrar los cauces para que el contrato de alimentos tenga acceso al Registro de la Propiedad; habida cuenta que los bienes o derechos que se transmiten a cambio de los alimentos son normalmente objeto de inscripción ya que habitualmente recaen sobre el dominio o cualquier otro derecho real sobre bienes inmuebles⁵³⁸.

El legislador establece que: “cuando los bienes o derecho que se transmiten a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria”.

Dicho precepto intenta garantizar que la restitución de los bienes transmitidos con motivo del contrato de alimentos al alimentante tenga efectividad frente a terceros. Por esta razón resulta frecuente en la práctica la inclusión en la mayoría de estos contratos de la prohibición de disponer de los bienes o derechos para impedir que sean objeto de cualquier tipo de transmisión, gravamen o carga, mientras viva el alimentista y sin su consentimiento. El artículo 1797 del Código

⁵³⁷ Ibidem.

Civil resulta operativo cuando dicha prohibición se vulnera y los bienes y derechos no se encuentran en poder del alimentante sino de un tercero⁵³⁹.

En virtud de este artículo el cumplimiento de la obligación de alimento se asegura elevándolo a condición resolutoria, que tiene acceso al Registro de la Propiedad a modo de circunstancia particular que individualiza el derecho inscrito por voluntad de las partes a fin de que tenga eficacia *erga omnes*; de aquí que el derecho del alimentista resulte oponible frente a cualquier persona⁵⁴⁰.

Otro tipo de garantía que establece el artículo 1797 del Código Civil con las que puede contar el acreedor de la prestación de alimentos para asegurarse el cumplimiento de la obligación se da en el supuesto de que los bienes o derechos que se hubiesen transmitido sean registrables puesto que en este caso podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista mediante la hipoteca prevista en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria⁵⁴¹, si bien es cierto que no es el mecanismo más idóneo para lograr la restitución *in natura* de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento del contrato de alimentos. Puesto que la hipoteca no garantiza el cedente la recuperación de los bienes entregados, ya que por aplicación de la prohibición del pacto comisorio establecida en el artículo 1859 del Código Civil, se impide al acreedor, en este caso el alimentista, apropiarse de las cosas hipotecadas, luego en caso de incumplimiento lo único que se permite al alimentista es ejecutar la hipoteca y la venta del bien para con lo obtenido pagar su crédito. Esto es un efecto contrario al espíritu de la regulación, sobre todo cuando el objeto de la cesión sea la vivienda habitual del cedente. No está regulado lo que ocurre en el caso de que haya un adjudicatario de la finca hipotecada, aunque la interpretación que podemos dar al artículo 157 de la Ley

⁵³⁸ PADIAL ALBÁS, "La regulación del contrato de alimentos en el Código Civil", op. cit.

⁵³⁹ *Ibidem*.

⁵⁴⁰ *Ibidem*.

⁵⁴¹ GUILLÉN GARCÍA, *El Contrato de renta sobre vivienda*, op. cit., p.27.

Hipotecaria es que el adquirente de la finca se subrogaría en las obligaciones que tenía el alimentante pero con la necesidad de que la prestación personal de asistencia se modifique y de paso a una pensión vitalicia⁵⁴²

Esta garantía es de difícil aplicación, dada la dificultad derivada de la naturaleza del contrato. En efecto, las hipotecas de rentas (cfr. Artículo 157 L.H.), parecen estar pensadas para una renta en dinero, y no en una prestación "in natura"; y, además, no parece dable admitir que el rematante o el adquirente voluntario, se subrogue en la obligación personal ínsita en este contrato. Dificultades de idéntico tenor observamos en la posible constitución de una hipoteca de máximo, dada la complejidad de fijar y cuantificar la cantidad exigible⁵⁴³.

5.5.4 DESISTIMIENTO

Se ha discutido por la doctrina la posibilidad de si el desistimiento unilateral podría provocar la extinción del contrato de alimentos. Como los preceptos del Código civil no establecen nada a este respecto cabe entender que no puede extinguirse el contrato por un desistimiento unilateral de cualquiera de las partes.

Una de las cuestiones más debatidas doctrinalmente es la que hace referencia a la ineficacia del negocio por falta de aleatoriedad, al ser posible la aplicación del artículo 1804 del Código Civil relativo al contrato de renta vitalicia. Dicha norma establece la nulidad absoluta del contrato que he haya constituido sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, lo que en el

⁵⁴² HERAS HERNÁNDEZ, *Principales aspectos del nuevo contrato de alimentos como mecanismo de protección de las personas mayores*, op.cit., p.21.

⁵⁴³ RAPOSO ARCEO, *El Vitalicio*, <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2322/1/AD-8-37.pdf> p.668. Consultado el 15 de mayo de 2013.

mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro los veinte días a la fecha de su otorgamiento. Sin embargo el legislador nada ha estipulado ente los nuevos preceptos reguladores del contrato de alimentos sobre la posibilidad de declarar la nulidad del mismo por las causas menciona en aquella norma⁵⁴⁴. Ante la falta de regulación específica, se debe mantener, por interpretación analogía la aplicación al contrato de prestación de alimentos del mencionad precepto del artículo 1804 del Código Civil.

5. 6 DIFERENCIAS CON LA OBLIGACIÓN DE LOS ALIMENTOS LEGALES

El nuevo artículo 1794 dispone que: “la obligación de dar alimentos no cesará por la causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero”.

Este precepto ordena por lo tanto que no se extinguirá el contrato:

1. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.
2. Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.
3. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiere cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.

⁵⁴⁴ GUILLÉN GARCÍA, *El Contrato de renta sobre vivienda*, op. cit., p.27.

4. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquel, provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo mientras subsista esta causa.

La Ley por lo tanto establece que no puede extinguirse el contrato de alimentos en los supuestos en que existiría causa de extinción en la obligación legal de alimentos, pero no así si se trata de una obligación nacida de pacto contractual.

En el caso de los alimentos legales la extinción de la obligación se produce no sólo por la muerte del alimentista, sino también por la del alimentante, ya que esta obligación no es susceptible de su transmisión *mortis causa*. En cambio, si se trata de alimento convencionales la obligación de prestar los alimentos no se extingue por la muerte del alimentante sino que pasa a sus herederos.

6. EL ACOGIMIENTO DE MAYORES

6.1 INTRODUCCIÓN

Por último vamos a analizar el acogimiento de personas mayores o dependientes en familias. Después de las figuras vistas en epígrafes anteriores, lo que diferencia al acogimiento de mayores de la hipoteca inversa, renta vitalicia, seguro de dependencia o contrato de alimentos, es que esta figura es una alternativa para aquellas personas mayores o dependientes que no pueden vivir solas, ya que no pueden realizar sus actividades cotidianas, pero que no quieren ingresar en una residencia y prefieren continuar viviendo en un entorno familiar para evitar la soledad, el desarraigo y aislamiento social, pero que no tienen medios para poder utilizar alguno de los otros instrumentos patrimoniales anteriormente vistos. Con esto se pretende fomentar la relación y participación de las personas mayores o dependientes en su medio habitual, evitando o retrasando la institucionalización.

El acogimiento de mayores consiste en la entrada en la vivienda de una familia, de una persona mayor de 65 años para residir y convivir con ellos, así como recibir los cuidados oportunos. La familia que acoge al anciano recibe a cambio una subvención de los Servicios Sociales, que normalmente se hará a través de los ayuntamientos o de la Consejería encargada de los mismos.

Según una encuesta realizada por el Ministerio de Sanidad y Política Social del 2010, el 87'5% de las personas mayores prefiere vivir en soledad antes de

ingresar en una residencia⁵⁴⁵. Y un estudio del INE, sobre las personas que residían en geriátricos entre el 2001 y 2011 señala que el número de mayores que viven en residencias se ha triplicado durante esos diez años⁵⁴⁶. Sin embargo vemos que aunque las personas mayores prefieren vivir en sus hogares aún sea sin compañía, vemos como en la última década el número de personas que ingresan en residencias no deja de aumentar de una manera muy significativa. Por lo que el acogimiento familiar de personas mayores, sería una buena opción para aquellas personas que no tienen recursos para autofinanciarse sus necesidades básicas como la hipoteca inversa, la renta vitalicia, el seguro de dependencia o el contrato de alimentos y no desean ingresar en una institución.

Algunas Comunidades Autónomas ya han legislado sobre la materia, siendo la pionera la de Galicia en 1991⁵⁴⁷, otras han seguido su ejemplo como Cataluña, Asturias, Navarra y Madrid, por lo que ya cuentan con este tipo de ayudas para las personas mayores o dependientes. Si bien, serán los ayuntamientos los encargados de promover los programas y buscar las familias acogedoras y garantizar la aptitud de las mismas.

La acogida de menores es una opción para niños y jóvenes, que por diversas razones no pueden vivir con sus familiares, y se les busca un hogar temporal donde puedan convivir con otras personas. Esta figura es la que se ha aplicado en varias Comunidades Autónomas pero teniendo de beneficiarios a personas mayores o dependientes, esta iniciativa es bastante aconsejable cuando algunas de estas personas llegan a un punto que no pueden seguir

⁵⁴⁵ http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/mayores-quieren-vivir-residencias/csrrsrrpor/20100429csrrsrsoc_4/Tes consultado el 29/04/2013.

⁵⁴⁶ Servicio de información sobre discapacidad, en concreto de 270.286 personas que residían en geriátricos en el año 2001 ha pasado a 96.338 en 2011, <http://sid.usal.es/noticias/discapacidad/46337/1-1/los-mayores-que-viven-en-residencias-se-triplicaron-en-la-ultima-decada.aspx> consultado el 08/05/2013.

⁵⁴⁷ Con el Decreto 361/1991, de 17 de octubre, modificado por el Decreto 184/2000 de 29 de

viviendo solas o su hogar no reúne los requisitos necesarios para que puedan seguir viviendo en él.

Las distintas leyes casi todas tienen varios puntos en común, así por ejemplo los beneficiarios deberán tener más de 65 años y que no superen unos ingresos determinados, y que no dispongan de bienes inmuebles, ya que sino podría utilizarlo como recurso para obtener cuidados o una renta para cubrir sus necesidades, como por ejemplo en la hipoteca inversa, renta vitalicia o contrato de alimentos. Tampoco podrá ser beneficiario aquellas personas que tengan alteraciones graves de conducta, ya que mas que un hogar familiar y con cuidados personalizados le hará falta una institución especializada. Por último aquellas personas que padezcan una enfermedad infecto-contagiosa o alguna otra que requieras una atención permanente y continua en un centro hospitalario no podrá acceder al programa. Para asegurarse de que el beneficiario cumple con todos estos requisitos será necesario que aporte junto con la solicitud un informe médico sobre su estado de salud, la declaración de la renta y un documento que acredite los ingresos de capital mobiliario e inmobiliario.

También se establece que las familias acogedoras no deben de tener ningún tipo de parentesco, o que al menos no supere el tercer grado. Lo que se pretende es regularizar la convivencia entre personas sin parentesco que comparten vivienda habitual y no constituyen una familia.

El acogimiento puede ser bien temporal o permanente, aunque como norma general no debe de ser inferior a tres años. La duración del acogimiento la determinará no sólo la persona mayor sino también los servicios sociales encargados de la supervisión de la acogida, siempre que los informes sean favorables.

El programa se podrá extinguir por varias razones, bien por común acuerdo de las dos partes o por voluntad de una de ellas, o si se incumplen las obligaciones que le corresponden al acogedor, o por defunción de alguna de las partes.

Aunque según un estudio del INE, el porcentaje de personas mayores de 65 años que está por debajo del umbral de la pobreza⁵⁴⁸ ha disminuido en 2012, de un 21'7% en 2010 a un 16'9%⁵⁴⁹, es un porcentaje bastante elevado de personas mayores que no tienen recursos económicos y que no están recibiendo los cuidados que les haría falta, por lo que la figura del acogimiento de personas mayores se presenta como una buena opción no sólo para aquellos que ya se encuentran dentro de la pobreza, sino aquellos que se acercan.

La normativa aplicable a estas situaciones de acogimiento familiar varía de unas comunidades a otras. Así por ejemplo la Comunidad de Madrid describe la acogida de personas mayores como “la integración de las mismas en régimen de acogimiento familiar, sufragando los gastos de acogida y asistencia en un hogar, con el fin de evitar o retrasar la institucionalización y procurarles una vida normalizada a través de formas alternativas de convivencia”. La normativa aplicable consiste en la Orden 1446/2012⁵⁵⁰ de 5 de noviembre, reguladora de las bases para la concesión de ayudas económicas para el acogimiento familiar de personas mayores.

⁵⁴⁸ Según el INE, el umbral de pobreza depende de la distribución de los ingresos por unidad de consumo de las personas. Se fija este umbral en el 60% de la mediana de los ingresos por unidad de consumo de las personas. La mediana es el valor que, ordenando a todos los individuos de menor a mayor ingreso, deja una mitad de los mismos por debajo de dicho valor y a la otra mitad por encima. Disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np740.pdf> p.12, consultado el 30/04/2013.

⁵⁴⁹ Encuesta de Condiciones de Vida del INE, disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np740.pdf> p.2, consultado el 30/04/2013.

⁵⁵⁰ BOCM nº 274 de 16 de noviembre. Corrección de errores de la Orden 1496/2012 de 5 de

6.2 CONCEPTO

La Ley Foral 34/2002 de la Comunidad de Navarra de acogimiento familiar de las personas mayores⁵⁵¹, alude al concepto de acogimiento desde una triple perspectiva:

- Como modalidad de convivencia
- Como pacto
- Como servicio social.

En primer lugar, la citada Ley describe lo que considera el modelo de convivencia que se pueda calificar como acogimiento familiar diciendo que “consiste en proporcionar a las personas mayores, os cuidados familiares, ordinarios y personalizados, mejorando su calidad de vida y capacitándoles para llevar una vida independiente en el seno de su entorno habitual”.

La Exposición de Motivos aclara que el propósito del legislador legal era “establecer una regulación de las situaciones de convivencia entre personas, que , sin constituir una familia, comparten una misma vivienda habitual, unidas por vínculos de parentesco lejano en la vía colateral, o de simple amistad o compañerismo, y fundada en la voluntad de ayuda al más débil y en la permanencia. Se regula la convivencia en condiciones similares a las relaciones que se producen entre ascendientes y descendientes”.

Este concepto de acogimiento impone la convivencia de acogedores y acogidos en una misma vivienda, que puede ser la de cualquiera de ambos,

noviembre BOCM nº 277 de 20 de noviembre.

⁵⁵¹ BON nº 150 de 13 de diciembre de 2002.

siempre que reúna las debidas condiciones, con el objeto de que los primeros cuiden de los segundos, les alimenten, presten asistencia, procuren su bienestar general y atiendan a situaciones de enfermedad. La Ley Foral aclara que acogedores y acogidos deben prestarse ayuda mutua y participar en el trabajo doméstico en la forma pactada que se corresponderá con las posibilidades reales de cada una de las partes⁵⁵².

En segundo lugar la Ley Navarra contempla el acogimiento de mayores desde la perspectiva de un pacto, descrito como aquel que “consiste en la vinculación de una persona mayor de 65 años a una persona o a una familia, que la aceptan en condiciones similares a las relaciones de parentesco⁵⁵³”.

Puede configurarse el acogimiento como aquel negocio jurídico en atención al cual acogedores y acogidos quedan vinculados por una relación pseudofamiliar en virtud de la cual los primeros se obligan a prestar a los segundos la asistencia, cuidados familiares ordinarios y alimentos por ellos requeridos, procurando su bienestar general, siendo su finalidad básica la integración del sujeto protegido en la familia acogedora, mediando una contraprestación⁵⁵⁴

Aunque la ley navarra nada dice al respecto del carácter oneroso o no de este pacto, en su artículo 2.3 establece que “se fijará un precio para esta prestación dentro del marco de los establecidos en los centros y servicios para personas mayores y concederán ayudas a quienes no puedan pagar la totalidad”.

⁵⁵² ARCOS VIEIRA, *El acogimiento familiar de mayores. análisis de la ley foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra*. www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx p. 6 consultado a 20 de mayo de 2013.

⁵⁵³ Artículo 4.1.

⁵⁵⁴ HERAS HERNÁNDEZ, “El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)”, *Revista de Derecho Privado*, núm 7-8, Julio 2004. pp. 445-446.

Y por último lugar, el acogimiento también se considera un servicio social, como podemos ver en el artículo 5, según el cual el acogimiento regulado por la Ley “se constituye como un servicio social de responsabilidad pública para garantizar a los usuarios y usuarias una adecuada atención personalizada en ámbito familiar y la permanencia en su entorno comunitario”⁵⁵⁵.

6.3 CARACTERES

- a) Es un negocio jurídico conformado por la concurrencia de las distintas declaraciones de voluntad de las partes. Pero este negocio jurídico no sólo se compone de las declaraciones de voluntad de acogedores y de acogidos, sino que requiere para su válida conformación de la incoación y tramitación de un expediente administrativo, en el que resulta imprescindible la declaración administrativa de idoneidad referida tanto a los acogedores como a los acogidos⁵⁵⁶.
- b) Tiene naturaleza contractual, ya que se trata de un negocio jurídico bilateral que dado su carácter retribuido produce un amplio espectro de obligaciones.
- c) Es un contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento que ha de ser prestado expresamente⁵⁵⁷. Sin embargo requiere una forma *ad solemnitatem* y así debe constituirse en escritura pública, que se inscribirá en el registro correspondiente.
- d) Es un contrato de ejecución duradera o continuada. Así el artículo 3.4 de la Ley 22/2000 de Cataluña, señala que con carácter general el contrato de acogida no puede celebrarse por un plazo inferior a tres

⁵⁵⁵ ARCOS VIEIRA, *El acogimiento familiar de mayores. análisis de la ley foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra*, op. cit., p.8.

⁵⁵⁶ HERAS HERNÁNDEZ, “El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)”, op. cit., p. 5.

⁵⁵⁷ *Ibidem*.

años.

- e) Es un contrato retribuido. La onerosidad se considera elemento esencial del contrato de acogida, porque su causa no es “la mera liberalidad del bienhechor”, sino que la causa es una contraprestación económica en dinero⁵⁵⁸.
- f) Tiene una naturaleza *intuitu personae*, de modo que las variaciones en las circunstancias personales de carácter sobrevenido que afecten a la relación jurídica contractual tendrán trascendentales consecuencias, y así legalmente se prevé la revisión contractual por la muerte bien por uno de los acogedores, bien por la de uno de los acogidos⁵⁵⁹.
- g) Es un contrato atípico ya que el Código Civil no regula expresamente este contrato, refiriéndose únicamente al acogimiento de menores en situación de desprotección en sus artículo 173 y 173 bis. Pero en cambio si aparece regulada esta figura en la legislación de diversas Comunidades Autónomas, ya anteriormente citadas.

6.4 OBJETO

La Ley 11/2003 de 27 de marzo de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, señala como sector de atención preferente a las personas mayores. El artículo 23 de la mencionada Ley establece como una de las líneas fundamentales de actuación de los servicios Sociales: “facilitar el mantenimiento de la persona mayor en su medio, a través de medidas que posibiliten su permanencia en el hogar propio o familiar” y con ese objetivo se regulan las ayudas económicas a particulares para el fomento del acogimiento familiar de personas mayores.

⁵⁵⁸

Ibidem.

