



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

EL FUTURO DE LA HIPOTECA INVERSA EN CHILE

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA ESTER FUENTES SÁNCHEZ
DANIEL ALEJANDRO MORIS ORELLANA

Profesor guía: Paulo Montt Rettig

Santiago de Chile
2014

DEDICATORIA

Y esta es la confianza que tenemos en Él, que si pedimos alguna cosa conforme a su voluntad, Él nos oye. Y si sabemos que Él nos oye en cualquier cosa que pidamos, sabemos que tenemos las peticiones que le hayamos hecho. (1Juan 5:14-15)

A nuestra familia, en especial nuestros padres, hermanos y sobrinos.

A nosotros, por ser el primer fruto de muchos.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por sobre todas las cosas; toda sabiduría proviene de Él.

Al profesor Paulo Montt, por su constante apoyo, guía y valiosos comentarios.

A nuestra familia, por estar a nuestro lado todo este camino. Sin ellos no lo habríamos logrado.

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. HIPOTECA INVERSA EN EL MUNDO.....	7
1. Origen y Fundamento.....	7
2. Selección de casos relevantes.....	12
2.1. Reino Unido.....	12
2.2. Estados Unidos.....	22
2.2.1. El programa de hipotecas inversas otorgadas con garantía estatal: las HECM	...
2.2.2. Otros tipos: hipotecas inversas de uso único....	29
2.3. España.....	31
2.3.1. Ley 41/2007, de 7 de diciembre.....	32
3. Conclusiones preliminares. Elementos identificados.....	37
CAPÍTULO II. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES.....	42
CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA INVERSA A LUZ DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	
1. Cuestiones preliminares.....	42

1.1. Definición.....	42
1.2. La denominación de hipoteca inversa.....	44
1.3. La particularidad principal de esta figura.....	46
¿Modalidad de la hipoteca o del crédito?	
1.4. Naturaleza jurídica de la hipoteca inversa.....	50
1.4.1. Mutuo crediticio de reglas generales.....	50
garantizado con hipoteca	
1.4.2. Transferencia del dominio con la constitución...	54
de un derecho de usufructo a favor de los	
beneficiarios, propiedad fiduciaria y otras posturas	
1.5. Clasificación del contrato de hipoteca inversa.....	63
Enunciación	
2. Objeto de la hipoteca inversa.....	69
2.1. Obligaciones de las partes en la hipoteca inversa.....	71
2.2. Validez de un acto con objeto indeterminado.....	80
2.3. Garantía de obligaciones de monto indeterminado.....	83
2.3.1. La cláusula de garantía general hipotecaria.....	84
2.3.2. Aplicación del artículo 2431 del Código.....	98
Civil a la hipoteca inversa	
2.3.3. Hipoteca inversa con cláusula de garantía.....	104
general	
2.4. Licitud del objeto en la hipoteca inversa.....	107

3. Bienes susceptibles de hipoteca inversa.....	108
3.1. Generalidades.....	108
3.2. Inmueble que sea la vivienda principal del deudor.....	121
3.2.1. Alcance de la expresión inmueble.....	121
3.2.2. La vivienda principal.....	123
3.3. Inmuebles que se encuentran sujetos a otros	125
gravámenes	
3.3.1. El caso particular del bien familiar.....	127
3.3.2. Copropiedad o comunidad.....	130
4. Sujetos que intervienen en la hipoteca inversa.....	134
4.1. El acreedor institución financiera.....	135
4.2. El sujeto pasivo	137
4.2.1. Deudor hipotecario	138
4.2.2. Situación de los herederos.....	140
4.2.2.1. Responsabilidad de los herederos.....	143
4.2.2.2. El cónyuge sobreviviente.....	147
4.2.2.3. El fisco como posible heredero.....	150
4.3. Beneficiarios.....	152
4.3.1. Beneficiarios forzosos	155
4.4. El tercer poseedor de la finca hipotecada.....	156
5. El consentimiento y su protección.....	160
5.1. Manifestación del consentimiento.....	160

5.2. Personas que deben concurrir con su consentimiento...	163
5.3. Protección del consentimiento.....	167
6. Exigibilidad del crédito y ejecución del bien.....	179
6.1. Incumplimiento de la obligación	183
6.1.1. Cláusula de no enajenar.....	190
CAPÍTULO III. REGLAS ESPECIALES DE POSIBLE APLICACIÓN EN...	195
CHILE	
1. Límite del crédito	195
2. Seguro.....	200
CAPÍTULO IV. UN MODELO PROPUESTO PARA CHILE.....	207
CONCLUSIÓN.....	219
BIBLIOGRAFÍA.....	222

RESUMEN

El aumento progresivo de la población etaria en el segmento de la tercera edad, es una realidad de los países desarrollados y en vías de desarrollo, que trae consigo la preocupación acerca de la insuficiencia de las pensiones de jubilación y de los mecanismos actualmente existentes para satisfacerlas. En virtud de ello se ha planteado como posible solución la hipoteca inversa, una figura de origen anglosajón, que esencialmente es un producto financiero del género “*equity release*”, que permite aprovechar o liquidar el valor patrimonial de un inmueble de propiedad una persona en etapa de jubilación, sin perder por ello la propiedad del mismo.

En este trabajo se presenta la hipoteca inversa tal como se le ha concebido en el derecho foráneo, con sus fundamentos y objetivos, para luego realizar un análisis de juridicidad desde el ordenamiento vigente contrastándola con las normas chilenas que rigen las materias relacionadas a la figura, despejando posibles conflictos, y construir un modelo de la misma que se adecue a nuestra legislación. La finalidad del trabajo es aclarar eventuales dudas respecto a su legalidad, para finalmente confirmar que la hipoteca inversa, en cuanto crédito garantizado con hipoteca, es perfectamente aplicable en nuestro sistema.