La finalidad de la ayuda es favorecer la integración de la persona mayor en su medio habitual en régimen de acogimiento familiar, sufragando los gastos de acogida y asistencia en un hogar, con el fin de evitar o retrasar la institucionalización y procurarles una vida normalizada mediante formas alternativas de convivencia.

Por su parte el artículo 3 de la Ley Gallega de Acogimiento Familiar dice que “la finalidad del programa es el mantenimiento del anciano o del minusválido en su medio social habitual, facilitando así la integración y evitando el internamiento en instituciones cuando éste no sea adecuado o deseado”.

Y la Ley 11/2001 de 13 de junio de Acogida familiar para personas mayores de Cataluña, dice que esta “Ley tiene por objeto regular la acogida familiar de las personas mayores como servicios social, con la finalidad de conseguir un mayor grado de bienestar para las personas mayores que necesitan dicho servicio, manteniéndolas en un ambiente familiar y social, y evitándoles el internamiento en instituciones geriátricas cuando éste no sea la solución adecuada ni la que ellas desean, e impidiendo que queden desarraigadas del núcleo de convivencia y solas”.

6. 5 ELEMENTOS PERSONALES

Podemos distinguir en la relación del acogimiento familiar de las personas mayores, tres clases de elementos personales:

- Las personas acogedoras.
- Las personas acogidas.
- La institución pública que subvenciona el acogimiento.

Las persona acogedoras

El artículo 7.1 de la Ley Foral Navarra establece una serie de requisitos que deban reunir las personas que van a acoger a una persona mayor y convivir con ella. Estos requisitos son los siguientes:

- Que tenga una edad comprendida entre los 25 y los 65 años.
- Tener plena capacidad de obrar.
- Gozar de buena salud. Y no padecer limitaciones que le impidan atender las tareas domésticas normales, de forma que pueda atender debidamente a la persona acogida.
- Disponer de tiempo, aptitudes y predisposición para proporcionar las atenciones imprescindibles en el acogimiento.
- No haber dado lugar con anterioridad a la rescisión de un contrato de acogimiento, por incumplimiento de su obligaciones.
- Ser titular en régimen de propiedad o alquiler de una vivienda ubicada en la Comunidad Foral de Navarra.
- Las personas acogedoras deben suscribir un pacto de acogimiento que está sujeto a la correspondiente autorización administrativa.

La Ley no impone que exista una diferencia de edad entre acogedores y acogidos, aunque sí limita el grado de parentesco entre ambos.

Por su parte la Ley Gallega, limita la edad de las personas acogedoras a los 60 años.

Y la Ley Asturiana⁵⁶⁰ establece como requisito de la familia acogedora, el

⁵⁶⁰ DECRETO 38/1999 de 8 de julio, por el que se regula el programa de acogimiento familiar para personas mayores del Principado de Asturias. BOPA, de 2 de agosto de 1999.

que tengan constituida su residencia habitual en Asturias, entendiéndose la permanencia por más de 183 días durante el año natural. Y que cada familia acogedora no podrá acoger a más de dos mayores, salvo circunstancias debidamente acreditadas.

Las personas acogidas o beneficiarios

La Ley de la Comunidad de Madrid establece una serie de requisitos para la personas que quieran solicitar esta ayuda y que son los siguientes:

- Ser español y extranjero con residencia legal en España.
 - Tener cumplidos los 65 años, en el momento de solicitar la ayuda.
 - Proponer una familia de acogida, según lo establecido en el programa de acogimiento familiar aprobado por la Consejería.
 - Acreditar la residencia en la Comunidad de Madrid, durante los dos últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud. Dicha acreditación se realizará exclusivamente mediante certificado de empadronamiento.
 - Tener unos ingresos personales brutos en cómputo mensual, que no superen en dos veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), fijado en el año anterior a la correspondiente convocatoria. Para computar los ingresos personales brutos se tomará en cuenta la última declaración del impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas, presentada antes de la fecha de publicación de la correspondiente convocatoria de las ayudas. Los contribuyentes que no estén obligados a presentar declaración por este impuesto deberán aportar certificación de los datos fiscales que consten en la Agencia Tributaria.
 - Carecer de bienes muebles e inmuebles, que les permita acceder a otros recursos. Se entiende que no se puede acceder a otros recursos si los
-

bienes inmuebles están declarados en ruina y no son susceptibles de reforma.

Así mismo la valoración patrimonial de todos los bienes, tanto muebles como inmuebles, no pueden superar los 50.000 Euros.

- Precisar de esta ayuda por la concurrencia del solicitante de circunstancias económicas, personales y sociales debidamente acreditadas en el informe social.
- No padecer enfermedad infectocontagiosa en fase activa, ni cualquier otra que requiera atención permanente y continuada.
- No presentar alteraciones de conducta graves que hagan imposible su atención en el domicilio.
- No ser pariente por consanguinidad ni afinidad hasta el segundo grado inclusive de la persona responsable del acogimiento.
- No haber dado lugar con anterioridad a la rescisión de un contrato de acogida por incumplimiento de sus obligaciones o a la pérdida de la condición de beneficiario por causas que le sean imputables.

La Ley de la Comunidad de Madrid es la más completa en cuanto los requisitos que deben de tener los beneficiarios de la ayuda.

La Ley Gallega en cambio, que es muy parca en la exigencia de requisitos para ser beneficiario de esta ley, se necesitará únicamente ser español, residir en la Comunidad de Galicia, no tener parentesco hasta el tercer grado por consanguinidad y ser mayor de 65 años, contempla el supuesto de que el acogido sea un minusválido en cuyo casos los requisitos son: ser mayor de edad y poseer un grado de minusvalía igual o superior al 65%, siempre que esté oficialmente reconocido según la normativa vigente en la materia.

La Ley Navarra considera que las personas acogidas no necesitan tener la

capacidad de obrar plena⁵⁶¹. Su carencia podrá ser suplida o complementada por el representante legal o el curador, según el caso previa autorización judicial, con audiencia del interesado, si este tiene suficiente discernimiento⁵⁶².

El motivo de excluir como personas acogedoras a los hijos, nietos o hermanos del acogido, se debe al hecho de que estos parientes están legalmente obligados a la prestación de alimentos, como dicen los artículo 142 y siguientes del Código Civil.

La Ley Asturiana de ayudas individuales de acogimiento familiar de personas mayores, añade como requisito para las personas acogidas que sus ingresos anuales no excedan de 8.850 Euros, y además que estén al corriente de sus obligaciones fiscales y con la Seguridad Social. En cambio, según el artículo 7 de la Ley de la Comunidad de Madrid, los beneficiarios de la ayuda están exonerados de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, e incluso de no tener deudas con la Comunidad de Madrid.

La institución pública que subvenciona el acogimiento

En la Comunidad de Madrid se establece que el órgano instructor del procedimiento de concesión de la subvención será la Dirección General del Mayor, que actuará a través de la unidad administrativa correspondiente⁵⁶³.

Y el órgano competente para la concesión de la ayuda será el titular de la Consejería de Asuntos Sociales⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Artículo 7.1

⁵⁶² ARCOS VIEIRA, *El acogimiento familiar de mayores. análisis de la ley foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra*, op. cit., p.11.

⁵⁶³ Artículo 10.1

⁵⁶⁴ Artículo 11.1

En Cataluña corresponde a la administración de la Generalidad la planificación y ordenación de la acogida de personas mayores, y corresponden a la Administración local del municipio de residencia de las personas acogedoras la programación, la prestación y la gestión de dicho servicio y el proceso para acceder al mismo⁵⁶⁵.

En Galicia la concesión o denegación de la ayudas, previa propuesta de la comisión de valoración será resulta por el delegado provincial respectivo, notificándolo a los solicitante y al ayuntamiento de residencia del acogedor y del acogido⁵⁶⁶.

Por su parte la Ley Navarra en su artículo 6.1 dispone que “corresponde a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, a través del departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud, el desarrollo y aplicación de la presente Ley Foral, así como las funciones de planificación del servicio, control de la gestión, registro, inspección, fijación de los precios e intervención protectora para garantizar las condiciones de bienestar de las personas mayores acogidas”.

En Asturias la solicitud se resuelve por la Consejería de Bienestar Social y Vivienda.

6.6 ELEMENTOS REALES

Los elementos reales que podemos contemplar son por una lado la vivienda donde se efectúa la convivencia entre los acogedores y el acogido, y por otro lado las subvención o precio con que ayuda la institución pública a resarcimiento de los

⁵⁶⁵ Artículo 2.

gastos originados por la propia acogida de la persona mayor.

La vivienda es un requisito indispensable para que pueda tener lugar este pacto de acogimiento familiar de personas mayores. La mayoría de las legislaciones autonómicas dan por supuesto el hecho de la existencia de una vivienda en que se acoge a la persona mayor, y no regulan específicamente este supuesto.

Es la Ley Navarra la que exige como un requisito de las personas acogedoras el que sean titulares en régimen de propiedad o alquileres de una vivienda ubicada en la Comunidad Foral de Navarra⁵⁶⁷. No se especifica si la vivienda en cuestión debe ser la misma en que se desarrolle el acogimiento. Parece ser que no es preciso que se trate de la misma vivienda, puesto que el acogimiento puede desarrollarse en la vivienda del acogido y aún así no se dispensa del requisito comentado⁵⁶⁸.

En cuanto a los requisitos que debe reunir la vivienda la Ley de Galicia, establece los siguientes:

- Situada en zona urbana o rural de fácil acceso.
- Dotada de suficientes condiciones higiénicas y de salubridad, agua corriente, luz eléctrica y cuarto de baño.
- Carente de barreras arquitectónicas y obstáculos que puedan dificultar el acceso o la desenvolvura del beneficiario en el caso de minusválidos.

Y la Ley Asturiana recoge estos requisitos y añade además el que la vivienda debe de disponer de espacio suficiente que garantice la privacidad de la

⁵⁶⁶ Artículo 10.2

⁵⁶⁷ Artículo 7.4

⁵⁶⁸ ARCOS VIEIRA, *El acogimiento familiar de mayores. análisis de la ley foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra*, op. cit., p.9.

persona acogida.

La ayuda o subvención

La Comunidad de Madrid, establece una cuantía a conceder en cada caso que será igual a la diferencia entre el importe máximo mensual y el 70% de los ingresos brutos del beneficiario. Este importe incluirá todos los gastos necesarios para la manutención, vestido, aseo, alojamiento y acompañamiento del beneficiario de acuerdo con sus circunstancias y necesidades personales⁵⁶⁹.

Dicha Comunidad establece unas incompatibilidades para recibir las ayudas, de modo que tal ayuda individual será incompatible con:

- Servicio de ayuda a domicilio intensivo.
- Servicio de centro de día intensivo.
- Prestación económica vinculada al servicio.
- Atención residencial⁵⁷⁰.

En Galicia, el importe máximo a subvencionar del servicio del acogida familiar y la cuantía mensual de la ayuda, que se fijará en función de los ingresos de beneficiario, se establecerá anualmente en la orden de convocatoria en que se fijarán también los plazos y condiciones para el pago⁵⁷¹.

El importe de la ayuda se reducirá en un 70% cuando el acogido se ausente por cualquier causa, con voluntad de volver del domicilio de acogedor siempre que ésta se superior a siete días y no exceda de dos meses, durante todo el tiempo que dure la ausencia⁵⁷².

⁵⁶⁹ Artículo 3.2.

⁵⁷⁰ Artículo 4.2.

⁵⁷¹ Artículo 11.1.

⁵⁷² Artículo 12.1.

Los beneficiarios quedan obligados a comunicar a la Delegación Provincial de la Consellería de Trabajo y Servicios Sociales cualquier variación sobre su situación económica que sea motivo del reajuste o extinción de la ayuda, y en su caso a reintegrar los importes indebidamente percibidos. A tal efecto el interesado deberá enviar a través de su ayuntamiento de residencia el parte de incidencia cuando se produzcan variaciones de las circunstancias⁵⁷³.

La legislación asturiana es más precisa y fija el importe máximo de la cuantía, en función de los ingresos de la persona solicitante, diciendo que no podrá superar los 670 Euros al mes en los acogimiento de duración indefinida o bien 31 Euros al día en los temporales. Para determinar la cuantía de la ayuda se deducirá de la cuantía máxima del coste real del acogimiento, el 75% de los ingresos mensuales del beneficiarios excluidas en su caso las pagas extraordinarias⁵⁷⁴.

La Ley Navarra dice en el artículo 2.3 que “se fijará un precio para esta prestación dentro del marco de los establecidos en los centros y servicios para personas mayores y se concederán ayudas a quienes no puedan pagar la totalidad”.

6.7 EFECTOS DEL CONTRATO

Podemos distinguir: obligaciones referidas a ambos titulares; obligaciones que corren a cargo de los acogedores y obligaciones de los acogidos.

⁵⁷³ Artículo 14.

⁵⁷⁴ Disponible

en <https://sede.asturias.es/portal/site/Asturias/menuitem.46a76b28f520ecaaf18e90dbbb30a0a0/?vgnextoid=38f65a8a9ad4f010VgnVCM100000b0030a0aRCRD> Consultado el 23 de mayo de 2013.

6.7.1 Obligaciones exigibles a ambas partes

- a) La convivencia mutua en una misma vivienda.
- b) Obligación de prestarse ayuda mutua y colaboración.
- c) Obligación de contribuir al levantamiento de cargas, derivadas de la convivencia.
- d) Obligación de comunicar la extinción del acogimiento a los registros competentes.

6.7.2 Obligaciones a cargo de los acogedores

- a) Obligación de prestación de cuidados y asistencia general, particularmente en situaciones de enfermedad.
- b) Obligación de prestar alimentos, aunque de mutuo acuerdo se podría prescindir de esta función alimenticia.
- c) Obligación de procurar el bienestar general y beneficio de las personas acogidas.
- d) Promover la constitución de la tutela o de la curatela, según los casos, ante la incapacidad sobrevenida del acogido.

6.7.3 Obligaciones de los acogidos

El pago de la retribución. La Ley Navarra declara que “se fijará un precio para esta prestación dentro del marco de los establecidos en los centros y servicios para personas mayores, y se concederán ayudas a quienes no puedan pagar la totalidad”. Esta norma establece un criterio orientativo útil en la fijación de la retribución, con lo que se evitan situaciones de abuso, estableciéndose ayudas y

subvenciones a favor de los interesados⁵⁷⁵.

6.8 EXTINCIÓN DEL ACOGIMIENTO

El artículo 10.1 de la Ley Foral de Navarra, va relacionando todas las posibles causas de extinción del acogimiento y así tenemos:

- a) Causas pactadas: “se permite la inclusión en el pacto de acogimiento de causas de extinción que determinarían la extinción automática del acogimiento. Esto ocurriría con la fijación de un plazo o el establecimiento de una condición resolutoria⁵⁷⁶.”
- b) Común acuerdo.
- c) Voluntad unilateral. Se puede configurar como una resolución por incumplimiento, en tal caso se lleva a cabo mediante una notificación resolutoria con efectos inmediatos y dirigida a la otra parte, en la que se indicará las causas que motiva la resolución. Si esta se debiera a la conducta del acogedor, quedará excluido de futuros acogimientos. Cuando la decisión de finalizar la convivencia no se justifica por un incumplimiento previo deberá notificarse a la otra parte de manera fehaciente con al menos tres meses de antelación; aunque cabe pensar que mantener la convivencia durante ese periodo puede resultar notablemente complicado para ambas partes. En caso de resolución por desistimiento unilateral el enriquecimiento injusto que pudiera haberse producido podrá ser oportunamente reclamado.
- d) Muerte de cualquier de las partes: Si existe una pluralidad de acogidos, la muerte de uno de ellos debería permitir revisar los términos del pacto, en especial la retribución.

⁵⁷⁵ HERAS HERNÁNDEZ, “El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)” op. cit., p.

⁵⁷⁶ Como sería en el supuesto de que se pactase que si vuelven los hijos al lugar de residencia de la persona mayor, éste cesaría en el acogimiento y se trasladaría a vivir con ellos.

La Ley gallega en su artículo 16, dice que el derecho a la percepción de la ayuda se extinguirá por cualquiera de las causas siguientes:

- Obstrucción de la labor inspectora de los servicios del ayuntamiento o de la Consellería de Trabajo y Servicios Sociales, así como no facilitar los datos requeridos.
- Rescisión del contrato de acogida.
- Incumplimiento de alguna de las condiciones pactadas en dicho contrato.
- Pérdida por la parte acogedora de alguno de los requisitos exigidos en el artículo 4.
- Incumplimiento por el beneficiario de las obligaciones de comunicar las variaciones de su pensión.
- A instancia del ayuntamiento cuando existan causas suficientes.

La legislación de Cataluña de 2001, únicamente se refiere a la extinción para manifestar que la administración competente en materia de Servicios Sociales es responsable del seguimiento de una nueva acogida para la persona acogida afectada por la extinción de la anterior⁵⁷⁷. Y también dice a continuación que las personas o entidades Públicas o privadas que como consecuencia de la extinción de una acogida hayan dado alimentos a la persona acogida, pueden subrogarse en las acciones de la misma contra el acogedor, por el importe de los alimentos dados⁵⁷⁸.

En cambio la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores de Cataluña regula los efectos jurídicos *mortis causa* de la extinción del acogimiento, y así en su artículo 7.1, declara que: “en caso de defunción de la persona acogida o de la última de ellas si son dos, si están eran propietarias de

⁵⁷⁷ Artículo 3.6

⁵⁷⁸ Artículo 3.7

las vivienda, la persona o personas acogedoras tiene derecho a vivir en ella y a utilizar el menaje de casa durante un año”. En esta norma se consagra el derecho a ocupar la vivienda común durante el año siguiente al fallecimiento del acogido, siempre que los acogidos fueran dueños de la vivienda. El fundamento a esta atribución de derecho reside en la propia convivencia y relación de afectividad⁵⁷⁹.

El apartado segundo del art.7 de la Ley 22/2000, dispone que: “si las personas acogidas o acogedoras eran titulares del arrendamiento de la vivienda, se estará a lo dispuesto por la legislación vigente en materia de arrendamientos urbanos”. La ley de Arrendamientos Urbanos de 2013, al igual que la de 1994, no contempla la subrogación arrendaticia a favor de los acogedores, puesto que el acogimiento no se encuentra regulado a nivel estatal.

El último apartado del citado artículo 7 dispone que: “en caso de extinción de la acogida por defunción de las personas acogedoras, si éstas son propietarias de la vivienda, las personas acogidas tienen derecho a ocuparla durante un año y a utilizar el menaje de la casa”. Se les reconoce el mismo derecho que los acogedores y por los mismos fundamentos.

Además el artículo 8.1 de esta misma ley 22/2000, bajo la rúbrica de “efectos en caso de sucesión intestada” declara que: “en la sucesión intestada de las personas acogidas, si la convivencia ha sido por un período mínimo de cuatro años, las personas acogedoras tienen el derecho, en concurrencia con descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción, y conjuntamente si son dos, a ejercer una acción personal y a exigir, a los herederos de aquéllos, bienes hereditarios o su equivalencia en dinero a elección de los que sean herederos, que representen una

⁵⁷⁹ HERAS HERNÁNDEZ, “El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)” op. cit., p. 33

cuarta parte del valor de la herencia”.

Esta atribución patrimonial puede encontrar diversos fundamentos: uno puede ser la voluntad presunta del acogido, en virtud de la cual se presume que es su deseo dejar hasta una cuarta parte de sus bienes a favor de los acogedores que le han cuidado.

Otra justificación es propiciar, impulsar y motivar a las familiar para suscribir pactos de acogida, pues tendrían este aliciente económico añadido a la retribución que ya habían percibido⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ HERAS HERNÁNDEZ, “El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)” op. cit., p. 36.

CONCLUSIONES

1. Las necesidades de atención y cuidado a los ancianos debido al progresivo envejecimiento de la población, constituyen un grave problema actual, debido a la mayor esperanza de vida, se incrementa en gran manera el número de ancianos y de personas dependientes. Ya que a mayor envejecimiento aumenta la incidencia en la discapacidad.
2. La cuantía de las pensiones de que gozan estas personas mayores y/o dependientes, es en general reducida y no cubre algunas de las necesidades que pueden tener tanto en la actualidad como en el futuro. La situación económica que atraviesan en esa época de su vida las personas mayores o dependientes, ocasiona que sufran progresivamente mayores estrecheces y apuros. Por una parte, disminuyen sus ingresos, puesto que todo lo que obtenía a consecuencia de su trabajo se ha visto sustituido por una pensión, que sólo supone una parte de lo que ingresaban cuando estaban activo. Y por otra parte, los gastos aumentan sobre todo a largo plazo, con la aparición de enfermedades y minusvalías, que provoca que tengan que incrementarse los cuidados.
3. Hasta épocas recientes eran los familiares, de las personas ancianas o dependientes, particularmente mujeres, quienes se ocupaban de atenderlos y cubrir su necesidades. Pero la incorporación de la mujer al mercado laboral en los últimos tiempos y la reducción de los elementos familiares, ha ocasionado que queden más desprotegidas estas personas, ya que existen menos parientes con la capacidad, aptitud y tiempo suficiente para cuidarlos. Esta situación se ha traducido en una creciente preocupación de

los poderes públicos, quienes para resolver este problema han realizado una serie de cambios en la normativa. Todas las personas dependientes precisan de diversos medios materiales, de cuidados y de unas terceras personas que les ayuden, lo que implica unos costes tanto mayores cuanto mayor sea el grado de dependencia, y que afectan al individuo y a su entorno familiar.

4. El derecho de la atención de las personas que se encuentran en una situación de dependencia, nace como un derecho que es inseparable de la dignidad de las personas, la comunidad internacional había tomado ya conciencia de este problema, que había sido recogido en la Convención de Naciones Unidas con una serie de disposiciones que buscan garantizar la autonomía personal, la igualdad de trato y de oportunidades para estas personas.

En nuestro país, hasta épocas relativamente recientes, el derecho privado no contemplaba esta problemática, centrándose únicamente en la incapacitación o limitaciones de la capacidad de obrar. Pero actualmente, desde hace una década, la tendencia es promover la autonomía, dignidad y la autotutela de estas personas. Cuya mayor preocupación es la autofinanciación de sus necesidades. Para ayudar a resolver este problema han surgido una serie de figuras jurídicas de nueva creación como la hipoteca inversa, seguro de dependencia, contrato de alimentos y acogimiento familiar de personas mayores o dependientes.

La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, configura un nuevo derecho para los ciudadanos, que va dirigido a las personas mayores o con discapacidad que no pueden valerse por si mismas, y el Estado ha reconocido los derechos sociales en el área de los cuidados de larga duración, lo que ha venido a configurar el “cuarto pilar del Estado de Bienestar”. Porque el

Estado toma conciencia del problema y trata de paliarlo. El derecho de la atención de las personas que se encuentran en una situación de dependencia nace como un derecho que es inseparable de la dignidad de las personas y pretende asegurar su autonomía personal.

5. El nivel de gasto que supone la manutención, asistencia, cuidados médicos y farmacéuticos, etc., a estas personas va incrementándose a unos niveles tan elevados que el Estado no puede hacerse cargo de ellos. Para disminuir el gasto público del Estado para cubrir estas necesidades, el Derecho brinda diversas soluciones, tanto desde el punto de vista del derecho privado, como del público.
6. Una de las vías para solucionar el estas necesidades desde el punto de vista del derecho privado es la de obtener liquidez a partir del propio patrimonio de las persona mayor o dependiente. España es uno de los países donde la población posee mayor número de viviendas en propiedad. En los supuestos normales, al tratarse de personas mayores, la hipoteca que gravaba su vivienda ya está totalmente pagada, por lo que su propiedad está libre de cargas y apta para financiar las necesidades de su dueño. Aunque carezcan de liquidez suficiente estas personas, en cambio su propiedad está saneada y tiene un valor apreciable que puede ayudar a completar sus rentas con unos ingresos que les permitan vivir satisfactoriamente con todas sus necesidades convenientemente cubiertas y garantizada su autonomía personal.
7. Partiendo de este supuesto, surgen o se reavivan diversas figuras de ámbito patrimonial que permiten obtener financiación con cargo a su vivienda, a través de la hipoteca inversa, la renta vitalicia y el contrato de alimentos. Estas figuras serán elegidas por cada persona en concreto según la forma en que se adapten mejor a sus particulares circunstancias.

8. La hipoteca inversa es un tipo especial de crédito hipotecario que puede ser contratado por personas de más de 65 años y discapacitados que tengan una minusvalía igual o superior al 33%, que siendo propietarios de la vivienda en la que residen, quieren convertir el valor de la misma en un dinero disponible con carácter periódico, y de ese modo financiar parcialmente sus gastos de vida, cuidados personales, así como el mantenimiento de su vivienda habitual u otras necesidades que les puedan surgir, como asistenciales, etc.

La hipoteca inversa es un producto financiero que permite a las personas de la tercera edad y/o dependientes, continuar viviendo en sus casa y mantener o mejorar su estándar de vida, sin necesidad de tener que enajenar su vivienda ni obtener un préstamo normal que deba ser devuelto.

Esta figura tiene sus antecedentes en el derecho anglosajón, en el que ya está plenamente desarrollada y posee una amplia aceptación. Incluso en Estados Unidos existen unas agencias estatales de asesoramiento a las que es obligatorio consultar con carácter previo a la firma del contrato, para que los contratantes conozcan exactamente las características y riesgos de lo que se proponen contratar. Ello implica una garantía y una seguridad mayor para el hipotecante, que tendrá perfecto conocimiento de todos los derechos y obligaciones que produce este contrato. Esta necesidad de asesoramiento sería muy aconsejable que se introdujera en nuestro ordenamiento jurídico a fin de que los usuarios sean conscientes de todas las repercusiones y efectos que puede causar la hipoteca inversa tanto durante su vida como fundamentalmente tras su muerte.

Por virtud de esta figura, la Entidad Financiera se obliga a poner de forma periódica, que normalmente será mensual, unas sumas establecidas a disposición del acreditado. En ningún caso estas sumas superaran el valor de la vivienda. Por ello las Entidades Financieras no suelen dar más de un

80% de lo que vale la misma.

Al hipotecante le interesa que estas disposiciones periódicas tengan carácter vitalicio, para así asegurar su percepción durante toda su vida. Como es posible que tenga una larga duración la vida del acreditado podría ocurrir que el valor de la aportaciones hechas por la Entidad superara la valoración del inmueble. Por ello, puede ser conveniente o aconsejable que se contrate también un seguro de renta, que junto al crédito garantice que el prestatario va a seguir percibiendo con carácter vitalicio esas cantidades, una vez finalizada la totalidad de la disponibilidad del crédito, así como atender el pago de los intereses sobre la totalidad del saldo dispuesto. Algunas Entidades obligan a la contratación de este tipo de seguro.

Serán los herederos del acreditado los que deban devolver el capital dispuesto y sus intereses. Los herederos pueden cancelar la totalidad de la deuda y se quedarían con la propiedad del inmueble libre de cargas. O bien pueden vender la vivienda en el tiempo establecido y con el importe pagar la deuda contraída con la Entidad Financiera. Y finalmente, si los herederos no quieren recuperar la vivienda, ésta pasaría a ser propiedad del acreedor, sin ocasionar ningún gasto para los herederos.

La contratación de la hipoteca inversa, tiene las siguientes ventajas para las personas mayores o dependientes: tendrán fondos suficientes como complemento de la pensión que perciban, para cubrir sus necesidades ordinarias e incluso pagar gastos extraordinarios imprevistos como médicos o farmacéuticos, lo que redundará en una mayor calidad de vida de estas personas. También cuenta con los beneficios fiscales establecidos en la Ley 41/2007. Además el deudor continúa residiendo en su vivienda habitual y no pierde la titularidad de la misma. Al revés de lo que sucede en los contratos de renta vitalicia o contrato de alimentos, donde se transmite la propiedad de un bien inmueble.

En cuanto a sus inconvenientes, podemos citar la limitación que establece la Ley de que únicamente puede ser objeto de hipoteca inversa, la vivienda habitual del acreditado y no cualquier otro inmueble que posea. Además es una figura de difícil implantación en nuestra sociedad, ya que la gran mayoría de las personas desean dejarle a sus hijos o herederos un patrimonio.

Se ha criticado mucho por la doctrina las deficiencias en la regulación de la hipoteca inversa, pues al ser una figura de nueva implantación existen una serie de lagunas y puntos oscuros en esta legislación. Así por ejemplo no queda suficientemente aclarado si el hipotecante puede alquilar la vivienda, también hubiera sido deseable que se revisara periódicamente la tasación de la misma y se actualizara la cantidad máxima disponible, circunstancia que favorecería al hipotecante en el supuesto de revalorización del inmueble.

El Estado pretende que los contratantes de hipoteca inversa conozcan con exactitud el contenido y condiciones de la misma, y para ello publicó la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011 para garantizar la transparencia bancaria estableciendo las informaciones y asesoramientos que las Entidades de Crédito deban prestar a los clientes que quieren contratar una hipoteca inversa. Pero estas exigencias no llegan al nivel de las que se han establecido en Estados Unidos, en los que se han creado unas agencias imparciales de asesoramiento de carácter estatal, a las que es obligatorio consultar antes de contratar una hipoteca inversa.

9. El aumento del número de personas mayores o dependientes, ha hecho resurgir el contrato de renta vitalicia, Por el cual una persona trasmite a otra un capital en bienes muebles o inmuebles y el que los recibe se obliga a pagar al primero una pensión durante toda su vida. Es un contrato claramente aleatorio, debido al elemento de incertidumbre en cuanto a la

duración de la vida que vaya a tener el pensionista.

La esperanza de ganancia o pérdida de cada una de las partes depende de un acontecimiento futuro o incierto, que afectará a todos los contratantes de manera que la ganancia de unos estribará en la pérdida de los otros.

La falta de aleatoriedad en el contrato de renta vitalicia, lo priva de causa. Así puede suceder cuando se estipule una renta de carácter irrisorio, y que sea inferior a la que produzca el bien que se le ha transmitido. El resultado pretendido sería realizar una donación encubierta. En tal supuesto el contrato tendría un carácter gratuito y no oneroso, de modo que la falta de aleatoriedad ocasiona la falta de onerosidad.

Aunque la aleatoriedad está presente en la hipoteca inversa ya que no se sabe el momento exacto del fallecimiento del deudor, está muy atenuada debido a los mecanismos financieros propios de este producto, que incluye una serie de medidas para alcanzar un cierto equilibrio entre las prestaciones de las partes. Por el contrario, en el supuesto de la renta vitalicia, el contrato es claramente aleatorio, de modo que, si una parte resulta favorecida ello redundará en perjuicio de la otra, como también ocurre en el seguro de dependencia y en el contrato de alimentos.

10. Otro instrumento para las personas mayores o dependientes, es el seguro de dependencia que consiste en que el asegurado paga una serie de primas para que en el supuesto de que caiga en una situación de dependencia, el asegurador le pague la prestación convenida, con la que aquel pueda hacer frente a todos los gastos y perjuicios que se deriven de su situación. También se podrá constituir a través de un plan de pensiones.

El riesgo que se cubre en el seguro de dependencia, es el supuesto de perder la autonomía y depender de un tercero, que le ayude a realizar una

serie de actividades. La ventaja de contratar esta figura es la seguridad de que va a percibir unos ingresos periódicos que le permitiría satisfacer sus necesidades de forma privada, ya que en la mayoría de los casos, la financiación pública no es suficiente.

En la esfera estatal debería incentivarse la contratación de este seguro, incluyendo unos sustanciosos beneficios fiscales, que operaran tanto en el pago de las primas como en la recepción de la prestación por el asegurado. Un aumento en el número de contrataciones de este seguro implicaría un alivio en las cargas estatales que tratan de cubrir las necesidades de estas personas.

En estos seguros existe la modalidad temporal y la vitalicia, en la primera el asegurado sólo percibe la prestación durante el tiempo pactado en la póliza. En la modalidad vitalicia el asegurador debe pagar mientras dure la vida de la persona asegurada. Esto implica, un mayor riesgo para el asegurador puesto que se desconoce durante cuanto tiempo la compañía va a tener que satisfacer dicha prestación. Para solucionar este problema algunas compañías establecen un número máximo de años de cobertura del seguro. Esta limitación puede resultar un grave inconveniente para el asegurado, tanto si su vida se prolonga más de lo previsto, como si sufre una minusvalía que le afecte durante toda su vida, por lo que necesitaría cuidados y atenciones con carácter permanente.

11. El contrato de alimentos o vitalicio, regulado en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, tiene ciertas similitudes con el contrato de renta vitalicia, puesto que aquí también existe la transmisión de un capital en bienes muebles e inmuebles. Pero se diferencia en que la contraprestación no consiste en el pago de una pensión como en el supuesto de la renta vitalicia sino en proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo, incluida la médica, farmacéutica, etc., a una persona durante toda su

vida.

El contrato de alimentos es muy adecuado para aquellas personas que desean una asistencia personal y unos cuidados afectivos integrados en el seno de una familia. En los supuestos normales, las personas que escogen esta figura buscan el cariño, la compañía y trato familiar que no se da en el supuesto de la renta vitalicia, ni en el de hipoteca inversa, donde únicamente se perciben una sumas periódicas de dinero.

No existe una determinación en la cuantía de la obligación del deudor, pues, a diferencia del supuesto del deudor de la renta vitalicia, que siempre conoce a lo que está obligado, en el caso del vitalicio depende de las necesidades del alimentista que pueden variar según las circunstancias.

Existe también el inconveniente de que al transmitir el capital en bienes muebles o inmuebles, ven reducido drásticamente la posibilidad de dejar herencia, puesto que esos bienes salen ya de su patrimonio.

Otro punto conflictivo podría ser el ocasionado por la propia e íntima convivencia, que puede causar discordias y enfrentamientos entre las partes. Que puede llegar al punto de que sea causa de la extinción del contrato, volviendo el bien al alimentista.

12. Otra figura de reciente creación es el acogimiento de personas mayores a diferencia de las figuras hasta ahora estudiadas, es un contrato privado, atípico, que carece de regulación específica en todo el territorio nacional.

Estas personas mayores carecen normalmente de vivienda, o únicamente poseen alguna de muy bajo valor y habitualmente en malas condiciones. Por ello, y ya que el estado tiene el deber de proporcionarle una vivienda digna, se ha creado el acogimiento de mayores, ya que ellos no podrían tener acceso ni a la hipoteca inversa, ni a la renta vitalicia, ni al contrato de

alimentos, al carecer de bienes suficientes para crear estos convenios.

Esta figura ha empezado a ser regulada en algunas Comunidades Autónomas. Las distintas Administraciones Públicas, a través de sus consejerías de Asuntos Sociales ordenan esta materia fijando los requisitos que deben de reunir las personas que vayan a beneficiarse de estos programas, tanto acogedores como acogidos. Y también deben de inspeccionar de manera periódica para asegurarse de que las personas mayores acogidas reciban la conveniente asistencia. Dichas instituciones abonan parte de los gastos que ocasiona la entrada de una persona mayor en un hogar, así como su manutención y asistencia.

Algunas de estas normativas autonómicas, como por ejemplo la catalana, regulan incluso los derechos sucesorios que pueden darse entre acogedores y acogidos, así como los derechos de subrogación en el arrendamiento de la vivienda.

Podemos destacar como beneficio que obtienen las partes de esta figura, el que la persona mayor se encuentra cuidada y atendida y con sus necesidades cubiertas, y los acogedores perciben una remuneración a cambio de esos servicios.

Al igual que el contrato de alimentos, tiene como punto débil, el que los problemas derivados de la convivencia cotidiana ocasionen tensiones y situaciones difíciles que pueden dar lugar a la extinción de esta relación jurídica.

13. Cada una de las cinco figuras jurídicas estudiadas poseen sus propias ventajas o inconvenientes, de modo que se adaptarán a las necesidades y circunstancias que en su caso tenga cada persona mayor o dependiente, quien deberá escogerla según sus propias posibilidades, necesidades y

preferencias.

En todas ellas se puede configurar como beneficiario a una o más personas, según se pacte en las estipulaciones del contrato, subsistiendo este hasta la muerte del último de dichos beneficiarios.

14. La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia de 2006, ha supuesto un trascendental avance en la solución de los problemas causados por la necesidad de atender a las mayores y/o dependientes. Pero todavía queda mucho camino por recorrer para lograr la igualdad real de oportunidades y autonomía personal de esas personas, por lo que es necesario una serie de medidas, que otorguen ventajas fiscales y creen beneficios patrimoniales a todas las figuras jurídicas que tratan de ayudar a resolver el problema de la dependencia.

CONCLUSIONI

1. L'attenzione e la cura esigenze degli anziani a causa del progressivo invecchiamento della popolazione, sono un problema grave oggi, a causa di un aumento della speranza di vita, aumenta notevolmente il numero di persone anziane e non autosufficienti. Poiché l'invecchiamento elevato aumenta l'incidenza di disabilità.
2. L'importo delle pensioni goduto da questi anziani e / o persone a carico, è generalmente bassa e non copre alcuni dei bisogni che possono avere sia ora che in futuro. La situazione economica di quel tempo della tua vita o di anziani non autosufficienti, provoca progressivamente maggiori disagi sofferenze e difficoltà. Da un lato, ridurre il reddito, dal momento che tutto quello che ho come risultato del suo lavoro è stato sostituito da un consiglio che è solo una parte di ciò che sono entrati quando erano attivi. D'altra parte, le spese aumentano soprattutto nel lungo termine, con l'insorgenza di malattie e disabilità, che li induce ad avere essere aumentata cura.
3. Fino a tempi recenti erano la famiglia, le persone anziane o non autosufficienti, in particolare le donne, che erano impegnati a servire e soddisfare le loro esigenze. Ma l'inserimento delle donne nel mercato del lavoro in questi ultimi tempi e la riduzione degli elementi familiari ha fatto sì che queste persone rimangono più vulnerabili, perché ci sono meno legate alla capacità, attitudine e il tempo per prendersi cura di loro. Questa situazione ha portato a una crescente preoccupazione delle autorità pubbliche, che per risolvere questo problema sono stati una serie di cambiamenti nei regolamenti. Tutti i materiali a carico richiedono diverse modalità di cura e di terzi per aiutarli, che comporta un aumento dei costi,

maggiore è il grado di dipendenza, che colpiscono l'individuo e la sua famiglia.

4. Il diritto di una attenzione giusta per le persone che sono in una situazione di dipendenza, nato come un diritto che è inseparabile dalla dignità del popolo, la comunità internazionale si era già a conoscenza di questo problema, che era stata inclusa nella Convenzione Nazioni Unite, con una serie di disposizioni che mirano a garantire l'autonomia personale, la parità di trattamento e di opportunità per queste persone.