INTRODUCCIÓN

La hipoteca inversa, figura de origen anglosajón, ha sido usualmente tratada en el derecho comparado desde la perspectiva de la seguridad social, evaluando su idoneidad como mecanismo de complemento al sistema de pensiones y de fomento a la economía de las personas de la tercera edad. Su penetración ha ido en un paulatino pero constante aumento en las últimas décadas y se ha expandido a distintos países de Europa continental, y la discusión ya ha comenzado a instalarse en nuestro país¹, planteándose como una posible solución al problema de los bajos ingresos que presentan las personas mayores. Ha despertado el interés tanto de las autoridades como de las instituciones financieras, que ven el producto de manera atractiva, pues les permitiría ampliar el universo de sujetos pasivos, y por tanto, el mercado de los créditos.

Sin embargo, en el presente trabajo se hará una revisión lógicamente anterior a aquélla, desde la normativa aplicable a las operaciones financieras y aquella pertinente a las operaciones de créditos hipotecarios, análisis que

¹ A modo de ejemplo, véase POTENCIALIDAD DEL desarrollo de hipotecas inversas como complemento pensionario: el caso de Chile. 2013. Por Javier Alonso "et al". Madrid. [en línea] <http://www.bbvaresearch.com/KETD/fbin/mult/WP_1309_tcm346-372400.pdf?ts=1072013> [consulta: 27 de noviembre de 2013]

estimamos necesario si efectivamente se quiere realizar una propuesta concreta para introducir el producto en nuestro país, el que hasta el momento no se ha desarrollado mayormente por la doctrina nacional. La principal obra sobre la materia, citada a lo largo de este trabajo, ha estado a cargo de la Corporación de Investigación, Estudio y Desarrollo de la Seguridad Social (CIEDESS), pero enfocada desde una perspectiva eminentemente económica, dejando de lado los aspectos jurídicos básicos para su implementación, que se revisan en la presente memoria.² Advertimos, así, que dejaremos de lado los análisis sociológicos y puramente económicos, para determinar si dicha institución resultaría acorde con nuestro ordenamiento, y de serlo, bajo qué condiciones.

La normativa con la que se contrastará la hipoteca inversa será principalmente la regulación de la hipoteca y el mutuo contenida en nuestro Código Civil, las normas reguladoras de las operaciones de crédito de dinero que contempla la Ley N° 18.010, la Ley General de Bancos, las Circulares de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante también

² Destacamos también en nuestro país a ALMARZA, K. y JIMÉNEZ, M. 2006. La Hipoteca Revertida: Un mecanismo para aumentar los ingresos de los adultos mayores. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, quienes hacen un análisis de la figura desde la perspectiva de la seguridad social. Con un enfoque económico también puede mencionarse a GONZÁLEZ, F. 2006. Plan de negocios para la comercialización de una hipoteca revertida. Tesis de Ingeniero Civil Industrial. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas; PARR, R. 2010. La hipoteca revertida: potencial desarrollo en Chile y una propuesta metodológica. Tesis de Magíster en Finanzas. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios; y MUÑOZ, M. 2011. Hipoteca revertida en Chile: una alternativa para la reducción de la pobreza. Tesis de Magíster en Finanzas. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios.

SBIF) que traten los mutuos hipotecarios, y la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

Debido a la inexistencia de esta figura en nuestro ordenamiento y la novedad que representaría su introducción, se estudiará en la primera parte de este trabajo la institución desde la perspectiva de la experiencia de su aplicación en países extranjeros, en los cuales lleva vigente varias décadas. Se tratarán brevemente los casos del Reino Unido, Estados Unidos y España, a partir de los cuales revisaremos la evolución legislativa de la figura, la caracterizaremos con sus elementos esenciales, identificando tanto su origen como su principal objetivo, el cual es el otorgar financiamiento a un grupo etario usualmente excluido del mercado financiero: el de los jubilados, abriéndoles, de esta forma, nuevas posibilidades de participación en él.

En una segunda sección continuaremos nuestro análisis entregando una definición de la hipoteca inversa, aclarando los puntos relevantes en cuanto a sus elementos esenciales, lo que luego nos permitirá hacer un examen idóneo de dicha institución a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, esclareciendo algunas cuestiones que consideramos relevantes, por ejemplo si se trata -como su nombre parece indicarlo- de una modalidad de la hipoteca, o bien de una modalidad del crédito. En respuesta a lo anterior, identificaremos su naturaleza jurídica como un crédito especial garantizado con hipoteca, pero abordaremos

también otras posturas que la han identificado como una figura diferente a la mencionada, señalando las consecuencias de la postura que se adopte al respecto. Se hará referencia, además, al carácter que presentaría este contrato desde la perspectiva de la clasificación general de los mismos.

Una vez realizado el ejercicio anterior, revisaremos conforme a las normas generales, tanto respecto de la hipoteca como del mutuo, si existen impedimentos para la aplicación en Chile de la hipoteca inversa, tal como se la haya caracterizado en el capítulo anterior, ya que nos encontramos ante una figura nueva, de creación foránea y que además se encuentra enfocada a un sector específico de la población, por lo que podría requerir de una mayor protección desde el ámbito de protección al consumidor.

En este sentido, realizaremos un análisis desde el derecho común, viendo el cumplimiento de los requisitos de existencia y validez, con especial atención en cuanto a la licitud del objeto, puesto que, como lo ha demostrado la experiencia comparada, en gran cantidad de casos podría estarse frente a un crédito de monto indeterminado. En este contexto, veremos si conforme al derecho de garantías es posible caucionar con una hipoteca una obligación de monto indeterminado, para lo cual será de utilidad la discusión que se ha suscitado sobre la licitud de la cláusula de garantía general hipotecaria. Así, el primer análisis será del objeto de la hipoteca inversa, las obligaciones que nacen para

cada una de las partes, tanto desde la perspectiva del crédito, como de la hipoteca que lo garantiza, estableciendo en este último caso, sobre qué tipo de bienes se puede constituir, y las similitudes que presenta esta disposición con otras instituciones propias del derecho de familia.