Nel nostro paese, fino a tempi relativamente recenti, il diritto privato ha non prevede questo problema, concentrandosi esclusivamente sulla disabilità o limitazioni della capacità di agire. Ma ora, una decina di anni, la tendenza è quella di promuovere l'autonomia, la dignità e la governance di queste persone. La cui preoccupazione principale è l'autofinanziamento loro esigenze. Per aiutare a risolvere questo problema sono stati una serie di concetti giuridici di nuova costituzione, come inverso agenzia assicurazione mutuo, cibo contratto e l'affidamento ad anziani o dipendente.

La legge per la Promozione Dell'autonomia Personale e la cura per i Dipendenti Persone, ha stabilito un nuovo diritto per i cittadini, che si rivolge a persone anziane e disabili che non possono badare a se stessi, e lo Stato ha riconosciuto la diritti sociali in materia di assistenza a lungo termine, che è venuto a portare il "quarto pilastro dello stato sociale". Perché lo Stato è a conoscenza del problema e cercare di alleviarlo. La cura giusta per le persone che sono in una situazione di dipendenza cresce come un diritto che è inseparabile dalla dignità e mira a garantire l'autonomia personale.

5. Il livello di spesa coinvolti nella manutenzione, supporto, assistenza e prodotti farmaceutici mediche, ecc., Queste persone salirà a livelli così alti che lo Stato non può prendersi cura di loro. Per ridurre la spesa statale per

rispondere a queste esigenze, la legge prevede diverse soluzioni, sia dal punto di vista del diritto privato e del pubblico.

6. Un modo per risolvere queste esigenze dal punto di vista del diritto privato è quello di ottenere liquidità dalle proprie attività di persone anziane o dipendenti. La Spagna è un paese dove la popolazione ha più una casa di proprietà. In casi normali, essendo anziano, l'ipoteca sulla vostra casa ed è interamente versato, in modo che la vostra proprietà è gratuito e adatto a finanziare le esigenze del suo proprietario. Anche se la mancanza di liquidità sufficienti queste persone, tuttavia la vostra proprietà è sana e ha un valore significativo che può aiutare a completare il vostro reddito, con un reddito per vivere in modo soddisfacente tutte le vostre esigenze comodamente coperte e garantita la loro autonomia personale.
7. Sulla base di questo presupposto, si presentano o sono riproposto alcune figure di attività di campo che permettono di ottenere i finanziamenti dalla loro casa attraverso un mutuo inverso, la rendita vitalizia e il cibo contratto. Questi dati saranno scelti da ogni singola persona in base a come essi sono più adatti alle loro particolari circostanze.
8. Il mutuo inverso è un particolare tipo di mutuo che può essere assunto da persone over 65 e disabili che hanno una invalidità pari o superiore al 33%, che ancora possiede la casa in cui vivono, che vogliono convertire il valore di gli stessi soldi a disposizione su base regolare, e quindi finanziare in parte le loro spese di soggiorno, la cura personale e la manutenzione della vostra residenza o di altre esigenze che possono sorgere, assistenza, ecc.

Un mutuo inversa è un prodotto finanziario che permette alle persone di anziani e / o familiari a carico, continuare a vivere nella loro casa e mantenere o migliorare il loro tenore di vita senza dover vendere la vostra casa o avere un bisogno normale prestito essere restituito.

Questa figura ha le sue radici nel diritto comune, che è già completamente sviluppato e ha ampia accettazione. Anche negli Stati Uniti ci sono alcuni consigli per le agenzie statali che devono essere consultati prima di firmare il contratto, garantire che gli appaltatori conoscono esattamente le caratteristiche e i rischi del contratto proposto. Ciò implica una garanzia e una maggiore sicurezza per il creditore ipotecario, di essere pienamente consapevole di tutti i diritti e gli obblighi che tale contratto. Questo bisogno di consigli sarebbe molto opportuno introdurre nel nostro legale in modo che gli utenti siano a conoscenza di tutte le implicazioni e gli effetti che possono causare il mutuo inverso, sia durante la sua vita e dopo la sua morte, in fondo.

In virtù di questa figura, l'istituto finanziario accetta di mettere su una base regolare, di norma mensile, alcuni valori specificati a disposizione del mutuatario. In ogni caso tali somme superano il valore della casa. Quindi, le istituzioni finanziarie di solito non danno più del 80% di quanto ne vale la pena.

L'interesse del creditore ipotecario che tali disposizioni sono regolari per tutta la vita, in modo da garantire la loro percezione per tutta la vita. Come si può avere una lunga vita del mutuatario può essere che il valore dei contributi da parte della Banca ha superato la valutazione della proprietà. Pertanto, può essere opportuno o consigliabile assumere anche l'assicurazione del reddito, del credito insieme assicurarsi che il mutuatario continuerà a ricevere tali importi per la vita, una volta che tutti la disponibilità di credito, così come affrontare la pagamento degli interessi sull'intero importo prelevato. Alcuni istituti richiedono l'assunzione di questo tipo di assicurazione.

Saranno eredi del debitore per essere disposti a rimborsare il capitale e gli interessi. Gli eredi possono cancellare tutto il debito e che avrebbero

ottenuto la proprietà del bene gratuitamente. Oppure si può vendere la casa in tempo e pagare l'importo del debito dovuto all'ente finanziario. E, infine, se gli eredi non vogliono riconquistare abitazioni, sarebbe diventato di proprietà del creditore, senza causare alcun onere finanziario per gli eredi.

L'assunzione di mutuo inverso, presenta i seguenti vantaggi per anziani o dipendenti: fondi sufficienti integrare la pensione che ricevono, per soddisfare le vostre esigenze e anche pagare ordinarie spese straordinarie impreviste come medici o farmacisti, che si tradurrà in un una maggiore qualità di vita per queste persone. Ha anche vantaggi fiscali di cui la legge 41/2007. Inoltre, il debitore continua a risiedere nella sua residenza e non perdere la proprietà di esso. Contrariamente a quanto accade in contratti di rendita o cibo contratto, che trasmette la proprietà di un immobile.

Per quanto riguarda gli svantaggi, si può citare la limitazione stabilito che la legge può essere solo mutuo inverso, la residenza del debitore e di ogni altro bene che si possiede. E 'anche una figura di difficile attuazione nella nostra società, dal momento che la stragrande maggioranza delle persone vuole lasciare ai vostri figli o eredi di un immobile.

E 'stato fortemente criticato dai carenze dottrina nella regolazione del mutuo inverso, per essere una figura di nuova realizzazione ci sono una serie di lacune e oscurità in questa legislazione. Ad esempio, non è sufficientemente chiaro se il mutuatario può affittare l'alloggio, inoltre sono stati auspicabile rivedere periodicamente i prezzi di esso e aggiornare l'importo massimo disponibile, un fatto che favorirebbe il creditore ipotecario nel caso di rivalutazione immobiliare.

Lo Stato sostiene che l'amministrazione mutuo inverso conosce con precisione il contenuto e le condizioni dello stesso, e per questo Decreto Ministeriale emesso 28 Ottobre 2011 al fine di garantire la trasparenza

attraverso la definizione di informazioni bancarie e consigli che gli istituti di credito devono fornire per i clienti che vogliono un mutuo inverso. Ma questi requisiti non raggiungono il livello di coloro che sono stati istituiti negli Stati Uniti, che sono stati istituiti organismi di consulenza imparziali allo stato, che deve essere consultato prima di un mutuo inverso.

9. Il numero crescente di persone anziane o dipendenti, ha fatto rivivere il contratto di rendita, con la quale una persona comunica ad un'altra capitale in beni mobili o immobili e colui che la riceve si impegna a pagare la prima pensione per tutta la loro vita. Casuale è chiaramente un contratto, a causa dell'elemento di incertezza circa la durata della vita avrà il pensionato.

La speranza di guadagno o perdita di ciascuna delle parti dipende da un evento futuro e incerto, che interesserà tutti i contraenti in modo che il guadagno di un estribará nella perdita dell'altro.

La mancanza di casualità nel contratto di rendita vitalizia, la priva di causa. Questo può accadere quando si stipula un reddito irrisorio, che è meno di quello che produce il bene che è stato trasmesso. Il risultato auspicato sarebbe quello di fare una donazione in incognito. In tal caso il contratto avrebbe un libero e non costoso, quindi la mancanza di casualità causata dalla mancanza di onerosa.

Anche se la casualità è presente nel mutuo inverso e non si conosce il momento esatto della morte del debitore, è fortemente attenuato per le proprie disposizioni finanziarie di questo prodotto, che comprende una serie di misure volte a raggiungere un equilibrio tra i benefici della parti. Per contro, nel caso della rendita vitalizia, il contratto è chiaramente casuale, in modo che, se una parte è favorita è in detrimento dell'altro, come avviene anche nella cura assicurazione e cibo nel contratto.

10. Un altro strumento per l'assicurazione di assistenza agli anziani o dipendenti è che l'assicurato paga un premio per quella serie, in caso cade in uno stato di dipendenza, l'assicuratore paga il servizio concordato, con la quale in grado di soddisfare tutte le spese e danni derivanti dall'uso della vostra situazione. Può anche avvenire attraverso un piano pensionistico.

Il rischio coperto nel regime di sicurezza è l'assunzione di perdere autonomia e contare su una terza parte che consentono di eseguire una serie di attività. Il vantaggio di assumere questa figura è la certezza che si riceverà un reddito regolare che potesse soddisfare le loro esigenze in privato, dal momento che nella maggior parte dei casi, i finanziamenti pubblici non è sufficiente.

A livello statale dovrebbe essere incentivato questa assicurazione, tra cui una benefici fiscali consistenti, che operano sia i pagamenti dei premi e la ricezione della consegna da parte dell'assicurato. Un aumento del numero di contratti di assicurazione questo implicherebbe una carica statale sollievo cercando di soddisfare le esigenze di queste persone.

In questo modo vi è una assicurazione temporanea e rendita, in un primo momento l'assicurato riceve il beneficio solo per il tempo indicato nella politica. Nella rendita realizzazione l'assicuratore deve pagare per tutta la durata della vita della persona assicurata. Ciò comporta un aumento del rischio per l'assicuratore in quanto non si sa per quanto tempo l'azienda dovrà rispettare questa disposizione. Per risolvere questo problema alcune aziende impostare un numero massimo di anni di copertura assicurativa. Questa limitazione può essere un grande disagio per l'assicurato, se la tua vita è più lunga del previsto, e se si dispone di una disabilità che ti tocca per tutta la vita, quindi è necessario cura e attenzione in modo permanente.

11. Il contratto di alimenti, regolata dalla Legge 41/2003, del 18 novembre, ha alcune somiglianze con il contratto di rendita, dal momento che qui c'è anche la trasmissione di capitali e beni immobili. Ma si differenzia in quanto il corrispettivo non consiste nel pagamento di una pensione, come nel caso della rendita, ma di fornire alloggio, il sostegno e l'assistenza di tutti i tipi, tra cui medici, farmaceutici, ecc., Per una persona per tutta la sua vita.

Il contratto di cibo è molto adatto per chi vuole l'assistenza personale e affettivo assistenza integrata all'interno di una famiglia. In casi normali, le persone che scelgono questa figura cercano l'amore, la compagnia e l'atmosfera familiare che non si verifica nel corso della rendita, o il mutuo inverso, dove solo percepiscono un regolare somme di denaro.

Vi è una determinazione della quantità di obbligo del debitore, perché, a differenza di assunzione da parte del debitore della rendita, si sa sempre ciò che è necessario, nel caso della vita dipende dalle esigenze del creditore, che variano circostanze.

C'è anche lo svantaggio che trasmettendo capitale in proprietà reale o personale, vedere drasticamente ridotta la possibilità di lasciare eredità, dal momento che tali merci lasciano a causa della loro eredità.

Un altro punto critico potrebbe essere causato dalla propria convivenza intima, che può causare conflitti e scontri tra le parti. È possibile raggiungere il punto in cui si è a causa della risoluzione del contratto, la restituzione del bene al creditore.

12. Un'altra figura di recente creazione è il posizionamento degli anziani a differenza delle cifre finora studiati, è un contratto privato, atipico manca una regolamentazione specifica in tutto il paese.

Queste abitazioni anziani di solito mancano o hanno solo un valore molto

basso e di solito in cattive condizioni. Pertanto, e poiché lo Stato ha il dovere di fornire un alloggio adeguato, è stato creato per i più anziani affido perché non potevano avere accesso a entrambi mutuo inverso, o di una rendita, o il contratto di cibo, mancanza di attività sufficienti a creare queste convenzioni.

Questa cifra ha iniziato a essere regolamentato in alcune Comunità Autonome. Le amministrazioni vari, attraverso i suoi ministeri degli Affari sociali ha ordinato la materia che definisce i requisiti che devono soddisfare le persone che potranno beneficiare di questi programmi, sia accogliente e benvenuto. E inoltre dovrebbero essere controllati periodicamente per assicurare che gli anziani a ricevere adeguata assistenza accolta. Queste istituzioni pagare parte delle spese relative alla voce di una persona anziana in una famiglia, così come il loro sostegno e assistenza.

Alcuni di questi regolamenti regionali, come il catalano, che regola anche i diritti di eredità che possono esistere tra i diritti amichevoli e accolta e surrogazione in alloggi in locazione.

Ci distinguiamo come benefici spettanti a parti di questa figura, la persona anziana è curato e trattato e soddisfare i propri bisogni, e l'accogliente ricevere compensi in cambio di servizi.

Come il contratto di alimenti, ha un punto debole, che i problemi della vita quotidiana provocano tensioni e situazioni difficili che possono comportare la risoluzione del rapporto giuridico.

13. Ciascuna delle cinque figure giuridiche studiate hanno i loro vantaggi e svantaggi, in modo che sarà su misura per le esigenze e le circostanze del suo caso avere ogni anziano o dipendente che deve scegliere lo stesso ai propri punti di forza, esigenze e preferenze.

Tutti possono essere configurati come un beneficiario di una o più persone, come concordato nei termini del contratto, sussistente ad est fino alla morte dell'ultimo di tali beneficiari.

14. La Legge per la Promozione Dell'autonomia Personale e la Cura per i Dipendenti Persone dal 2006 è stata una svolta epocale nel risolvere i problemi causati dalla necessità di provvedere agli anziani e / o familiari a carico. Ma c'è ancora una lunga strada da percorrere per raggiungere una reale parità di opportunità e di autonomia personale di queste persone, quindi è necessario una serie di misure, che concede benefici fiscali e creare benefici economici a tutte le procedure legali per cercare di contribuire a risolvere il problema della dipendenza.

BIBLIOGRAFÍA

AGICH, *Dependence and Autonomy in Old Age. An Ethical Framework for Long-Term Care*. Cambridge University Press, 2003.

ALBIEZ DORHMAN, “El régimen de administración del patrimonio de destino del discapacitado”, en AA.VV., Dir. GARCÍA GARCINICA, *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad*, , Aranzadi, Pamplona, 2011.

ALBARRÁN LOZANO, *La actividad aseguradora: importancia, revisión e integración de conceptos fundamentales*, Documentos de Trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Biblioteca de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. UCM.

ALONSO, *Política y Seguridad Social en la Argentina de los '90*. FLACSO. Miño y Dávila Editores, Madrid, 2000.

ALONSO-OLEA, GARCÍA, LUCAS DURÁN y MARTÍN DÉGANO, “Discapacidad y concepto de persona con discapacidad”, en *La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Cizur Menor, Navarra, 2009.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *La hipoteca inversa, una alternativa en tiempos de crisis*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

ANGELONI, *Auntonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Ed. Cedam, Padova, 1997.

ANGUITA RÍOS, “La hipoteca inversa y la transformación de los activos inmobiliarios en rentas”, *El Consultor Inmobiliario*, nº 83, 2007.

ARCOS VIEIRA, *El acogimiento familiar de mayores. análisis de la ley foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra*.
www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx

ARNAU MOYA, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos, Ed. Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, 2008/2009.

AZURZA Y OSCOZ, P.J., “Renta Vitalicia resoluble (estudio de su posibilidad)”, *RDP*, tomo XXXIII, diciembre, 1940.

BADENAS CARPIO, *La Renta Vitalicia Onerosa*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

BARBERO, *Sistema de Derecho Privado*, tomo I, traducción española de Santís Melendo, Buenos Aires, 1967.

BELLO JANEIRO, “El contrato de vitalicio en la jurisprudencia y en la Ley de Derecho Civil de Galicia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 717, Año 86, 2010.

BELLO JANEIRO: “As persoas maiores na Constitución”, *Revista galega de administración pública*, núm. 35, 2003.

BELLO JANEIRO: “Autotutela e incapacidad voluntaria”, en AA.VV. *Protección Jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. PÉREZ DE VARGAS MAUÑOZ, ISBN 84-9725-766-9, 2007.

BELLO JANEIRO: “El vitalicio”, *Galicia: Derecho*, coord. RODRÍGUEZ IGLESIAS, Vol. 53, 2006.

BELTRÁN DE HEREDIA, *Artículos 142 a 153*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Tomo III.2, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982,

BENÍTEZ BERMEJO, POVEDA PUENTE, BOLLAÍN PASTOR, PORCAR SEDER, SÁNCHEZ LACUESTA, PRAT PASTOR, CELDRÁN, *El sistema estatal de atención sociosanitaria en el ámbito de la dependencia. El caso español y otros modelos de referencia*, Instituto de Biomecánica de Valencia, Universidad de Valencia y CUIDA Asociación para el cuidado de la calidad de vida, Valencia, 2009. P. 12. Disponible en: <http://www.ceafa.es/files/pdfs/4a24d0ff10.pdf>

BENJAMIN, *Para una crítica de la violencia*, en: *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, Taurus, Madrid, 1991.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La protección patrimonial de la personas con discapacidad”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm, 16/2003. Pamplona, 2003.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, VEIGA COPO, *Contrato de seguro, seguro de personas. Seguro de dependencia*. Tirant on line.

BIBEAU, *La répartition de la richesse dans le monde*, mayo 2011. El informe *Global Wealth Databook 2011* puede descargarse desde <http://www.statista.com/study/7564/global-wealth-databook-2011/>

BLAUM y KEIFMAN, *Contingencia y fetichismo. Variaciones en torno a Marx, Keynes y Polanyi*. Ponencia presentada durante las I Jornadas de Estudios Sociales de la Economía, coorganizadas por el CESE del IDAES y el NUCeC del Museu Nacional de la UFRJ, julio de 2006. P. 5. Disponible en: <http://www.idaes.edu.ar/papelesdetrabajo/paginas/Documentos/KEIFMANYBLAUM.pdf>

BLAY BERRUETA, *Sistemas de cofinanciación de la dependencia: seguro privado frente a hipoteca inversa*, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación MAPFRE, Madrid, 2007.

BONET CORREA, “La revalorización de las rentas vitalicias”, *Revista de Derecho Notarial*, 1960.

CALVO GONZÁLEZ- VALLINAS, *Las cláusulas de la hipoteca*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2006.

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, “La hipoteca inversa y el aseguramiento de intereses o de por qué tiene que ser revocada la doctrina de la DGNR sobre el anatocismo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm 741. 2007.

CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, Derecho de familia, Vol. 1, 9ª Ed., Reus, Madrid, 1985.

CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, Derecho de

familia, Vol. 1, 9ª Ed., Reus, Madrid, 1985.

CASTÁN TOBEÑAS, *Derechos Reales y Derechos de las Obligaciones -Doctrina General-* Sexta Edición. Reus Instituto Editorial, T. II. Madrid, 1943.

CORDERO LOBATO, “La hipoteca inversa”, en AA.VV. Dir. GARCÍA GARNICA, *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

CHILLÓN PEÑALVER, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Edersa, Madrid, 2000.

CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, Rivista de Diritto Civile, 1910.

CIURO CALDANI, en *Derecho de la ancianidad*, en “Investigación y Docencia”, n. 20, Rosario (Argentina), FIJ, 1992.

Code of Federal Regulations, 24. C.F.R., 1999. Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2008-title24-vol2/pdf/CFR-2008-title24-vol2-sec206-33.pdf>

COSTA-FONT, GIL-TRASFÍ, MASCARILLA-MIRÓ, *Capacidad de la Vivienda en Propiedad como Instrumento de Financiación de las Personas Mayores en España*, CAEPS, Universitat de Barcelona, Mayo 2007. Disponible en: http://www.amma.es/pdf/estudio_vivienda_edadyvida.pdf

CUBILLES SÁNCHEZ-POBRE, “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Quincena Fiscal Aranzadi* núm. 5/2005, Pamplona 2005.

DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, Ed. Inst. Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.

DE LA LUZ JUÁREZ y SÁNCHEZ DAZA, “Seguridad social en España y los fondos de pensiones”, en *Análisis Económico* Núm. 41, vol. XIX Segundo cuatrimestre de 2004, pp. 199-223. Disponible en: <http://www.analisiseconomico.com.mx/pdf/4109.pdf>

DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, CEDAM, Padova, Italia, 1943.

DÍAZ GÓMEZ, *El origen histórico del contrato de juego*, Derecho y conocimiento, vol. 2, Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva, España, 1998.

DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1970.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, “Pactos en materia de alimentos”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 24, n.2, 1971.

ECHEVARRIA DE RADA, *El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres*, Boletín de información del Ministerio de Justicia 2019-20, 2006. BIB 2006/1948.

EDELSTEIN, *Attorney's Guide to Home Equity Conversion* 35, Septiembre 1992.

Encuesta de Condiciones de Vida 2011. INE. Disponible en: http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925432454&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m3=1259924822888

ENNECERUS, KEHMANN, *Derecho de obligaciones*, en Tratado de derecho civil, de ENNECERUS, KIPP Y WOLFF, T. II, Vol. II, Barcelona, Bosch, 1935.

ERRÁZURIZ EGUIGUREN, *Manual de Derecho Romano, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Colección Manuales Jurídicos, Santiago de Chile, 2ª edición revisada 2008.

FERNÁNDEZ STEINKO, El capitalismo de la renta y su futuro tras el crack, “XVIII Semana Social Ricardo Alberdi”, San Sebastián, Junio 2010-07-28 (De próxima publicación en forma de folleto del Secretariado Social de San Sebastián) Disponible en: <http://www.sinpermiso.info/articulos/ficheros/steinko.pdf>

FISHER, *Los daños civiles y su reparación*, traducción española de Roces, Madrid, 1928.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, en AA.VV., *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, Móstoles (Madrid), 2006.

GARCÍA ESCÁRZAGA GONZALEZ, *Las condiciones generales en el préstamo hipotecario : su control por Notarios y Registradores de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España , Madrid ,2007.

GARCÍA GARNICA, *Discapacidad y Dependencia (II): Configuración y contenido de su situación jurídica*, en AA.VV. *Tratado de Derecho de la Persona*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

GARCÍA GARNICA, “La hipoteca inversa: un instrumento financiero para contribuir

al sostenimiento económico de las personas dependientes”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2011, BIB 2011/929.

GARCÍA GARNICA, “La protección patrimonial y la promoción de las personas dependientes: un nuevo reto para el derecho privado, trabajo realizado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía”, en *Análisis interdisciplinar de los instrumentos de protección y promoción de las personas dependientes*, reproducido por eScholarship Repository, University of California, en: <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/060309-05>

GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, Cap. IV, “De la renta vitalicia”, 1974.

GARCÍA-VAQUERO, *Los instrumentos de ahorro-previsión en España: desarrollos recientes*. Banco de España, Dirección General del Servicio de Estudios, *Boletín Económico*, marzo 2010, p. 82. Disponible en: <http://www.bde.es/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/10/M>

GARRIGUES, “Contrato de seguro terrestre”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.511, Noviembre-Diciembre 1975.

GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Madrid 1936-40.

GETE-ALONSO Y CALERA, *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad*, Capítulo 2, Aranzadi, Pamplona, 2011.

GIL HERNÁNDEZ, *Tratado de medicina del trabajo*, Masson S.A., Barcelona, España, 2005.

GÓMEZ LAPLAZA, “Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2004.

GÓMEZ MONTORO, “La Titularidad de Derechos Fundamentales por la Persona Jurídica: Un Intento de Fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 65, Mayo-Agosto, 2002.

GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, *El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario*. Cfr., entre otros, GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las cláusulas abusivas y el Registro de la Propiedad*, en LLAMAS POMBO, (coord.): *Estudios de derecho de obligaciones . Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo I, La Ley, Madrid, 2006.

GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2006.

GUERRERO CASAS y HERRANZ PEINADO, *El seguro de dependencia. Problemática social y soluciones*”, disponible en <http://www.asepelt.org/ficheros/File/Anales/2004%20%20Leon/comunicaciones/Guerrero%20y%20Peinado.pdf>

GUILLÉN GARCÍA, *El Contrato de renta sobre vivienda*, disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/guillen-contrato-01.pdf>

HAMMOND, *Reverse Mortgage: A financial Planning Device for the Eldery*, The

John Marshall Institucional Repository, 1. Elder L.J. 75, 1993.

HERAS HERNÁNDEZ, “Principales aspectos del nuevo contrato de alimentos como mecanismo de protección de las personas mayores”, www.imsersomayores.csic.es/documentos/heras-aspectos-01.pdf

HERAS HERNÁNDEZ, “El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)”, *Revista de Derecho Privado*, núm 7-8, Julio 2004.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *El seguro privado dentro de la protección social de la dependencia: Perspectivas y Riesgos asociados*, 2001.

HERRANZ GONZÁLEZ, [Hipoteca Inversa y figuras afines](http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf). Madrid, 2006, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, nº 49. Consulta: mayo 2012 <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf>

Home Equity Conversion Mortgage Characteristics, Septiembre 2012 http://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/housing/rmra/oe/rpts/hecm/hecmmenu

HUD's HANDBOOK N. 4905.1, de 1994.

HUD'S HANDBOOK N. 4910.1, de 2003. http://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/housing/rmra/mps/mpshome

JIMÉNEZ CLAR, “La hipoteca inversa como instrumento de protección social”,

Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 113, enero-marzo 2009.

JIMÉNEZ, *El sector de la salud y la atención a la dependencia*. Documento de trabajo 111/2007. Fundación Alternativas. Madrid. 2007.

LABATTAGLIA y VAZZANO, *Derecho de la Ancianidad. "Ancianos, sujetos vulnerables dignos de tutela jurídica"*, X Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Córdoba (Argentina), Noviembre 2009.

LAMBEA RUEDA, "Caracteres del contrato de alimento y estructura del contrato de alimento a favor de tercero". *Revista Arazadi Civil-Mercantil*, núm 19, Pamplona 2006.

LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil V, Derechos reales y Derecho hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Libro Blanco Sobre Atención a las personas en situación de dependencia, <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas-libroblancodependencia-01.pdf> , p. 21, web consultada 23 de junio de 2012.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Y LOMAS SALMONTE, *Historia de Roma*, Ediciones Akal, Madrid, 2004.

LÓPEZ LERMA Y RIOG POZUELO , *El sistema de pensiones en Alemania*. En: *Información Sociolaboral*, Marzo 2009, disponible en <http://www.mtin.es/es/mundo/consejerias/alemania/publicaciones/Public4/1.pdf>

MAINZ, *Curso de Derecho Romano*, traducido por A.J. Pou y Ordinas, Barcelona, Editor Jaime Molina, 1982.

MARTÍN AZCANO, *El Patrimonio protegido de las personas con discapacidad Aspectos civiles*, LA LEY, Madrid 2011.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, *La hipoteca inversa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de dependencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2012. <http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689502.pdf>

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Marcial Pons, Barcelona, 2008.

MAYERSON, *Ensuring the Solvency of Property and Liability Insurance Companies, Insurance Government and Social Policy*, Ed. Huebner Foundation for Insurance Education, New York, 1969.

MÉLICH SALAZAR, *El usufructo y la nuda propiedad*, disponible en <http://www.robertexto.com/archivo12/usufructo.htm>

MERINO HERNÁNDEZ, *Aceptación y Repudiación de la Herencia*, Undécimos Encuentros del Foro Aragonés. Actas. Pág. 8. Disponible en: http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/n000983_Aceptacion%20y%20repudiac

MESA MARRERO, *El contrato de Alimentos. Régimen jurídico y Criterios Jurisprudenciales*, Aranzadi, Pamplona 2006.

MILLÁN SALAS, "El contrato de Vitalicio", *Actualidad Civil*, núm. 23, junio 2001.

MILLER, *Federal clampdown looming on reverse mortgages*, <http://www.reuters.com/article/2012/12/05/us-column-miller-reversemortgage-idUSBRE8B40TP20121205>

Ministerio de Sanidad y Política Social, IMSERSO: "Datos estadísticos estatales y por Comunidades Autónomas"; Informe 2008, Colección Documentos, Serie Documentos estadísticos, Nº 22019, informe completo en: <http://publicaciones.administracion.es>.

MIQUEL SILVESTRE, *Hipoteca inversa; algunas hipótesis de conflicto*, Diario La Ley, 2008-2, ref. D-116.

MOLINA PORCEL, *Derecho de Sucesiones. 8. La Aceptación y repudiación de la herencia*: <http://www.difusionjuridica.es/HTML/inmueble/bibliopremium/www.bdigrupodifusion.es/verdocumentopr.php-n=3000>

MONTERO, *Reforma de Salud de EEUU y Atención Primaria de Salud*. Disponible en: <http://medicinafamiliar.uc.cl/html/articulos/265.html>

MONTET, *La vida cotidiana en Egipto en tiempos de los Ramsés (siglos XII-XII a.c.)*, Edición Librería Hachette, Buenos Aires, Argentina, 1964.

MORENO NAVARRETE, "El convenio regulador: El acuerdo de alimentos amplios respecto de los hijos", en AA.VV., Dir. GARCÍA GARNICA, *Protección del Menor en las rupturas de pareja*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

MUÑIZ ESPADA, *Nuevas orientaciones en la protección de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de*

las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa con esta finalidad, en AA.VV., *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo*, coord. GONZÁLEZ PORRAS y MÉNDEZ GONZÁLEZ, tomo II, Murcia, 2004.

MURO VILLALÓN, *La hipoteca inversa*, Congreso de Registradores de la Propiedad de Granada, Granada, octubre de 2006.

NIETO ALONSO, *Donación Onerosa y Vitalicio, Perspectivas desde el incumplimiento de las cargas*, Ed. Trivium, Madrid, 1998.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, "La declaración de incapacidad", en *La protección jurídica de discapacitados incapaces y personas en situaciones especiales*, Seminario del Consejo General del Notariado, Madrid, 2000.

PADIAL ALBÁS, "La regulación de contrato de alimentos en el Código Civil". *Revista de Derecho Privado*, núm. 9-10, septiembre 2004.

PASQUAU LIAÑO, "El contrato de alimentos: valoración jurisprudencial", en AA.VV., Dir. GARCÍA GARNICA, *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

PÉREZ GURREA, "La renta vitalicia y el contrato de alimentos: su régimen jurídico y consideraciones jurisprudenciales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Mayo-Junio 2011.

PIÑAR LÓPEZ, "La prestación alimenticia en nuestro Derecho civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1955.

Preliminary Evolution of the Home Equity Conversion Mortgage Insurance Demonstration, Report to Congress, U.S. Department of Housing and Urban Development, diciembre 1992. Disponible en <http://www.huduser.org/Publications/pdf/HUD%20-%206094.pdf>

QUESADA PÁEZ, “Hipotecas especiales”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 711, enero-febrero 2009.

QUESADA SÁNCHEZ, “La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 81.

QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de la renta vitalicia*, Secretariado de publicación de la Universidad de Murcia, España, 1979.

RAMOS CHAPARRO, *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

RAPOSO ARCEO, *El Vitalicio*, Anuario da Facultade de Dereito, Universidade da Coruña n° 8, 2004. Disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2322/1/AD-8-37.pdf> p.668

RIVERA SAGANTA, *El seguro de dependencia*, Actuarios (2001), núm. 19.

ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario, hipotecas*, tomo VIII, Bosch, Barcelona, 2009.

RODRÍGUEZ, “La seguridad social en España”, en internet: www.elergonomista.com/ss02.html

ROJAS GARCÍA, “Consideraciones respecto al contrato de Renta Vitalicia”, *Revista Fojas, Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral*, Edición núm. 26 , abril 2010.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, “Algunas consideraciones sobre la declaración del riesgo en el seguro privado de dependencia”, en AA.VV., Dir: GARCÍA GARNICA, *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

SAMANIEGO BONEU, *La Comisión de Reformas Sociales. 1883-1903. Política social y conflicto de intereses en la España de la Restauración*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, Universidad de Salamanca.

SÁNCHEZ DELGADO Y CASTELBLANQUE, *El Seguro de Dependencia (II). Experiencia internacional y reaseguro*, Trébol nº 34, 2005.

SAWYER, *Reverse mortgage:an innovative tool for elder law attorneys*, Stetson Law Review, Vol. XXVI, 1996.

SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, Milán, Italia, 1960.

SCHOLEN, *National Center for Home Equity Conversion*, Marketing Reverse Mortgages 12, 1993.

SEMPERE NAVARRO, “El Estatuto de la Ciudadanía Española en el extranjero”. *Comentarios a la Ley 40/2006 del 14 de diciembre de 2006*, Ed. Aranzandi S.A. 2009.

SEN, *Los tontos racionales: una crítica de los fundamentos conductistas de la*

teoría económica, Filosofía y Teoría Económica, F.C.E., 1986. Disponible en http://odh.pnud.org.do/sites/odh.onu.org.do/files/Los20tontos20racionales_0.pdf

SERRANO GARCÍA, *Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid.

SIMMONS, *The Role of the Aged in Primitive Society*, Yale, University Press, New Haven, Connecticut, USA, 1945.

TEDESCHI, *Gli alimenti*, Trattato di Diritto civile italiano da VASALLI, Utet, Torino, 1958.

TERRÓN, *Rentas Vitalicias: ¿Qué son y cómo funcionan?*, *Consumer.es* 6/7/2006, en: Rankia. Comunidad financiera: <http://www.rankia.com/articulos/210155-rentas-vitalicias-que-son-como-funcionan>

TORAL LARA, "Hipoteca inversa o contrato de renta vitalicia: una alternativa viable", *Actualidad civil*, núm. 16, 2009

TOWNSEND, *The Structured Dependency of the Eldery: A Creation of Social Policy in the Twentieth Century*, en *Ageing and Society*, Volumen 1, Issue 1, Cambridge, enero 1981.

TUSET DEL PINO, *Todo lo que debemos conocer sobre la nueva regulación de las hipotecas inversas*, en: *A fondo* nº 79, United States Government Accountability Office: "Older Americans. Continuing Care Retirement Communities Can Provide Benefits, but Not Without Some Risk". *Highlights*, June 2010.

VALPUESTA GASTAMINZA, *Teoría General del Contrato del seguro (Conforme a*

la Ley Española). Disponible en:
http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Contrato_seguro.pdf

VEIGA COPO, *El Seguro de dependencia*, Comares, Granada, 2008.

VERGÉS, “La información asimétrica en el sector inmobiliario español (II). Crisis y Stocks”. *Observatorio Inmobiliario y de la Construcción*, núm. 48, 2011, páginas 52-59. Disp. en <http://gmunty.com/blog/2011/03/14/verges-la-informacion-asimetrica-en-el-sector-inmobiliario-espanol-ii/>

VICENTE MERINO, POCIELLO GARCÍA, VAREA SOLE, “Cobertura de la dependencia: una comparación internacional”, *Actuarios*, núm. 22, mayo-junio 2004. Disponible en: <http://www.actuarios.org/espa/revista22/dossier.htm>

VINUESA, *La asistencia a la tercera edad, Acontecimiento*, p. 58. Disponible en: <http://www.mounier.es/revista/pdfs/053058061.pdf>

WALKER, *Toward a Political Economy of Old Age*, Ageing and Society, 1, Cambridge University Press, 1980.

ZURITA MARTIN, *Contratos Vitalicios*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.

ZURITA MARTÍN, “La incapacitación del anciano”, *Revista: Protección civil de la ancianidad*, Sumario 2004, Dykinson, Madrid, 2004.

ZURITA MARTÍN, “La nueva normativa de la hipoteca inversa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm 707, mayo-junio 2008.

ANEXO

LAS ENMIENDAS PROPUESTAS A LA LEY 41/2007 EN RELACIÓN A LA HIPOTECA INVERSA

1. INTRODUCCIÓN

Sin poner en duda el hecho de que la hipoteca inversa nace como un producto financiero, que trata de dar respuesta a realidades sociológicas tales como el envejecimiento de la población (con el consecuente aumento de necesidades difícilmente satisfechas con pensiones generalmente insuficientes), apelando al gran número de viviendas en propiedad de las que disfrutaban esa población envejecida, era evidente la necesidad de que ese producto contara con una regulación legal que le diera una seguridad jurídica suficiente para hacer de ella una figura atractiva capaz de desempeñar plenamente el papel social recogido por el legislador en el párrafo primero de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, del 7 de diciembre, cuando se toma nota de que:

“...la vivienda representa alrededor de 2/3 del valor de la riqueza total de los hogares españoles, por lo que la misma se puede acabar convirtiendo en un seguro a la hora de garantizar una existencia digna...”,

y se postula, en el párrafo cuarto del Preámbulo octavo de la citada Ley, el objetivo de mejorar por esa vía las condiciones de existencia, apuntando a:

“La posibilidad de disfrutar en vida del ahorro acumulado

en la vivienda aumentaría enormemente la capacidad para suavizar el perfil de renta y consumo a lo largo del ciclo vital, con el consiguiente efecto positivo sobre el bienestar”.

En la práctica, será la Disposición Adicional primera de la citada Ley la que regule en nuestro país la hipoteca inversa. Sin embargo, para llegar a esta redacción definitiva, fue necesario recorrer un procedimiento legislativo que parte de la iniciativa del grupo catalán CiU, como nos recordó Sánchez I Llibre, miembro de la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados del citado partido político, durante la discusión del Proyecto de Ley, al decir expresamente :

“Existe gran satisfacción en CiU, ya que en esta Ley se regula positivamente la figura de la hipoteca inversa. La figura de la hipoteca inversa es una aportación de CiU, que viene de lejos, concretamente de los meses de septiembre-octubre de 2005, en que existió un pacto solvente e importante entre el vicepresidente señor Solbes, y nuestro portavoz, Durán i Lleida. La iniciativa la planteó nuestro grupo en una proposición de ley en la que se proponía por primera vez en esta Cámara, la posibilidad de que se regulará esta figura financiera. Hoy, después del pacto al que llegamos a finales del 2005, esta aportación de CiU es una realidad dentro de los parámetros consignados en esta Ley. Desde nuestra perspectiva, la regulación de la hipoteca inversa va a permitir a personas que lleguen a una determinada edad hacer líquido el valor de su vivienda mediante este producto financiero, para paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tenemos, que es la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de vida o a través, como va a ser el caso del disfrute del ahorro acumulado en la vivienda habitual. Cabría destacar

*que la figura de la hipoteca inversa también va gozar de unos beneficios fiscales importantísimos, como la exención de los actos jurídicos documentados y transmisiones patrimoniales, cuestión que en su momento planteamos al Gobierno y que, finalmente, se ha recogido satisfactoriamente en el texto de la Ley, por tanto, repito, acuerdo que valoramos positivamente”.*⁵⁸¹

Para realizar un análisis lo más exhaustivo posible de cómo fue la trayectoria seguida durante la tramitación de la Ley, partiremos del Proyecto de Ley 121/00127, por el que se modifica la Ley 2/1981 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, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A (Proyecto de Ley), 9 de marzo de 2007, núm. 127-1.