Desde la perspectiva del sujeto, se revisará quiénes pueden otorgar estos créditos especiales y los requisitos exigidos al deudor hipotecante para su calificación como sujeto pasivo, la situación particular de los herederos, quiénes pueden y deben ser beneficiarios, las posibles formalidades habilitantes del contrato, el consentimiento y su protección, y los posibles escenarios que se presentarían dependiendo del modelo de hipoteca inversa que se adopte, siempre teniendo especial consideración con respecto a las ventajas y desventajas de cada una de las opciones legales posibles. Asimismo, se resolverán posibles conflictos que podrían presentarse con algunas instituciones del ámbito del derecho de familia y del derecho sucesorio. Este análisis se realizará siempre en consideración a la normativa bancaria y financiera aplicable, tanto desde la perspectiva del mutuo como de la hipoteca, todo adicionalmente a la luz de la protección de los derechos del consumidor.

El momento de la exigibilidad del crédito, el límite impuesto a la deuda y la evaluación de la necesidad de establecer un seguro ante el riesgo de patrimonio negativo, forman parte de los elementos innovadores e

imprescindibles de esta figura, los que serán tratados culminando nuestra exposición.

En base al análisis desarrollado hasta entonces, habiendo valorado la conformidad de la hipoteca inversa con nuestro ordenamiento nacional, nos encontraremos en posición de proponer un modelo para su introducción en Chile que resulte compatible con la normativa vigente, adelantando, por el momento, que no se vislumbran impedimentos que obsten para ello, ya que no existen normas de orden público que puedan verse vulneradas con su introducción, y especialmente considerando que, encontrándonos dentro del ámbito del derecho privado, primará la autonomía de la voluntad en la creación de nuevas figuras jurídicas.

Nuestro objetivo, por tanto, no es hacer una revisión cabal de cada uno de los aspectos que conformen una figura compleja como la hipoteca inversa, sino que detectar y resolver algunas cuestiones jurídicas básicas que podrían suscitarse con ocasión de la recepción de la figura en comento en nuestro país, tal como se la ha conocido en el extranjero, para así despejar la discusión, y ofrecer las bases legales para que se adopten los mecanismos de “*equity release*”, en especial la hipoteca inversa, la que ha sido nuestro objeto de análisis, y cuya futura introducción se realice de la manera que más se acomode con nuestro ordenamiento.

CAPÍTULO I. HIPOTECA INVERSA EN EL MUNDO

1. Origen y fundamento

La figura de la hipoteca inversa tiene sus orígenes en el mundo anglosajón a partir del siglo XX, como sucesora de productos semejantes creados en el Reino Unido hacia los años 30, no obstante, es en el año 1965 que surge como la conocemos actualmente.³ En los Estados Unidos su desarrollo es posterior, data desde 1989, logrando una ascendente aunque lenta adhesión por parte del público.⁴ En otros países como España, Francia, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Finlandia, por mencionar algunos, se han creado figuras similares, aunque su implementación ha sido más reciente. Así, son variados los ordenamientos donde se ha dado cabida a esta institución, y es que no es menor la función que cumple. Su creación obedece a una necesidad propia de las sociedades modernas en las que la población envejece progresivamente y cada vez las expectativas de vida son más altas: la de elevar los ingresos de las personas en etapa de jubilarse.

³ HERRANZ G., R. 2006. Hipoteca Inversa y figuras afines. Madrid. Portal Mayores, Informes Portal Mayores, Nº 49.

⁴ SHAN, H. 2009. Reversing the Trend: The Recent Expansion of the Reverse Mortgage Market. En: Finance and Economics Discussion Series. Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs Federal Reserve. Washington D.C.

El desarrollo histórico de la hipoteca inversa ha estado fuertemente ligado al ámbito de la seguridad social, toda vez que se encuentra enfocada a aquel grupo de la población que no puede desempeñar funciones de carácter laboral, y que por su avanzada edad padece de un progresivo deterioro en su estado de salud, ya sea por la pérdida de fuerza física y/o en algunos casos también disminución de sus capacidades mentales, o de aquellas personas que se encuentran imposibilitadas por alguna situación particular (discapacidad física o mental), debiendo jubilarse, como es el caso de España. Ante la dificultad de realizar actividades remuneradas, se enfrentarán en la mayoría de los casos a una disminución en sus ingresos, viéndose mermado su poder adquisitivo de bienes y servicios, modificándose negativamente su estándar de vida. Si bien en la actualidad existen diversos mecanismos que buscan paliar dicha situación, tales como fondos de ahorro previsionales obligatorios, como es el caso de Chile, cuentas de ahorro voluntario, pensiones solidarias entregadas por el Estado, entre otros, estas medidas no han sido suficientes para satisfacer las necesidades de este sector de la población, ya sea por la insuficiencia de las mismas o bien por la voluntad de estas personas de ver incrementado su patrimonio líquido⁵.

⁵ Véase el ejemplo de España en QUESADA, A. 2009. Hipotecas Especiales. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (711):353-368; y PACHECO, M. 2009 La Hipoteca Inversa: Ventajas e Inconvenientes para los Consumidores. Centro de Estudios de Consumo. [en línea] <<https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2009/6-2009-3.pdf>> [consulta: 15 de abril de 2014]

En Méjico revisar REYES, B. 2010. Propuesta de un Modelo de Hipoteca Inversa sobre el valor del terreno de la Ciudad de México. [en línea]

Por otra parte, las posibilidades de acceso a obtener financiamiento de parte de las instituciones financieras para este sector es limitado, debido a que las personas en edad de jubilación no son sujetos atractivos para el mercado de los créditos⁶, pues, como mencionamos en el párrafo anterior, sus ingresos generalmente son bajos y dependerán de lo que han logrado ahorrar durante su etapa activa, sin olvidar que su avanzada edad merma las expectativas de exigibilidad de la deuda para los acreedores.