“Disposición adicional primera, Regulación relativa a la hipoteca inversa.

1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizados mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos :

a) que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran

⁵⁸¹ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 2007, VIII Legislatura, núm. 923, Economía y Hacienda, sesión núm.52, 16 de octubre de 2007, p.7.

dependencia,

b) que el acreedor 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, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios,

d) que la vivienda hipotecaria haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establece en los arts. 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

2. Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de créditos y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicios de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, imponga su normativa sectorial.

3. El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el estableciendo por el Ministro de Economía y Hacienda.

4. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente podrá llevarse a cabo, bien a través de los

mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. Si el asesoramiento se realizara a través del Defensor del Cliente y las entidades no contaran con uno propio, deberán adherirse, bien a uno de los designados por otras entidades o bien, a los designados a través de los criterios recogidos en el art. 29 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma Financiera. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento.

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

6. Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

7. Estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación.

8. *Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificación y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios.*

9. *Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, “Inscripciones”, del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.*

10. *En lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se regirá por lo dispuesto en la legislación que cada caso resulte aplicable (1.1)*

2. LAS ENMIENDAS EN EL CONGRESO DE DIPUTADOS

A los apartados de esta Disposición Adicional se presentaron en el Congreso de los Diputados un buen número de Enmiendas (12). Son exactamente las que siguen:

a) Enmienda número 58.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). Pretendía modificar la disposición adicional primera

proponiendo la siguiente redacción:

“Disposición adicional primera. Regulación relativa a la hipoteca inversa. / 1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a 65 años, personas afectadas por cualquier situación de dependencia o personas con discapacidad./ (...) / 11. Se consideran personas en situación de dependencia aquellas que tienen reconocida dicha condición de conformidad con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia Se considera persona con discapacidad aquella comprendida en el art. 1. 2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, es decir, a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerarán asimismo afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de jubilación o jubilación por incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

La **justificación** es la que sigue:

“Se propone extender su ámbito a todas las situaciones de dependencia (moderada, severa o gran dependencia). En su redacción actual sólo afecta a las dos últimas, lo cual es muy restrictivo. Las razones que justifican esta medida afectan a todas las situaciones de dependencia, no sólo a las muy severas. / Por otro lado, se extiende la modalidad de hipoteca inversa a las personas con discapacidad”.

b) Enmienda número 52.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). Sugería modificar los apartados 1 y 2, proponiendo la siguiente redacción:

“Disposición adicional primera. Apartados 1 y 2. Regulación relativa a la hipoteca inversa./ 1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos: / a) (igual)./ b) Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas./ 2. Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites o condiciones que a las entidades aseguradoras imponga su normativa sectorial. No obstante, las rentas únicamente podrán ser garantizadas por entidades aseguradoras autorizadas a operar en el ramo de vida”.

La **justificación** es la siguiente:

”Se propone la sustitución del “acreedor” por el “deudor”, ya que el acreedor es la entidad financiera, que no es la disponente del préstamo o crédito concedido. / Asimismo cabe matizar que las rentas aseguradas sólo pueden ser garantizadas por entidades aseguradoras autorizadas a operar en el ramo de vida” (13).

c) Enmienda número 98.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Proponía el siguiente texto en el apartado primero:

“1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca, sobre un bien inmueble del solicitante y siempre que cumpla los siguientes requisitos”.

La **justificación** era la siguiente:

“Proponemos suprimir la limitación a que el bien inmueble sea la vivienda habitual del solicitante, por eso proponemos que éste pueda utilizar otros inmuebles de su propiedad sobre los que realizar la misma operación, ya que no vemos el inconveniente que pueda existir para contar con las ventajas ligadas a la constitución de la hipoteca inversa, siempre y cuando la finalidad del crédito sea completar la pensión con la hipoteca inversa en condiciones ventajosas para el titular y generar así una renta adicional”.

d) Enmienda número 122

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC). Proponía modificar el apartado 1 de la disposición adicional primera dándole la siguiente redacción:

“ 1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble siempre que reúna los siguientes requisitos”.

La **justificación** era que:

“No parece lógico limitar la hipoteca inversa a un bien inmueble que constituya vivienda habitual”.

e) Enmienda número 33.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso. Pretendía modificar el apartado 1, letra b), de modo que éste indicara:

“b) Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas”.

La **motivación** era que:

“ Se propone la sustitución del término “acreedor” por el del “deudor” debido a un error técnico, ya que es el deudor quien dispone del importe del préstamo o crédito”.

f) Enmienda número 99.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Proponía modificar la letra b) del Apartado primero, para que indicara:

“Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas (...)”.

La **justificación** era que:

“Se propone la sustitución del “acreedor” por el “deudor”, ya que el acreedor es la entidad financiera, que no es la disponente del préstamo o crédito concedido”.

g) Enmienda número 53.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). Pretendía adicionar un nuevo apartado 1 bis a la disposición adicional primera, con la siguiente redacción:

“Disposición adicional primera. Apartado 1 bis (nuevo). Regulación relativa a la hipoteca inversa. / 1 bis. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, no se considerará que el bien inmueble deja de constituir la vivienda habitual del solicitante cuando el deudor hipotecario lo alquile, se traslade al domicilio de un familiar o ingrese en una residencia para su cuidado, especialmente cuando se encuentre en una situación de dependencia, de acuerdo con la normativa vigente”.

La **justificación** era que:

“Parece oportuno prever estas situaciones, sin que por ello se entienda que el bien inmueble que constituya la garantía del préstamo o crédito pierda la consideración de vivienda habitual del deudor”.

h) Enmienda número 24.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. Proponía que el apartado 4 quedase redactado en los siguientes términos:

“4. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, el Ministerio de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para suministrar servicios de asesoramiento a los solicitantes de hipotecas inversas teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto”.

La **motivación** residía en que:

“La referencia, con relación a la hipoteca inversa, al Defensor del Cliente como servicio de asesoramiento independiente es excesiva, cuando es nombrado por la entidad financiera y pagado por ésta. Es preferible que sea el Ministerio de Economía y Hacienda quien establezca los mecanismos de asesoramiento”.

i) Enmienda número 54.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). Pretendía modificar el apartado 4, para que se expresara en estos términos:

“4. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar información clara y precisa de este producto a los solicitantes, que permita conocer las características esenciales del mismo, así como evaluar si se ajusta a sus necesidad y la naturaleza del gravamen patrimonial que comporta para el solicitante y sus herederos. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas informaciones”.

La **justificación** era que:

“Aun cuando pueden entenderse las razones que impulsan a establecer que la entidad prestataria asesore con transparencia al solicitante, que el asesoramiento sea de forma “independiente” o imparcial respecto a las distintas ofertas que existan en el mercado no resulta realista, además de que la operación comporta simplemente la constitución de

un gravamen sobre la finca del solicitante, pero no una enajenación inapelable de la misma, de aquí que resulte procedente exigir la máxima transparencia, pero no el asesoramiento del Defensor del Cliente. / La remisión al Defensor del Cliente para prestar este asesoramiento no es una solución válida ya que esta figura está concebida para resolver reclamaciones de los clientes en caso de discrepancia o conflicto con la entidad, pero no para prestar asesoramiento sobre productos financieros concretos, para lo que normalmente no está cualificado, al no ser su función”.

j) Enmienda número 102.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Proponía modificar el apartado cuatro y que se expresara en estos términos:

“4. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar información clara y precisa de este producto a los solicitantes, que permita conocer las características esenciales del mismo, así como evaluar si se ajusta a su necesidad y la naturaleza del gravamen patrimonial que comporta para el solicitante y para sus herederos. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento”.

La **justificación** era que:

“Aun cuando pueden entenderse las razones que impulsan a establecer que la entidad prestataria asesore con

transparencia al solicitante, que el asesoramiento sea de forma “independiente” o imparcial respecto a las distintas ofertas que existan en el mercado no resulta realista, además de que la operación comporta simplemente la constitución de un gravamen sobre la finca del solicitante, pero no una enajenación inapelable de la misma, de aquí que resulte procedente exigir la máxima transparencia, pero no el asesoramiento del Defensor del Cliente. / La remisión al Defensor del Cliente para prestar este asesoramiento no es una solución válida, ya que esta figura está concebida para resolver reclamaciones de los clientes en caso de discrepancia o conflicto con la entidad, pero no para prestar asesoramiento sobre productos financieros concretos, para lo que normalmente, no está cualificado, al no ser su función”.

k) Enmienda número 25.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. Proponía añadir al final del apartado 5 de la disposición adicional primera, después de un punto y seguido, un texto, con la siguiente redacción:

“El acreedor no podrá reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de éstos distintos a dicha vivienda”.

La **motivación** era

“facilitar a las personas mayores que puedan constituir hipotecas inversa sin oposición de sus herederos y para proteger el patrimonio familiar de estos últimos”.

l) Enmienda número 55.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), a los efectos de modificar el apartado 5, para que se expresara en los siguientes términos:

“5. 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. / 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”.

La **justificación** era la siguiente:

“Resulta indudable que, en el caso de la hipoteca inversa, el préstamo o crédito tiene un carácter personalísimo, ya que está vinculado a circunstancias tales como la edad del titular. Por ello, la transmisión de la titularidad de la finca, que el proyecto no somete a ninguna restricción, debe al menos dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo o crédito”.

m) Enmienda número 103.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Proponía modificar el apartado quinto, para que se expresara en estos términos:

“5. 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. / 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, o dispondrán, al menos, de los dos años siguientes al fallecimiento de éste para cancelar el préstamo, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación”.

La **justificación** era que:

“Resulta indudable que en el caso de la hipoteca inversa, el préstamo o crédito tiene un carácter personalísimo, ya que está vinculado a circunstancias tales como la edad titular. Por ello, la transmisión de la titularidad de la finca, que el proyecto no somete a ninguna restricción, debe, al menos, dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo o crédito. Proponemos fijar un plazo mínimo en lugar de lo que se propone, pues podría dar lugar a que la entidad financiera establezca en el clausulado de la hipoteca un plazo excesivamente corto para que reúnan el dinero con el que pagar la deuda pendiente y no perder la casa. Es por lo que creemos que mejora sustancialmente la norma, el hecho de este plazo mínimo para que puedan los herederos, bien vender ellos mismos la casa, bien pedir otra hipoteca o bien buscar otra solución para la devolución de la deuda”.

n) Enmienda número 123.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC). Proponía redactar el apartado quinto del siguiente modo:

“5. Los herederos del deudor hipotecario, durante al

menos los dos años siguientes al fallecimiento de éste podrán cancelar el préstamo, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de las rentas satisfechas con sus intereses”.

La **justificación** era que:

“Esta modificación se debe a que al no establecer un plazo podría dar lugar a que la entidad financiera establezca en el clausulado de la hipoteca un plazo excesivamente corto para que reúnan el dinero con el que pagar la deuda pendiente y no perder la casa”.

En palabras de PUIG CORDÓN,

“se trata de establecer un plazo, dado que el actual proyecto no lo prevé y podría ser que las entidades de créditos aplicasen un plazo muy corto de tiempo” (14).

ñ) Enmienda número 26.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. Pretendía redactar el apartado sexto de la siguiente forma:

“6. Independientemente del momento de vencimiento que conste en el contrato de préstamo o crédito hipotecario, la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario, sin perjuicio de que la deuda siga acumulando intereses, siempre y cuando se cumplan las condiciones contractuales. / En tanto siga vigente el préstamo o crédito hipotecario a que se refiere esta disposición, el prestatario podrá disponer del inmueble hipotecado, previa comunicación a la entidad prestataria o acreedora, siempre y cuando mantenga el usufructo o

derecho de uso y habitación vitalicio sobre la vivienda que constituye la garantía de la hipoteca”.

La **motivación** era:

“Proteger los derechos de las personas mayores que suscriban una hipoteca inversa evitando que, dada su posición de mayor debilidad, se puedan ver privadas de su vivienda habitual por cualquier situación o presión familiar o del entorno económico”

o) Enmienda número 56

Presentada por el Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió) a los efectos de modificar el apartado 6:

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

La **razón** era que

“dadas las particulares características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso del capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario y la deuda sólo es exigible al fallecimiento del mismo, no está justificada en este caso la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses”.

p) Enmienda número 100

Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, y que

proponía modificar el apartado sexto, proponiendo lo siguiente :

“6. Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición, y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcance la garantía real de la deuda”

la **motivación** era que:

“Proponemos suprimir que se extienda la responsabilidad para el pago de la deuda contraída al resto de los bienes del deudor hipotecario, de forma que no se pueda abrir la posibilidad de que el acreedor reclame sobre otros bienes del deudor, pues esta regulación debe ser semejante a lo que sucede en las hipotecas reales, en las que la deuda está cubierta con una garantía real y no es extensible al resto de los bienes del deudor, es más, esta garantía real es valorada anticipadamente por el acreedor y forma parte inherente del riesgo del negocio jurídico del crédito. Por tanto, no sería deseable extender la garantía sobre el resto de los bienes del deudor, sobre todo cuando sus herederos no tienen control sobre la “ejecución” de la garantía, en este caso la vivienda”.

q) Enmienda número 101

Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, y que proponía incorporar como inciso final al apartado 6 lo siguiente:

“6. Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener el recobro hasta donde alcancen los bienes de

la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 114 de la Ley Hipotecaria...”.

Justificación:

“Dadas las particularidades características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso del capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario y la deuda sólo es exigible al fallecimiento del mismo, no está justificada, en este caso, la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses”.

r) Enmienda número 124

Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC), que proponía suprimir el apartado 6,

“por entender que no tiene sentido que se garantice la hipoteca con otros bienes que los estrictamente hipotecados. Sería más gravoso que una hipoteca normal”.

s) Enmienda número 27

Presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. Proponía en el apartado 7 añadir tras una coma

“cuando los ingresos anuales del prestatario, computados en los términos establecidos en la legislación fiscal, sean inferiores al triple de la pensión de jubilación mínima contributiva en términos anuales”.

Justificación

“Por razones de justicia distributiva las exenciones sólo deben aplicarse a las personas que lo necesiten”

t) Enmienda número 57

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i unió). Proponía modificar el apartado 8 para que quedara del siguiente modo:

“8. Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificada y cancelación de los créditos o préstamos hipotecarios, se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos de cuantía” previstos en el número 2 del Real Decreto 1426/1989 del 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento”.

La **justificación** era:

“Atender a la verdadera naturaleza del negocio contenido en la en la escritura de dichos supuestos, en que se nova, subroga o cancela un préstamo o crédito que tiene una cuantía económica concreta y determinada, y mantener una equivalencia en el trato que en el párrafo siguiente se concede a las inscripciones que practican los Registradores. / Todo ello sin perjuicio de profundizar de una manera sustancial en las bonificaciones de este tipo de actos, con una drástica reducción de los aranceles notariales y registrales hasta alcanzar el 90 y 100, y extendiendo dichas bonificaciones a las cancelaciones, supuesto socialmente muy importante”.

u) Enmienda número 104.

Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el

Congreso. Proponía que el apartado 8 quedara del siguiente tenor:

“Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación, de créditos o préstamos hipotecarios se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos de cuantía” previstos en el número 2 del Real Decreto 1426/1989, del 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento”.

La **justificación** era:

“Atender a la verdadera naturaleza del negocio contenido en la escritura en dichos supuestos, en que se nova, subroga o cancela un préstamo o crédito que tiene una cuantía económica concreta y determinada, y mantener una equivalencia en el trato que en el párrafo siguiente se concede a las inscripciones que practican los Registradores./ Todo ello sin perjuicio de profundizar de una manera sustancial en las bonificaciones de este tipo de actos, con una drástica reducción de los aranceles notariales y registrales hasta alcanzar el 90 por ciento, y extendiendo dichas bonificaciones a las cancelaciones, supuesto socialmente muy importante”.

La **Comisión, con competencia legislativa plena**, incorporó algunas de las enmiendas (16) y aprobó el siguiente texto (17):

“Disposición adicional primera. Regulación relativa a la hipoteca inversa.

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

b. que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia,

c. que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas,

d. 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,

e. que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que establecen en los arts. 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

2. Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, imponga su normativa sectorial.

3. El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será establecido por el Ministro de Economía y Hacienda.

4. *En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento.*

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

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

6. *Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta*

donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos, no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 114 de la Ley Hipotecaria.

7. Estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación.

8. Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios.

9. Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, “Inscripciones”, del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento.

10. En lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se registrará por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable.”

3. LAS ENMIENDAS EN EL SENADO

Con esta redacción el texto fue remitido al Senado, y en él se propusieron las siguientes Enmiendas:

a) Enmienda número 22.

Presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés. Proponía modificar el apartado primero para que estableciera que:

“A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble siempre que reúna los siguientes requisitos”.

La **justificación** era que:

“No parece lógico limitar la hipoteca inversa a un bien inmueble que constituya vivienda habitual”.

b) Enmienda número 64.

Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, proponía modificar el apartado primero de la Disposición para que estableciera que:

“A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca, sobre un bien inmueble del solicitante y siempre que cumpla los siguientes requisitos”.

La **justificación** era que:

“Proponemos suprimir la limitación a que el bien inmueble sea la vivienda habitual del solicitante, por eso

proponemos que éste pueda utilizar otros inmuebles de su propiedad sobre los que realizar la misma operación, ya que no vemos el inconveniente que pueda existir para contar con las ventajas ligadas a la constitución de la hipoteca inversa, siempre y cuando la finalidad del crédito sea completar la pensión con la hipoteca inversa en condiciones ventajosas para el titular y generar así una renta adicional”.

c) Enmienda número 65.

Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado. Proponía modificar el apartado primero de la Disposición para que estableciera en su letra:

“que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años, personas afectadas por cualquier situación de dependencia o personas con discapacidad”.

La **justificación** residía en que:

“Se propone extender su ámbito a todas las situaciones de dependencia (moderada, severa o gran dependencia). En su redacción actual, sólo afecta las dos últimas, lo cual es restrictivo. Las razones que justifican todas las situaciones de dependencia, no sólo las muy severas. Además, no creemos que las entidades de crédito pongan ningún problema técnico o de viabilidad financiera y para las personas en situación de dependencia moderada, que pueden tener también grandes gastos derivados de su situación, representará una gran ayuda”.

d) Enmienda número 97.

Presentada por Grupo Parlamentario Catalán en el senado de

Convergència i Unió. Proponía modificar el apartado primero de la Disposición para añadir un apartado 1 bis que estableciera que:

“A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, no se considerará que el bien inmueble deja de constituir la vivienda habitual del solicitante cuando el deudor hipotecario lo alquile, se traslade al domicilio de un familiar o ingrese en una residencia para su cuidado, especialmente cuando se encuentre en una situación de dependencia, de acuerdo con la normativa vigente”.