Sin perjuicio de lo anterior, especialmente respecto de las personas que se encuentran en la etapa cúlmine de su vida, hay un importante factor a considerar al hablar de su patrimonio, y es que éste, en muchos casos, se encuentra conformado por otra clase de bienes que son activos menos líquidos que el dinero, siendo el más común la vivienda propia. Resulta menester, por tanto, preguntarnos si estos bienes inmuebles forman parte de la riqueza disponible de las personas jubiladas. Como bien afirma SHAN⁷, los

<<http://www.cnsf.gob.mx/Eventos/Premios/2010%20Seguros/3er.%20Lugar%20Seguros%202010.pdf>> [consulta: 17 de abril de 2014].

⁶ CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 2008. Hipoteca revertida. Un modelo propuesto para Chile". En: SEMINARIO "LA Hipoteca Revertida: Experiencia Internacional y sus Posibilidades de Aplicación en Chile". Santiago de Chile, CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. pp. 89-138. [en línea] <<http://www.ciedessweb.cl/ciedess/component/content/article/34-destacados-ciedess-home/204-seminario-la-hipoteca-revertida-experiencia-internacional-y-sus-posibilidades-de-aplicacion-en-chi>> [consulta: 15 de abril de 2014]

⁷ SHAN, H. op cit. p.4 "*When evaluating retirement saving adequacy, economist and financial planners have to decide wheter housing equity should be included as consumable wealth.*

economistas y planificadores financieros deben decidir si el valor comercial de sus bienes raíces pueden ser incluidos como un bien consumible, y por tanto como un ingreso disponible para las personas al momento de su retiro laboral. No es baladí dicha decisión toda vez que de ella dependerá si podemos ampliar el abanico de posibilidades para que estas personas, antes sujetos poco atractivos para el mercado financiero, puedan complementar sus ingresos u obtener un financiamiento mayor.

En este sentido, hemos de considerar que estos bienes sí constituyen a lo menos una posibilidad de aumentar la riqueza líquida, pues si bien el denominado popularmente “sueño de la casa propia” aspiraba a que las personas adquirieran sus viviendas con el objetivo de permanecer en las mismas hasta el momento de su muerte, no se puede desconocer el fuerte rol económico de los bienes raíces en la historia de la humanidad. Su importancia se ha visto reafirmada por el reconocimiento expreso del derecho de dominio y su tratamiento en nuestro Código Civil de 1855 así como la protección constitucional al derecho de propiedad en nuestro ordenamiento, a través del principio de la autonomía de la voluntad y de la libre circulación de los bienes, que buscan favorecer la enajenación de éstos. Por tanto, no habría, en principio, una limitación a la facultad de disposición que tiene el dueño de la

Because housing is both a consumption good and an investment good, the correct treatment of housing equity may not be obvious in the retirement saving context”.

casa para liquidar el valor de la misma y obtener con ello mayores ingresos.⁸ Sin embargo, no se puede desconocer que en la mayoría de los casos, el público general al cual están dirigidas las hipotecas inversas dispone de un solo bien inmueble y es el que habitan, por lo que enajenarlo o comprometerlo mediante una hipoteca normal, con el riesgo de perderlo y quedarse sin un lugar donde vivir, significaría sólo acrecentar el problema.⁹

Es por ello que la hipoteca inversa, o *Home-equity Reverse Mortgage*, en su denominación anglosajona, presenta características particulares que la diferencian de un préstamo cualquiera garantizado con una hipoteca.

Su base o fundamento económico social es bastante lógico, por un lado tenemos a un grupo de personas que ven estancadas sus posibilidades de obtener mayores ingresos, e incluso se ven disminuidas en su capacidad económica, y por el otro sabemos que estas mismas personas disponen al menos de un bien inmueble en su patrimonio. Adquisición que fue quizás la mayor inversión que hicieron durante sus vidas, y del cual pueden obtener dividendos líquidos durante lo que les queda por vivir sin verse obligados a dejar de habitar ahí, posibilidad que no les entregan otras figuras tradicionales

⁸ PEÑAILILLO, D. 2010. Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales. 4ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp.63-64.

⁹ CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. op cit. p. 91.

como es la enajenación del inmueble, u otorgarlo como garantía de un crédito que probablemente los lleve a una peor situación económica.

A continuación revisaremos el desarrollo que ha presentado la hipoteca inversa en algunos países seleccionados, con un breve análisis de sus elementos comunes particulares. Se estudiará en primer lugar el caso del Reino Unido, pues es allí donde nació la hipoteca inversa, y un lugar en el que se sigue utilizando en la actualidad. Luego estudiaremos la situación de la hipoteca inversa en los Estados Unidos, ya que es uno de los países en que ha tenido un mayor desarrollo y complejidad. También veremos la experiencia de España, como ejemplo de su aplicación en la Europa continental, que aunque presente una implementación más reciente, ha optado por regular la institución de manera especial, como se verá.

2. Selección de casos relevantes

2.1. Reino Unido

La figura en el Reino Unido se ha construido sobre el concepto de *equity*, entendido éste como la diferencia entre una hipoteca existente y el precio del

inmueble¹⁰, de manera tal que, por ejemplo, en la compra de una casa, el *equity* va aumentando a medida que se paga la hipoteca acordada hasta hacerse equivalente al precio de la casa. De esta manera, al pagar completamente una hipoteca, el inmueble “recupera” completamente su valor. Sin embargo, tratándose de la compra de viviendas, ello sucede luego de varios años, momento en que, como se ha referido más arriba, los ingresos disminuyen, por lo que la necesidad de aprovechar el valor ilíquido del inmueble -que puede ser el activo de mayor valor que se posea- surge.