La **justificación** era que:

“Parece oportuno prever estas situaciones, sin que por ello se entienda que el bien inmueble que constituya la garantía del préstamo o crédito pierda la consideración de vivienda habitual del deudor”.

e) Enmienda número 66.

Presentada por Grupo Parlamentario Popular en el Senado. Proponía modificar el apartado cuarto y que estableciera que:

“En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar información clara y precisa de este producto a los solicitantes, que permita conocer las características esenciales del mismo, así como evaluar si se ajusta a su necesidad y la naturaleza del gravamen patrimonial que comporta para el solicitante y sus herederos. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento”.

La **justificación** era que :

“Aun cuando pueden entenderse las razones que impulsan a establecer que la entidad prestataria asesore con transparencia al solicitante, que el asesoramiento sea de forma “independiente” o imparcial respecto a las distintas ofertas que existan en el mercado no resulta realista, además de que la operación comporta simplemente la constitución de un gravamen sobre la finca del solicitante, pero no una enajenación inapelable de la misma, de aquí que resulte procedente exigir la máxima transparencia, pero no el asesoramiento del Defensor del Cliente. La remisión al Defensor del Cliente para prestar este asesoramiento no es una solución válida, ya que esta figura está concebida para resolver reclamaciones de los clientes en caso de discrepancia o conflicto con la entidad, pero no para prestar asesoramiento sobre productos financieros concretos, para lo que normalmente no está cualificado al no ser su función”.

f) Enmienda número 23.

Presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés.
Proponía modificar el apartado quinto con el siguiente tenor:

“los herederos del deudor hipotecario, durante al menos los dos años siguientes al fallecimiento de éste podrán cancelar el préstamo, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de las rentas satisfechas con sus intereses”.

La **justificación** era que:

“Esta modificación se debe a que al no establecer un plazo podría dar lugar a que la entidad financiera establezca

en el clausulado de la hipoteca un plazo excesivamente corto para que reúnan el dinero con el que pagar la deuda pendiente y no perder la casa”.

g) Enmienda número 24.

Presentada por Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, con la que se quería añadir el siguiente texto en el primer párrafo del apartado quinto:

“El acreedor no podrá reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de estos distintos a dicha vivienda”.

La **justificación** estriba en que:

“Facilitar a las personas mayores que puedan constituir hipotecas inversas sin oposición de sus herederos y para proteger el patrimonio familiar de estos últimos”.

h) Enmienda número 67.

Presentada por Grupo Parlamentario Popular en el Senado. Proponía modificar el apartado quinto y que estableciera que:

“En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito. / 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, dispondrán, al menos, de los dos años siguientes al fallecimiento de éste para cancelar el préstamo, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación”.

La **justificación** era que:

“Resulta indudable que, en el caso de la hipoteca inversa el préstamo o crédito tiene un carácter personalísimo, ya que está vinculado a circunstancias tales como la edad del titular. Por ello, la transmisión de la titularidad de la finca, que el proyecto no somete a ninguna restricción, debe, al menos, dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo o crédito. Proponemos fijar un plazo mínimo en lugar de los que se propone, pues podría dar lugar a que la entidad financiera establezca en el clausulado de la hipoteca un plazo excesivamente corto para que reúnan el dinero con el que pagar la deuda pendiente y no perder la casa. Es por lo que creemos que mejora sustancialmente la norma, el hecho de este plazo mínimo para que pueda los herederos bien vender ellos mismos la casa, bien pedir otra hipoteca bien buscar otra solución para la devolución de la deuda”.

i) Enmienda número 25.

Presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés.
Proponía modificar el apartado sexto, y que estableciera que:

“Independientemente del momento del vencimiento que conste en el contrato de préstamo o crédito hipotecario, la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario, sin perjuicio de que la deuda siga acumulando intereses, siempre y cuando se cumplan las condiciones contractuales. En tanto siga vigente el préstamo o crédito hipotecario a que se refiere esta disposición, el prestatario podrá disponer del inmueble hipotecado, previa comunicación a la entidad prestataria o

acreedora, siempre y cuando mantenga el usufructo o derecho de uso y habitación vitalicio sobre la vivienda que constituye la garantía de la hipoteca”.

La **justificación** se encuentra en :

“Proteger los derechos de las personas mayores que suscriban una hipoteca inversa evitando que, dada su posición de mayor debilidad, se puedan ver privadas de sus vivienda habitual por cualquier situación o presión familiar o del entorno económico”.

j) Enmienda número 26.

Presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés.
Proponía suprimir el apartado sexto,

“Por entender que no tiene sentido que se garantice la hipoteca con otros bienes que los estrictamente hipotecados. Sería más gravoso que una hipoteca normal”.

k) Enmienda número 68.

Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, proponía modificar el apartado sexto con el siguiente tenor:

“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 alcance la garantía real de la deuda”.

La **justificación** era que:

“Proponemos suprimir que se extienda la responsabilidad para el pago de la deuda contraída al resto

de los bienes del deudor hipotecario, de forma que no se pueda abrir la posibilidad de que el acreedor reclame sobre otros bienes del deudor, pues esta regulación debe ser semejante a lo que sucede en las hipotecas reales, en las que la deuda está cubierta con una garantía real y no es extensible al resto de los bienes del deudor, es más, esta garantía real es valorada anticipadamente por el acreedor y forma parte inherente del riesgo del negocio jurídico. Por tanto, no sería deseable extender la garantía sobre el resto de los bienes del deudor, sobre todo cuando sus herederos no tienen control sobre la ejecución de la garantía, en este caso la vivienda “.

l) Enmienda número 98.

Presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió. Proponía modificar el apartado sexto para que estableciera que:

“Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcance el bien inmueble objeto de garantía hipotecaria. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 114 de la Ley Hipotecaria”.

La **justificación** era:

“Limitar la extensión de la garantía al bien inmueble, al objeto de facilitar la suscripción de hipotecas inversas”.

m) Enmienda número 27.

Presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés. Proponía, en el apartado 7, añadir al final del texto, después de una coma, la expresión:

“cuando los ingresos anuales del prestatario, computados en los términos establecidos en la legislación fiscal, sean inferiores al triple de la pensión de jubilación mínima contributiva en términos anuales”.

Todo ello:

“Por razones de justicia distributiva las exenciones sólo deben aplicarse a las personas que lo necesiten”.

n) Enmienda número 69.

Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado. Proponía modificar el apartado octavo y que estableciera que:

“Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación, de los créditos o préstamos hipotecarios se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos de cuantía” previstos en el número 2 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento”.

La **justificación** era que :

“Atender a la verdadera naturaleza del negocio contenido en la escritura de dichos supuestos, en que se nova, subroga o cancela un préstamo o crédito que tiene un cuantía económica concreta y determinada, y mantener una

equivalencia en el trato que en el párrafo siguiente se concede a las inscripciones que practican los Registradores. Todo ello, sin perjuicio de profundizar de una manera sustancial en las bonificaciones de este tipo de actos, con una drástica reducción de los aranceles notariales y registrales hasta alcanzar el 90 por ciento, y extendiendo dichas bonificaciones a las cancelaciones, supuesto socialmente muy importante”.

o) Enmienda número 99.

Presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió. Proponía modificar el apartado octavo, para que estableciera que:

“Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, de los créditos o préstamos hipotecarios se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos de cuantía” previstos en el número 2 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento”.

La **justificación** era que :

“Atender a la verdadera naturaleza del negocio contenido en la escritura de dichos supuestos, en que se nova, subroga o cancela un préstamo o crédito que tiene un cuantía económica concreta y determinada, y mantener una equivalencia en el trato que en el párrafo siguiente se concede a las inscripciones que practican los Registradores.

Todo ello, sin perjuicio de profundizar de una manera sustancial en las bonificaciones de este tipo de actos, con una drástica reducción de los aranceles notariales y registrales hasta alcanzar el 90 por ciento, y extendiendo dichas bonificaciones a las cancelaciones, supuesto socialmente muy importante”.

p) Enmienda número 98.

Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado. Proponía añadir a la Disposición Adicional un párrafo 11 que se expresara en estos términos:

“Se consideran personas en situación de dependencia que tienen reconocida dicha condición de conformidad con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Se considera persona con discapacidad aquella comprendida en el art.1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal a las personas con discapacidad, es decir, a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100. Se considerarán asimismo afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

La **justificación** reside en

“Extender la modalidad de hipoteca inversa a las personas con discapacidad, por los mismos motivos que se han venido alegando”.

4. ANÁLISIS

Una vez expuesta la trayectoria legislativa, hasta alcanzar el texto definitivo, nos centraremos en analizar algunos aspectos que la caracterizan.

Para ello, debemos comenzar por el apartado primero de la Disposición Adicional primera, que intenta dar una definición de hipoteca inversa, estableciendo:

“A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante...”,

Si bien puede resultar positiva esta intención definitoria del legislador, QUESADA SÁNCHEZ afirma que

*“La terminología legal no es precisamente exquisita en este punto, todo sea dicho: aunque la idea se entiende perfectamente, equiparar el derecho real de hipoteca al contrato de préstamo, no es la mejor manera de ser rigurosos en los conceptos jurídicos”.*⁵⁸²

Otro aspecto que resultó ser cuestión polémica durante la tramitación en las Cortes, es el hecho de que la hipoteca recaiga sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante. Así la enmienda 98 y 122 del

Congreso, 22 y 64 del Senado defendían que también se pudiera usar un inmueble que no fuese vivienda habitual del solicitante. La enmienda 98 expresamente señala:

“...no vemos el inconveniente que puede existir para contar con las ventajas ligadas a la constitución de la hipoteca inversa, siempre y cuando la finalidad del crédito sea completar la pensión con la hipoteca inversa en condiciones ventajosas para el titular y generar así una renta adicional”.

Por su parte, la enmienda 53 del Congreso y la 97 del Senado pretendían paliar el problema que puede suponer la indeterminación del concepto de vivienda habitual, por ello la citada enmienda 53 solicitaba que se incluyera en el texto legal que el alquiler, traslado al domicilio familiar o a una residencia no afectara a la consideración de vivienda habitual. Sin embargo, a diferencia de otros países, en cuyas legislaciones se establece como causa de resolución del préstamo y devolución de las cantidades prestadas el abandono del domicilio principal, incluso en el caso de traslado a una residencia de ancianos, el legislador español ha optado por no permitir que dicho contrato de hipoteca vea la luz si no es sobre la vivienda habitual, llegando a significar ésto un requisito constitutivo.

Tampoco abre la opción a que el contrato de hipoteca se constituya sobre una vivienda habitual, de propiedad de otra persona distinta al beneficiario de la hipoteca, es decir, es éste otro requisito constitutivo para que se dé un contrato de hipoteca inversa.

Como resultado definitivo, el apartado primero ha mantenido la mención exclusiva a la vivienda habitual pero se incluirá un nuevo apartado, el número 10, que extiende a todo tipo de viviendas la posibilidad de constitución de estas

hipotecas, si bien con la particularidad de que las citadas hipotecas quedan excluidas de la regulación dada por la Disposición Adicional.

Este apartado aparece como novedad en el texto de la Ley en relación con la redacción recogida en el Proyecto de 2006. Es destacable el punto de vista de Quesada Sánchez⁵⁸³ que entiende que

“...estamos ante una medida social, pensada para beneficiar a aquellos ancianos o discapacitados que no posean prácticamente más riqueza que su vivienda habitual y, para ello, se arbitra esta regulación tan concreta. Extender este beneficio a otras posibles viviendas sin perjuicio de que se ayude a personas también necesitadas de protección (aunque menos, pues poseen más medios para rentabilizar su patrimonio), pese a que la finalidad del crédito sea completar la pensión con la hipoteca inversa en condiciones ventajosas para el titular y generar así una renta adicional, desnaturalizaría la idea originaria, ya que parece acercarse más a una inversión inmobiliaria que a la medida con tintes sociales que pretende configurarse en la Ley”.

Asimismo, conforme a ANGUITA RÍOS⁵⁸⁴,

“estamos ante un producto cuya filosofía es la asistencial y no la especulativa por lo que debería haberse ceñido a la vivienda habitual del solicitante”.

Si bien es cierto que en principio este apartado número 10 contradice el espíritu de la Disposición Adicional, al extender la posibilidad de constituir la hipoteca inversa sobre otros bienes inmuebles del solicitante y pudiera pensarse que favorece a personas no tan desprotegidas por contar con un patrimonio más

⁵⁸³

Revista *El consultor inmobiliario*, nº 88, marzo 2008.

amplio, no es del todo cierto pues es el mismo apartado el que excluye a las hipotecas así constituidas de los beneficios que se otorgan (fiscales y arancelarios) a las constituidas sobre la vivienda habitual, por tanto, no podemos predicar el carácter de social respecto de toda la figura en general.

Otro de los requisitos por la Ley en la Disposición Adicional primera es el recogido en el apartado A, al establecer que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar deban ser personas de edad igual o superior a los 65 años, o afectados por dependencia severa o gran dependencia.

De lo expuesto se deduce la clara intención de beneficio social que se pretende, al no permitir que cualquier propietario de inmueble pueda celebrar este tipo de negocio, sino que el aspecto subjetivo de la hipoteca inversa viene definido por la edad y por la dependencia del solicitante, admitiendo como única ampliación los beneficiarios que éste pueda designar. En relación con la edad, el límite señalado en 65 años difiere del impuesto en otros ordenamientos jurídicos como el francés donde no se establece ningún límite de edad, o del estadounidense donde el límite de edad es de 62 años.

Por otra parte, dado el carácter vitalicio de la hipoteca, cuanto menor sea la edad del solicitante menor será el capital conseguido.

La intención de beneficio social también se desprende del texto definitivo cuando recoge entre los posibles beneficiarios de la hipoteca también a las personas que padecen gran dependencia o dependencia severa. Esta redacción es más restrictiva de lo que pretendían algunas enmiendas presentadas (58 del Congreso y 65 del Senado), que querían que se incluyesen todas las situaciones de dependencia y además que se extendiese a las personas con discapacidad.

Con relación a la dependencia, hay que estar a lo establecido en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a

las personas en situación de dependencia, que recoge en su artículo 26 tres grados de dependencia:

GRADO I: Dependencia moderada, es decir que la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria al menos una vez al día o tiene necesidad de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

GRADO II: Dependencia severa. La persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día pero no requiere del apoyo permanente de un cuidador, o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

GRADO III: Gran dependencia. La persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía, física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

Se consideran personas discapacitadas las personas comprendidas en el art. 1.2 de la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, es decir, a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, igualándose a éstas los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro, por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Es importante aclarar que como nos dice ANGUIA RÍOS⁵⁸⁵

“Que sean beneficiarios las personas mayores y los dependientes no significa que sean conceptos siempre

585

El consultor inmobiliario, nº 87, febrero 2008

relacionados, pues ni todas las personas mayores son dependientes, ni el aumento del nivel de renta disponible tiene que deberse a una situación de dependencia. Pese a ello, hay normativas autonómicas que conectan ambos conceptos, el fenómeno de envejecimiento y la dependencia, por ejemplo la Ley 5/2003, de 3 de abril, de Atención a las Personas Mayores de Castilla y León.”

“En cualquier caso, se trata de un producto financiero cuyo capital disponible obedece a una operación matemática que varía en función de las expectativas de vida del solicitante, cuestión que igualmente se deberá tener en cuenta ante los supuestos de dependencia”

El que las personas citadas en la Ley, dada su vulnerabilidad, necesitan un mayor grado de atención no es una cuestión debatible, pero quizá sí lo es el que el texto definitivo no abra la figura de la hipoteca inversa al resto de las personas dependientes y tampoco a las que sufren algún tipo de discapacidad.

La letra c) del apartado primero recoge la posibilidad de que el deudor, que no acreedor como se le denominaba en el texto originario, pueda disponer del importe del préstamo mediante una disposición única o varias de carácter periódico.

Ya que es el deudor el receptor del importe del crédito parece lógico que sea él quien elija como prefiere recibirlo, todo ello basándose exclusivamente en consideraciones personales. Así pues puede preferir una cantidad a tanto alzado o cantidades periódicas (por medio de una renta temporal o vitalicia).

La letra d) del apartado primero se refiere a la exigibilidad de la deuda, disponiendo que el acreedor sólo puede exigir la deuda y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario, o si así se acuerda en el contrato, cuando fallezca el último de los prestatarios.

A efectos prácticos, este punto de la Ley es el más protector, ya que libraré a los beneficiarios de molestas reclamaciones.

Sería interesante abordar el asunto de la liquidación de la deuda en los distintos supuestos que pueden surgir, partiendo de que será el fallecimiento la fecha de vencimiento del contrato hipotecario.

Si se ha pactado una renta vitalicia, se corre el riesgo de que el bien inmueble sea insuficiente garantía de la deuda por la longevidad del beneficiario, por ello las entidades suelen resolverlo exigiendo un contrato de seguro.

En el supuesto de que la renta no sea vitalicia sino temporal, será la fecha pactada la que determine el vencimiento del crédito, no obstante éste no será exigible si no se ha producido la defunción del beneficiario o del último de los beneficiarios.

Nuevamente estaríamos en una situación en la que la entidad aconseja establecer un seguro que permita obtener la renta al asegurado hasta su fallecimiento o se haga cargo de los intereses generados por la deuda vencida y no exigible y que pueden resultar no cubiertos por la garantía inmobiliaria, especialmente si tenemos en cuenta el contexto económico en que se mueve el mercado inmobiliario, donde el valor de adquisición de la vivienda ha finalizado su tendencia alcista, moviéndose en sentido contrario.

El seguro se satisface como una prima inicial que se carga como un gasto más del crédito concedido.

Si el fallecimiento se produce con anterioridad a la fecha prevista sin llegar a percibir parte de las cantidades calculadas, el crédito será exigible por la cuantía efectivamente recibida.

La letra e) del apartado primero establece que 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.

El citado art. 7 establece que

“para que un crédito hipotecario pueda ser movilizad mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán”.

En su apartado segundo dice que

“El Ministerio de Economía y Comercio, previa información del Instituto de Crédito Oficial, regulará:

a) Las normas generales sobre tasación de los bienes hipotecado, a que habrán de atenerse tanto los servicios de las Entidades prestamistas como las Entidades especializadas que para este objeto puedan crearse.

b) La forma en que deba constar la tasación efectuada.

c) El régimen de inspección del cumplimiento de tales normas”

El art. 8, por su parte, señala que

“Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente e se determinen”.

La Disposición Adicional dedica su apartado 2 a destacar que

“las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo

podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, impongan su normativa sectorial”.

La única mención que merece este apartado es recalcar la garantía que merece este tipo de hipoteca exigiendo plena profesionalidad a las entidades que puedan ofrecerla, evitando posibles fraudes e intrusismos.

Los apartados 3 y 4, transcritos anteriormente, recogen aspectos de la hipoteca inversa se pueden considerar jurídicos, pero es dable subrayar los aspectos económico-financieros, puesto que el legislador, teniendo en cuenta las personas vulnerables a las que va dirigida la ley, así como la experiencia de otros países y tras las vicisitudes sufridas desde que se presentó el Proyecto de Ley al Congreso, nos presenta cual debe ser el régimen de transparencia y comercialización de esta hipoteca, y dentro de ese régimen de transparencia cual debe ser el asesoramiento que se dé a la clientela.

En el primer aspecto citado, esto es, transparencia y comercialización de la hipoteca inversa (apartado tercero), será el Ministerio de Economía y Hacienda el que desarrolle las normas que considere convenientes, tal como ya se recogía en el anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario de 30 de noviembre de 2006. En el segundo aspecto (apartado 4), que dentro del marco de transparencia exigido por la Ley se refiere al asesoramiento independiente que las entidades de crédito y aseguradoras deben prestar al solicitante para darle un conocimiento de los riesgos económicos que pueden derivar del producto, le corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda la supervisión de dichos servicios.

En este sentido ANGUIA RÍOS⁵⁸⁶, afirma que

⁵⁸⁶ *El consultor inmobiliario*, nº 87, febrero 2008

“la información que se deberá suministrar siempre clara y concreta e irá dirigida a precisar las características esenciales de la hipoteca inversa, así como aquellos datos que permitan evaluar si se ajustan a las necesidades del cliente atendiendo al gravamen que se constituye”.

Igualmente afirma:

“hay que advertir que esta preocupación y protección del consumidor no es nueva en la legislación española, todo lo contrario, así lo demuestra el ser uno de los primeros países en incluir las referencias al TAE en los préstamos hipotecarios... La evaluación de la conveniencia del producto financiero al caso en concreto deberá atender a la situación financiera del cliente y a los riesgos económicos que conlleva la suscripción del producto, pues no todas las personas pueden constituir una hipoteca inversa, ni tiene que resultar beneficioso para ella”.

El apartado cuarto, en el texto inicial, hacía referencia a una figura que resultó bastante polémica y que, debido a las críticas recibidas así como a la duda que suponía el no saber con claridad cuáles iban a ser sus funciones, fue finalmente suprimida: el Defensor del Cliente. Se establecía de hecho en él que el asesoramiento independiente podía

“...llevarse a cabo, bien a través de la figura del Defensor del Cliente o bien a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. Si el asesoramiento se realizara a través del Defensor del Cliente y las entidades no contaran con uno propio, deberán

adherirse, bien a uno de los designados por otras entidades o bien a los designados a través de los criterios recogidos en el art. 29 de la Ley 44/2002 de 22 de noviembre de Medidas de Reforma Financiera. El Ministro de Economía y Hacienda, establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento”.

Las Enmiendas número 24, 54 y 102 planteaban la necesidad de suprimir esta figura del Defensor del Cliente, dado que su asesoramiento podía resultar poco independiente, tal y como exigía el apartado cuarto. Así, la Enmienda 24 señalaba que dicho Defensor

“es nombrado por la entidad financiera y pagado por ésta”,

y las Enmiendas 54 y 102 precisaban que además

“esta figura está concebida para resolver reclamaciones de los clientes en caso de discrepancia o conflicto con la entidad, pero no para prestar asesoramiento sobre productos financieros concretos, para lo que normalmente no está cualificado, al no ser su función” .

QUESADA SÁNCHEZ⁵⁸⁷ comenta al respecto:

“en cualquier caso, que ese asesoramiento independiente quede en manos de cada entidad es también una cuestión que cuando menos puede verse dificultada en la práctica, ya que cada entidad intentará ofrecer sus productos y pese a que se asesorará sobre la figura de la hipoteca inversa, es evidente que esa independencia será posiblemente relativa”.

⁵⁸⁷

Revista *El consultor inmobiliario*, nº.88, marzo 2008.

El legislador en los apartados quinto y sexto de la Disposición Adicional, establece la forma de realización de la hipoteca. Así, el apartado quinto señala que el préstamo se cancelará al fallecimiento del deudor o el último de los beneficiarios, en caso de ser varios, abonando al acreedor, en el plazo estipulado, la totalidad de los débitos vencidos con sus correspondientes intereses, sin que la entidad oferente pueda exigir compensación alguna por la cancelación. Con ello, la voluntad del legislador ha sido la de evitar que la cancelación del préstamo se vea sometida a posibles comisiones por cancelación, a diferencia de otros tipos de hipotecas.

La Enmienda 123 intentó introducir un plazo de ejercicio para la ejecución, para no dar lugar a que la entidad financiera establezca en el clausulado un plazo demasiado corto, que impida a los herederos reunir el dinero con el que poder pagar la deuda pendiente, y evitar la posibilidad de abuso al respecto por parte de estas entidades. Esta es la opinión además de PUIG CORDÓN⁵⁸⁸ cuando indica

“que se trata de establecer un plazo, dado que el actual proyecto no lo prevé y podría ser que las entidades de crédito aplicasen un plazo muy corto de tiempo”

En su párrafo segundo, el citado apartado trata de regular qué ocurre si el bien hipotecado es transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, en ese caso la entidad oferente

“podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente”.

Éste párrafo se incluyó en el texto aprobado en la Comisión del Congreso, en congruencia con el contenido de las Enmiendas número 55 y 103 del Congreso

⁵⁸⁸ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 2007, VIII Legislatura, número 923, Economía y Hacienda, sesión número 52, 16 de octubre de 2007, página 6.

antes comentadas, mientras se manifestaban en el mismo sentido las Enmiendas 23 y 67 del Senado. Esta facultad que se le otorga al acreedor sirve como una contraprestación por la pérdida de garantías que le supondría la transmisión del bien inmueble, dado el carácter personalísimo que tiene el préstamo, carácter reseñado por la Enmienda.

Se echa en falta la clarificación por parte del legislador de los otros tipos de transmisión a los que no se ha referido directamente, aunque si por omisión, si no no se entiende el que este apartado quinto sólo mencione el caso en que *“el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente”*.

Es interesante hacer mención al análisis que realiza ANGUIA RÍOS en relación a este inciso segundo del apartado quinto, según el cual hemos de distinguir dos regímenes por los que el legislador ha optado en el proceso legislativo. Así, cuando se presentó el proyecto de reforma, la hipoteca inversa limitaba la facultad de disposición, ya que se establecía que, salvo pacto en contrario, el prestatario mantendría la titularidad de la vivienda. Dos cuestiones surgían entonces: la eficacia de esta prohibición de disponer y la responsabilidad hipotecaria del tercero adquirente.

Respecto a esta última, el tercero adquirente asumía la carga real que soportaba el bien, sin que trascendiera a su patrimonio la responsabilidad personal, acorde con gran parte de la doctrina, que mantiene separadas ambas responsabilidades. Si el inmueble era insuficiente, se admitía que los herederos respondieran personalmente con los bienes heredados, tal y como sucede ahora en el régimen general de la hipoteca inversa. Se establecía así un tratamiento diferenciado según que el bien se mantuviese dentro del patrimonio del prestatario o la garantía se transmitiese a un tercero vigente. El adquirente asumía la carga real pero no la responsabilidad personal, que recaería sobre los herederos, a no ser que se pactase expresamente una hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (57 LH), que no es el caso. En cuanto a las prohibiciones

de disponer, se establece legalmente esta limitación de la libre disposición que sólo podrá salvarse por el acuerdo de las partes. Pacto que entonces tendría que trascender al Registro de la Propiedad al alterar la concepción de este tipo de hipoteca. De esta manera, la hipoteca inversa restringe las facultades que mantiene cualquier deudor hipotecario: el *“ius disponendi”*.

La limitación tal y como la redactaba el anteproyecto, en opinión de la autora, parece más acertada que sancionar la disposición de un inmueble con el vencimiento anticipado del crédito, como finalmente se ha optado (inciso segundo del núm. 5 de la DAP), ya que restringe en exceso la negociabilidad y titulación de la hipoteca. No obstante se permite que, ante este acontecimiento dispositivo del bien, pueda el solicitante mantener el préstamo garantizado por la hipoteca inversa si se ofrece garantía suficiente en sustitución del objeto transmitido, se puede entender que se trata de un bien inmueble, cuyo destino principal sigue siendo la vivienda habitual para que el régimen previsto en la ley siga aplicándosele.

Por su parte el párrafo sexto establece que

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

El citado párrafo fue introducido a partir de las Enmiendas 56 y 101 del Congreso, que lo justificaban en los siguientes términos:

“dadas las particulares características de la hipoteca inversa, en la que no existe reembolso de capital ni pago de intereses por el deudor hipotecario y la deuda sólo es exigible

al fallecimiento del mismo, no está justificada en este caso la limitación legal de cinco años de cobertura hipotecaria para los intereses”.

En el Congreso se presentaron diversas Enmiendas en relación al citado apartado de la Disposición. Así, la número 25 pretendía que el acreedor no pudiera reclamar a los herederos sobre otros elementos de su patrimonio distintos de dicha vivienda, para facilitar que los familiares no se opusieran en su momento a la constitución de la hipoteca inversa. De esta forma, se pretendía que la responsabilidad sólo se hiciera efectiva sobre el bien hipotecado (hipoteca de responsabilidad limitada del artículo 140 de la Ley Hipotecaria), de modo que el acreedor encuentra una limitación en la responsabilidad limitada del deudor, y los herederos resultan más beneficiados que con una aceptación a beneficio de inventario de la herencia (la liquidación de la deuda no afecta al resto del caudal hereditario). Finalmente al Ley aprobada ha permitido el cobro de la deuda hasta donde alcancen los bienes de la herencia sin que se pueda trascender a los bienes personales de los herederos. Debiendo quedar el bien hipotecado en el patrimonio de los deudores hasta el momento de la ejecución (artículo 692, apartado 1º, inciso 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en caso de ser insuficiente la liquidación continúa sobre el resto de los bienes del difunto, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento (artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La devolución comprenderá los débitos vencidos con sus intereses, que podrán superar los cinco años, incluso en perjuicio de terceros.

Finalmente debemos hacer mención a la Enmienda 124 del Congreso y 26 del Senado, que proponían suprimir este apartado sexto por entender que

“no tiene sentido que se garantice la hipoteca con otros bienes que los estrictamente hipotecados, ya que sería más gravoso que una hipoteca normal”.

Los apartados séptimo a noveno han sido dedicados a cuestiones

impositivas. El apartado séptimo indica que,

“estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación”.

El apartado 8 establece que

“para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989 de 17 de diciembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios”.

Y el apartado noveno señala, que

“para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, “Inscripciones”, del anexo I del Real Decreto 1427/1989 de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del noventa por ciento”.

Todas estas cuestiones impositivas vuelven a señalar el carácter social de la hipoteca inversa. Además MURO VILLALÓN⁵⁸⁹ recoge, junto a las ventajas

⁵⁸⁹ *La hipoteca inversa y bajo condición suspensiva*, ponencia del III Congreso de Registradores de España, Granada, 2006.

previstas por el legislador, otras medidas dirigidas a la reducción de comisiones bancarias, a la titulación de este tipo de hipotecas y su comercialización en el mercado secundario, y a una mayor intervención de la Administración, tanto para la subsanación de intereses o asunción de una parte del crédito para favorecer determinadas situaciones personales dignas de protección, como para la contratación de seguros de riesgos colectivos para los supuestos que deberían ser excepcionales, en que el total de la deuda generada sobrepase el valor del inmueble.

Inicialmente, no había referencia a un plan de previsión asegurado, pero el texto definitivo lo recoge en la Disposición Adicional Cuarta, en el caso de rentas periódicas recibidas a consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa que vayan dirigidas, total o parcialmente, a la contratación de este seguro. De esta forma se consigue la equiparación con el tratamiento fiscal de la contingencia de jubilación prevista en el artículo 51.3 b) de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre.

El apartado once de la Disposición Adicional pone punto y final a la regulación de la hipoteca inversa cuando establece que

“en lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se regirá por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable”.

Como consecuencia, la hipoteca inversa debe formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El artículo 1875 del Código Civil señala que

“además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad”.

La hipoteca inversa es un negocio cuya renta a percibir dependerá del supuesto en particular, una opción con ventajas e inconvenientes que no toda

persona puede constituir por el hecho de ser mayor ni siempre resulta beneficioso.

Por otra parte, las reformas que introduce la Ley 41/2007 de 7 de diciembre han permitido también abrir paso a la llamada hipoteca flotante (artículos 12 y nuevo 153 bis).

ANEXO DE LEGISLACIÓN

INTERNACIONAL:

- Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud , adoptada por la Organización Mundial de la Salud en 1983.
- Preliminary Evolution of the Home Equity Conversion Mortgage Insurance Demonstration, Report to Congress, U.S. Department of Housing and Urban Development, diciembre 1992.
- Asamblea de Naciones Unidas, sobre las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, de 1993.
- HUD's HANDBOOK N. 4905.1, de 1994.
- HUD's HANDBOOK N. 4910.1, de 2003.
- *Mental Capacity Act 2005*.
- Recomendación (2006)5, aprobada el 5 de abril de 2006, por el Consejo de Europa, por la que se aprueba el Plan de Acción 2006-2015 para promover los derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad.

- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, protocolo adoptado el 13 de diciembre de 2006.

NACIONAL:

- Constitución Española de 1978.
- Código Civil.
- Ley Hipotecaria.
- Reglamento Hipotecario.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 50/1980 del Contrato de Seguro.
- Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.
- Ley de Integración Social de Minusválidos (LISMI) de 1982.
- Ley 26 de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, de 1985.
- Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994 de 24 de noviembre.
- Ley 42/1994 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo.

- Ley 24/1995 de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social.

- Ley del IRPF de 2006.

- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad. B.O.E., núm. 277 de 19 de noviembre de 2003.

- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. BOE núm. 289, de 3 diciembre 2003.

- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. BOE nº 285 de 29 de noviembre de 2006.

- Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. BOE núm. 299 de 15 de diciembre de 2006.

- Ley 40/2006 sobre el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior (LECEX).

- 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. BOE núm. 294 de 8 de diciembre de 2007.

- Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2010.

- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. B.O.E. núm. 184 de 2 de agosto de 2011.

- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

- Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

- Real Decreto Ley 16 de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, desarrollado por la ley 35/2002.

- Real Decreto 2609 sobre evaluación y declaración de situaciones de invalidez, dando lugar a las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades (UVMi).

- Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados. BOE nº 267 de 5 de noviembre de 2004.

- Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, se aprueba el baremo de valoración de La Ley 39/2006 de 14 de Diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención.
- Orden Ministerial de 28 de Octubre de 2011 de Transparencia y Protección de Cliente de Servicios Bancarios, publicada el 29 de octubre de 2011.

AUTONÓMICA:

- Compilación del Derecho Civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril modificada por Ley 31/1985, de 21 de mayo, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo.
- Ley 4/1986, de 25 de junio, de entidades canarias en el exterior y del Consejo canario de entidades en el exterior.
- Decreto 361/1991, de 17 de octubre, modificado por el Decreto 184/2000 de 29 junio, de programa de acogida familiar para personas mayores y minusválidos de Galicia, DO. Galicia de 28 de octubre de 1991, núm.208.
- Ley 4/1995 de 24 de mayo de Derecho civil de Galicia.
- Ley 18/1996, de 27 de diciembre, de Relaciones con las Comunidades Catalanas en el exterior.
- Ley catalana de 19/1998 de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua.

- Ley 5/2000, de 28 de noviembre, de Relaciones con las Comunidades Aragonesas del Exterior.
- Ley 22/2000 de Cataluña de acogida de personas mayores. DOGC, 12 de enero de 2001.
- Ley 11/2001 de 13 de junio de acogida familiar para personas mayores de Cataluña.
- Ley Foral 34/2002 de la Comunidad de Navarra, de ley de acogimiento familiar de personas mayores. BON núm.150 de 13 de diciembre de 2002.
- Ley 11/2003 de 27 de marzo de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.
- Ley 6/2005, de 15 de junio, de la Comunidad Riojana en el Exterior.
- Ley 11/2007, de 20 de marzo, de Comunidades de Valencianos en el Exterior.
- DECRETO 38/1999 de 8 de julio, por el que se regula el programa de acogimiento familiar para personas mayores del Principado de Asturias. BOPA, de 2 de agosto de 1999.
- Orden 1446/2012 de 5 noviembre, reguladora de las bases para la concesión de ayudas económicas para el otorgamiento familiar de personas mayores, BOCM nº 274 de 16 de noviembre. Corrección de errores de la Orden 1496/2012 de 5 de noviembre BOCM nº 277 de 20 de noviembre.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO:

- STS 11 de julio de 1934 (RJA 1362).
- STS 16 de mayo de 1940 (RJA 416 bis).
- STS 12 de Febrero 1960.
- STS 14 de octubre de 1960 (RJA 3086).
- STS 23 de mayo de 1965.
- STS 28 de mayo de 1965 (RJ 1965, 3172).
- STS 6 de mayo de 1980 (RJ 1980, 1785).
- STS 1 de julio de 1982 (RJ 1982, 4213)
- STS 13 de abril de 1984.
- STS 18 de abril de 1984 (RJ 1984, 1952).
- STS 13 de julio de 1985 (RJ 1985, 4054).
- STS 7 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6856).
- STS 30 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8708).
- STS 23 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2367).
- STS 3 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8407) .
- STS 3 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1787).
- STS 9 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1080).
- STS 22 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10364).
- STS 20 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2267).
- STS 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8592).
- STS 26 de mayo de 1997
- STS 17 de julio de 1998 (RJ 1998, 6449).
- STS 28 de julio de 1998 (RJ 1998, 6449).

- STS 18 de enero de 2001 (RJ 2001, 1319).
- STS 9 de marzo de 2001 (RJ 2001, 1873).
- STS 9 de julio de 2002 (RJ 2002, 5904).
- STS 1 julio de 2003 (RJ 2003, 4321).
- STS 24 de mayo de 2006 (RJ 2007, 3620).
- STS 26 de febrero de 2007 (RJ 2007, 653).
- STS 11 de mayo de 2007 (RJ 2007, 2134).
- STS 1 de junio de 2007 (RJ 2007, 3651).
- STS 5 de julio de 2007 (RJ 2007, 4813)
- STS 30 de julio de 2007 (RJ 2007, 4962).
- STS 12 de junio de 2008, (RJ 2008, 3220).
- STS 4 de enero de 2008 (RJ 2008, 2923).
- STS 4 de julio de 2008 (RJ 2008, 3196).
- STS 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 152).
- STS 20 de abril de 2009 (RJ 2009, 4726).
- STS 16 de diciembre de 2009, (RJ 792/2009).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:

- STSJ Navarra de 13 de octubre de 1992.
- STSJ Baleares de 16 de junio de 2005 (RJ 2005, 4953).
- STSJ Galicia de 15 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 4332).

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP Madrid de 7 de mayo.
- SAP Asturias de 30 de diciembre de 1999 (AC 1999, 2559).
- SAP Barcelona de 29 de mayo de 2000 (JUR 2000, 26456).
- SAP Lugo 16 de septiembre 2002 (AC 2002, 1922).
- SAP Asturias de 26 de julio de 2004 (RJ 2004, 198).
- SAP Cádiz de 19 de junio 2005 (RJ 2005, 2072).
- SAP Valladolid de 28 de marzo de 2007 (JUR 2007, 263543).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO:

- Resolución de 27 de enero de 1986.
- Resolución de 23 de octubre de 1987.
- Resolución de 16 de octubre de 1989.
- Resolución de 26 de abril de 1991.
- Resolución de 30 de julio de 1992.
- Resolución de 28 de enero de 1998.
- Resolución de 22 de marzo de 2001.
- Resolución de 1 de octubre de 2010.
- Resolución de 11 de enero de 2011.