Los mecanismos para aprovechar el valor del inmueble o liquidarlo son variados¹¹, desde la venta de la casa, el arrendamiento de la totalidad o parte de ella, mecanismos como el *leaseback* o *sale-and-rent-back agreements*, o aquellos que en el Reino Unido se han denominado como *equity release*, los que tienen la particularidad de liberar parte del valor del inmueble sin que su dueño deba abandonarlo¹². Dentro de los mecanismos de *equity release* - además de los *reversion plans*- es que se incluye la hipoteca inversa o vitalicia

¹⁰ COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS. 2014b. What is equity release? [en línea] <<http://www.cml.org.uk/cml/consumers/equityrelease/What>> [consulta: 09 de abril de 2014]

¹¹ WILLIAMS, P. 2008. Please release me! A review of the equity release market in the UK, its potential and consumer expectations. pp. 29 y ss. [en línea] <<https://www.cml.org.uk/cml/filegrab/Pleasereleaseme.pdf?ref=5799>> [consulta: 15 de abril de 2014]

¹² TERRY, R. y LEATHER, Ph. 2001. The market for equity release schemes. p. 1. [en línea] <https://www.cml.org.uk/cml/filegrab/pdf_pub_hf_51-6.pdf.pdf?ref=3317> [consulta: 17 de abril de 2014]: “...*equity release is defined as ‘the unlocking of some or all of the equity tied up in the property, without the owner having to move house or being able to demonstrate that the finance generated can be repaid out of income’.*”

(*lifetime mortgage*), como se la ha denominado en este ordenamiento, que es la figura que analizaremos.

Las primeras apariciones de la hipoteca inversa datan de 1965, pero su oferta se masificó a partir de la década de 1980. Sin embargo, a fines de la misma década por diversos factores económicos su demanda se estancó, pues en ocasiones la deuda superaba el valor del inmueble¹³, y el producto se percibía como riesgoso, dado que, por lo dicho, dejaba a muchas personas en difíciles situaciones económicas¹⁴. Es a partir de comienzos de este siglo que se ha experimentado un crecimiento del mercado¹⁵, que se ha sostenido a niveles moderados durante los últimos años.

La hipoteca inversa permite a personas de 55 años o más de edad¹⁶ obtener un crédito, entregado como una única suma o bien como rentas periódicas, garantizado con una hipoteca, lo que asegura el pago del crédito a la vez que permite al deudor seguir habitando su casa, de la que, de hecho, sigue siendo

¹³ TAFFIN, C. 2004. Hipoteca Inversa o Vitalicia. Asociación Hipotecaria Española. p. 8. [en línea] <http://www.unizar.es/eueez/mercadoinmobiliario/files/hipoteca_vitalicia.pdf> [consulta: 17 de abril de 2014]

¹⁴ ROZARIO, A. 2012. The state of the equity release market. En: GERMAN, L. (Ed.) Making the most of equity release: perspectives from key players. Londres. The Smith Institute. p. 12.

¹⁵ SAFE HOME INCOME PLANS. 2009. Facing the future. Redefining equity release to meet today's social and economic challenges. p. 27. [en línea] <<http://www.equityreleasecouncil.com/document-library/ship-facing-the-future-discussion-paper/>> [consulta: 17 de abril de 2014]

¹⁶ EQUITY RELEASE COUNCIL. 2014. What is Equity Release. [en línea] <<http://www.equityreleasecouncil.com/what-is-equity-release/>> [consulta: 15 de abril de 2014]

dueño. El crédito no será ejecutado hasta la muerte del (los) beneficiario(s) o su mudanza, o hasta que se venda el inmueble.¹⁷

La hipoteca inversa, a su vez, presenta actualmente en el Reino Unido diversas modalidades (que más bien son diversas formas para su pago): una posibilidad es que se entregue una suma o rentas mensuales, se pacte una tasa de interés, que puede ser fija o variable, y que los intereses que se devenguen mientras la deuda no sea exigible se sumarán mensual o anualmente a la deuda principal, pagándose conjuntamente con ésta al momento de la muerte o venta de la casa, lo que se conoce como *roll-up mortgage* o *rolled-up interest loan*. En segundo lugar, puede recibirse el crédito como una suma única de dinero, sobre la cual se devengarán intereses que deberán ser pagados mensualmente por el deudor a una tasa de interés fija o variable, y al momento de hacerse exigible la deuda debe pagarse sólo el capital; esta modalidad es denominada *interest-only mortgage*. Como tercera opción, es posible acordar el pago de una cantidad fija superior al monto del crédito o *fixed-repayment mortgage*, recibándose una suma única de dinero pero sin que se pacten intereses, sin perjuicio de la posibilidad de que se carguen intereses desde que la deuda se hizo exigible (desde la muerte del

¹⁷ EQUITY RELEASE COUNCIL. 2013a. Customer Information Brochure. p. 2. [en línea] <<http://www.equityreleasecouncil.com/document-library/customer-information-brochure/>> [consulta: 17 de septiembre de 2013]

(los) beneficiario(s)) hasta que la deuda sea efectivamente satisfecha.¹⁸ Es posible incluir otra forma de hipoteca inversa, que si bien ya no es utilizada, por los riesgos que implica, es posible que vuelva a ocuparse en el futuro: la hipoteca con apreciación del inmueble compartida o *shared appreciation mortgage*, bajo esta modalidad se recibe una suma de dinero y se acuerda un porcentaje sobre la apreciación de la casa que deberá ser pagado al acreedor, lo que hace las veces de interés.¹⁹

La mayor parte del desarrollo de los mecanismos de *equity release* en el Reino Unido ha estado entregado al mercado, sin una intervención regulatoria definida y específica, más allá de la aplicación de las reglas generales de la hipoteca a la hipoteca inversa, pues, como reconoce el *Council of Mortgage Lenders* (CML), la hipoteca inversa debe ser considerada simplemente como una hipoteca²⁰. En este sentido, fue la propia industria la que fue estableciendo pautas y estándares de comportamiento, como indican TERRY y LEATHER, a través del *CML's Mortgage Code*, de forma general, y especialmente a través del código de conducta del grupo *Safe Home Income Plans* (SHIP, ahora parte del *Equity Release Council*). SHIP fue creado en el año 1991, y su código establecía que: (i) los miembros debían presentar sus productos en condiciones

¹⁸ THE MONEY ADVICE SERVICE. 2011. Equity release schemes. Raising money from your home. pp. 5-6. [en línea] <moneyadvice.service.org.uk> [consulta: 17 de septiembre de 2013]

¹⁹ COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS. 2014a. Taking out a mortgage. [en línea] <<http://www.cml.org.uk/cml/consumers/equityrelease/taking>> [consulta: 15 de abril de 2014]

²⁰ COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS. 2012. Yearbook. p. 73. [en línea] <<http://viewer.zmags.com/publication/d522cdea#/d522cdea/74>> [consulta: 13 de abril de 2014]

de no discriminación, simple y completa, debiendo asimismo expresar claramente los beneficios, obligaciones, variables y limitaciones, como también la situación tributaria y los efectos del cambio de valor de las casas; (ii) el cliente tenía derecho a utilizar el abogado de su elección para los trámites legales; y (iii) el certificado SHIP debía establecer claramente el costo para el dueño del inmueble.²¹ Actualmente el SHIP ha desaparecido para ser integrado al *Equity Release Council* (ERC), principal órgano de autorregulación, como sus *standards board*. De manera similar al SHIP, el ERC ha dictado un código de conducta al cual deben adherir sus miembros, haciendo suyo el anterior del SHIP, en el cual se establecen los siguientes seis criterios en protección de los consumidores como obligaciones de las instituciones financieras:

- Permitir al cliente deudor permanecer en su inmueble mientras siga siendo su residencia principal;
- Presentar a los consumidores sus planes en condiciones de no discriminación, de forma simple y completa. Debe expresarse claramente en la documentación todo beneficio, limitación y obligación para el consumidor. Debe asimismo expresarse todo costo para el consumidor, incluyendo las implicancias tributarias, su posibilidad de mudarse y los efectos del cambio de valor del inmueble;

²¹ TERRY, R. y LEATHER, Ph. op. cit. p. 4.

- Permitir al cliente el trasladar su plan a otra propiedad que cumpla con las condiciones necesarias sin penalización alguna;
- Dar al consumidor la posibilidad de que un abogado independiente realice sus trámites legales, al que deberá entregarse toda la información sobre los beneficios para el consumidor. El firmará un certificado sólo cuando esté seguro de que el consumidor ha entendido completamente los riesgos y beneficios del plan;
- Emitir un certificado del ERC, firmado por el abogado, para asegurar que el cliente conoce los términos e implicancias del plan contratado, incluyendo el impacto del mecanismo de *equity release* sobre el inmueble;
- Dar al consumidor una garantía de “no patrimonio negativo” en todos los planes, es decir, que la deuda nunca sobrepasará el valor de la casa, y que no quedará luego deuda sobre el inmueble.²²

²² *The Code of Conducts states that members must:*

1. *allow customers to remain in their property for life provided the property remains their main residence;*

2. *provide customers with fair, simple and complete presentations of their plans. This means that the benefits and limitations of the product together with any obligations on the part of the customer are clearly set out in their literature. It should include all costs that the customer has to bear in setting up the plan as well as the tax implications, their position on moving house and the effects of changes in house values on their loan;*

En el mismo sentido que las reglas del código citado, el ERC ha establecido estándares adicionales a ser cumplidos por sus miembros en la oferta de los planes y productos, pensados también en la protección del consumidor.²³

Recientemente, la *Financial Conduct Authority* (FCA), antes *Financial Services Authority*, ha regulado los mecanismos de *equity release*, considerando a la hipoteca inversa, en particular, como es lógico, como una hipoteca. Así, se define en el Glosario del *FCA Handbook* la hipoteca inversa (*lifetime mortgage*) como un contrato regulado de hipoteca que cumpla las siguientes condiciones: (a) su aplicación esté restringida a consumidores sobre determinada edad; (b) aunque se especifique un término para la hipoteca, el acreedor no pueda buscar la satisfacción del crédito hasta que: (i) el consumidor muera, (ii) el consumidor se mude del inmueble sin que haya una expectativa razonable de que vuelva, (iii) el consumidor adquiera otra casa

3. *allow customers the right to move their plan to another suitable property without any financial penalty*

4. *give customers the right to an independent solicitor of their own choice to conduct their legal work. The firm must provide the solicitor with full details of the benefits their client will receive prior to the completion of the plan. The solicitor only signs a certificate once he or she is satisfied that their client fully understands the risks and benefits of the plan.*

5. *provide an Equity Release Council certificate, signed by the solicitor, to ensure clients are aware of the terms and implications of the plan including the impact of equity release on their estate*

6. *give customers a no negative equity guarantee on all equity release plans. This means customers will never owe more than the value of their home and no debt will ever be left to the estate.*

²³ Véase al respecto EQUITY RELEASE COUNCIL. 2013b. Equity release council rules and guidance. [en línea] <<http://www.equityreleasecouncil.com/ship-standards/rules-and-guidance/>> [consulta: 13 de abril de 2014]; especialmente el apartado “4. Product standards”.

como su vivienda principal, (iv) el consumidor venda el inmueble hipotecado, o (v) el acreedor ejerza el derecho que la hipoteca le concede conforme a la ley; y (c) mientras el consumidor ocupe el inmueble como su residencia principal: (i) no se deba pagar parte del capital o intereses por dicho capital, salvo que sea de forma voluntaria por el consumidor, (ii) aunque pueda devengarse intereses, no sea exigible el pago de parte o el total del capital, o (iii) aunque pueda deberse intereses y parte del capital, no sea exigible el total del capital.²⁴

El FCA Handbook, en su sección *MCOB Mortgage and Home Finance: Conduct of Business sourcebook*, contempla también importantes normas en cuanto a protección del consumidor (MCOB 2.6A, MCOB 4), como también reglas especiales para la promoción y venta de los mecanismos de *equity*

²⁴ a [regulated mortgage contract](#) under which:

(a) entry into the mortgage is restricted to older [customers](#) above a specified age;

and

(b) the [mortgage lender](#) may or may not specify a mortgage term, but will not seek full repayment of the loan (including interest, if any, outstanding) until the occurrence of one or more of the following:

(i) the death of the [customer](#); or

(ii) the [customer](#) leaves the mortgaged land to live elsewhere and has no reasonable prospect of returning (for example by moving into residential care);

or

(iii) the [customer](#) acquires another dwelling for use as his main residence; or

(iv) the [customer](#) sells the mortgaged land; or

(v) the [mortgage lender](#) exercises its legal right to take possession of the mortgaged land under the terms of the contract.

and

(c) while the [customer](#) continues to occupy the mortgaged land as his main residence:

(i) no instalment repayments of the capital and no payment of interest on the capital (other than interest charged when all or part of the capital is repaid voluntarily by the [customer](#)), are due or capable of becoming due; or

(ii) although interest payments may become due, no full or partial repayment of the capital is due or capable of becoming due; or

(iii) although interest payments and partial repayment of the capital may become due, no full repayment of the capital is due or capable of becoming due.

release, particularmente en cuanto a la información que debe darse a los consumidores y la posibilidad de recomendar planes analizando su conveniencia para ellos (MCOB 8, MCOB 9). Es importante señalar que de llegar a instancias en que se remate el inmueble, si no se alcanza con la venta el valor de lo adeudado, la deuda no se extinguirá, sino que será posible perseguir el saldo insoluto, debiendo guardarse ciertas formalidades de comunicación al deudor (MCOB 13.6).

En resumen, vemos que la hipoteca inversa, en el Reino Unido, pretende responder a la necesidad de la población pasiva identificada más arriba. Sus características principales son, en general, las que veremos son comunes en otros ordenamientos, mas su desarrollo ha estado históricamente entregado a la propia industria, la que por medio de la autorregulación ha logrado configurar la institución como la conocemos hoy. Recientemente la autoridad ha regulado la hipoteca inversa considerándola como un contrato de hipoteca (*mortgage*), aunque haciéndole extensiva cierta normativa propia de los mecanismos de *equity release*. Por cierto que la intervención regulatoria da un nivel de seguridad cuya ausencia anteriormente se hacía sentir, pero no debemos pasar por alto que lo que hace principalmente es recoger la experiencia que la evolución del mercado brindaba.

2.2. Estados Unidos

Como mencionamos anteriormente, la aparición de la figura de la hipoteca inversa en los Estados Unidos data alrededor de la década de los años 60', mediante la "*Fannie Mae Foundation's Home Keeper Mortgage*". Sin embargo, no es hasta 1987 que el congreso introduce el programa de la *Home Equity Conversion Mortgage* (HECM), el cual es aprobado por el departamento de vivienda y desarrollo urbano (HUD, por las siglas en inglés de *Department of Housing and Urban Development*), entidad encargada de su administración, y que permitió a las entidades financieras otorgar estos productos con una garantía estatal de la *Federal House Administration* (FHA), perteneciente al HUD²⁵.

Existen dos grandes grupos de hipotecas inversas en los Estados Unidos: una de ellas, que ya mencionamos, es la HECM, la cual cuenta con una garantía estatal, y que ha sido el programa dominante en cuanto a su otorgamiento, constituyendo sobre el 90% del mercado²⁶. Por otra parte, encontramos las *Proprietary Reverse Mortgage*, que son ofrecidas por instituciones privadas (bancos y compañías hipotecarias) que no cuentan con garantía estatal de la FHA. A este grupo pertenece también la *Home Keeper*

²⁵ SASKATCHEWAN LAW REFORM COMMISSION. 2006. Report on reverse mortgages. p. 4. [en línea] <<http://lawreformcommission.sk.ca/reverse-mortgage.pdf>> [consulta: 17 de abril de 2014].

²⁶ SHAN, H. op cit. p. 8.

Mortgage de la fundación Fannie Mae. De forma general, son denominadas *Jumbo reverse mortgage* debido a que se encuentran dirigidas a propiedades avaluadas a partir de los US \$750.000.

Ambos productos presentan importantes diferencias: primeramente, en cuanto al monto del préstamo, en las hipotecas inversas “Jumbo” no existe un límite impuesto a cantidad a recibir y sus costos asociados, permitiendo, de esta forma, que se puedan dar en hipoteca inversa propiedades de más alto valor comercial. Tampoco se encuentran sujetas a la misma regulación, muestra de ello es que en las HECM existe la obligación de asesorarse legalmente por un tercero. Empero, es importante tener claro que en ambas los préstamos son otorgados por instituciones privadas, no por el Estado, sólo que las HECM son estructuradas por el gobierno y cuentan con garantía estatal. En la actualidad, las *Proprietary Reverse Mortgage* se encuentran en desuso luego de la reciente crisis económica o “*subprime*” que afectó fuertemente el sector hipotecario en los Estados Unidos, quedando como el único producto del sector las *Home Equity Conversion Mortgage*²⁷.

²⁷ Véase información al respecto en SHAN, H. Ibid. También en NEW RETIREMEN. 2014. *Jumbo Reverse Mortgage and Proprietary Reverse Mortgage Loans*. [en línea] <<http://www.newretirement.com/Services/Jumbo-Reverse-Mortgage.aspx>> [consulta: 15 de abril de 2014]; y en NATIONAL REVERSE MORTGAGE LENDERS ASSOCIATION. 2014b. *Types of Reverse Mortgages*. [en línea] <<http://www.reversemortgage.org/About/TypesofReverseMortgages.aspx>> [consulta: 15 de abril de 2014]

Si bien mencionamos dos grandes grupos de hipotecas inversas, centraremos nuestro análisis en aquella que ha predominado el mercado norteamericano durante los últimos 35 años, la HECM.

2.2.1. El programa de hipotecas inversas otorgadas con garantía estatal: las HECM

Desde el primer préstamo otorgado en 1989, han sido el producto dominante en el mercado estadounidense de hipotecas inversas, y, aunque su adhesión por parte del público no fue la esperada inicialmente, durante la década pasada se evidenció un fuerte aumento, lo que ha ido acrecentando el interés por parte del público hacia el producto.²⁸

Lo primero que debemos tener claro es que se trata de un préstamo otorgado por una entidad financiera (bancos y compañías hipotecarias) sólo a personas mayores de 62 años, propietarias de un inmueble que ocupen como residencia principal, quienes, en el caso de encontrarse casadas, su cónyuge debe también cumplir con el límite de edad para ser incluido en el título como beneficiario -lo que, en definitiva, viene a significar que todos aquellos que figuren como dueños con el solicitante en el título de propiedad deben tener una edad igual o superior al límite impuesto-. Dicha propiedad garantizará el pago

²⁸ SASKATCHEWAN LAW REFORM COMMISSION. *op cit.* p. 5.

de la deuda mediante la constitución de un derecho de hipoteca sobre ella, hipoteca que debe ser la primera sobre la vivienda, es decir, no puede haber una hipoteca anterior. En esta operación, a diferencia de los créditos comunes otorgados con garantía hipotecaria, la deuda se hace exigible sólo una vez que el deudor fallezca o si éste o el último beneficiario sobreviviente dejan de ocupar la vivienda como su residencia principal.

Entre otras exigencias, el solicitante debe asesorarse legalmente por un tercero, lo cual eleva los costos asociados a la contratación del producto, y continuar haciéndose cargo de lo que en nuestro ordenamiento se denominarían mejoras necesarias, tanto las ordinarias como extraordinarias, materiales o inmateriales²⁹ (reparos, mantención, pago de impuestos y de los seguros, etc.), obligaciones que de ser incumplidas llevan a la exigibilidad inmediata de la deuda.³⁰

Otra característica no menos relevante, y que diferenciaba este programa de las hipotecas inversas sin garantía estatal, es el monto máximo del préstamo que se puede otorgar, que se denomina *Maximun Claim Amount* (MCA), el cual es determinado por la FHA, quien a su vez determina el monto mínimo que se puede otorgar como préstamo. Ahora, el monto del crédito nunca puede

²⁹ PEÑAILILLO, D. op. cit. pp. 239-240.

³⁰ Al respecto véase LUQUE, M. 2009. Una Nueva Modalidad de Hipoteca: La Hipoteca Inversa. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (711):249-253; y el sitio de la *National Reverse Mortgage Lenders Association* (NRMLA) <https://www.nrmlaonline.org/>.

exceder el valor comercial de la vivienda, por lo que el cálculo del mismo tendrá en consideración la edad del solicitante, la tasa de interés y la forma de pago del monto para su otorgamiento, con el tope legal impuesto por la FHA, el cual variará dependiendo de la situación particular de cada Estado. Esta situación ha sido criticada por algunos³¹, considerándola como un desincentivo a que se otorguen hipotecas inversas garantizadas por el Estado sobre propiedades de alto valor comercial, debido a que sólo una parte de su casa podrá convertirse en valor líquido disponible por causa de la limitación legal.

La garantía estatal otorgada por la FHA que respalda a los créditos HECM cubre el riesgo de patrimonio negativo del préstamo. Uno de los problemas que puede presentar la hipoteca inversa es que al momento de hacerse exigible la deuda el valor del préstamo exceda el valor del inmueble, y, aunque el monto prestado no debiese exceder el valor comercial de su venta, podrían presentarse dificultades en cuanto a que los intereses³² que se van devengando puedan sobrepasar el monto pactado. Una situación similar podría producirse en el caso de una depreciación en el valor del inmueble por una crisis económica u otros factores en ocasiones imprevisibles. En este caso, la garantía protege a los herederos y al prestamista, ya que la deuda no puede

³¹ SHAN, H. op. cit. pp. 24-26.

³² El interés de los préstamos otorgados era compuesto, dependiendo de la modalidad de hipoteca inversa elegida *standard* o *saver*, y la tasa podía ser fija o variable. No obstante, con la reciente modificación de 30 de septiembre de 2013 los programas *standard* y *saver* se han unificado y el consumidor tiene la posibilidad de elegir si desea una tasa fija o variable.

hacerse exigible en otros bienes del patrimonio, sino sólo en la casa hipotecada, por lo que si hay un valor restante, éste queda cubierto por el seguro. Asimismo, en caso de que la compañía que otorgó el préstamo no pueda seguir haciéndose cargo de los pagos, la FHA asume la responsabilidad por el acreedor sin interrumpir los pagos que deban realizarse al deudor.

El fondo del seguro es un costo que debe soportar el solicitante de la hipoteca inversa el cual es cancelado a la FHA. La determinación de este pago ha sufrido un cambio mediante la más reciente modificación estableciéndose en función del monto recibido durante el primer año.

Los programas disponibles de HECM se clasifican en *standard* o *saver*. El programa *standard* ofrece una suma a entregar en función de una tabla elaborada por la FHA que dependerá de la edad del solicitante, el valor del inmueble, los intereses y costos asociados, que son los iniciales y los correspondientes al seguro. El programa *saver* está pensado para aquellas personas que requieren de menos dinero, y, por tanto, los costos asociados son más bajos que los del programa *standard*. No obstante, con la más reciente modificación estos programas se han unificado formando una única opción de

hipoteca inversa pero con un límite más bajo en cuanto a los montos otorgados.³³

Otra de las características de la hipoteca inversa HECM, es que se puede optar por distintas modalidades de pago del monto solicitado. A diferencia de la hipoteca tradicional, en la que es el deudor quien realiza los pagos en cuotas o modalidades pactadas, en la hipoteca inversa el crédito se hace exigible y, por ende, se paga sólo una vez fallecido(s) el(los) beneficiario(s), o cuando se incumplen las condiciones, como revisamos anteriormente. De esta manera, el deudor puede elegir entre las siguientes formas de recibir el dinero prestado:

- *Tenure*. Esta modalidad consiste en el pago de una renta mensual por parte del prestamista que recibe el deudor hasta el tiempo de su fallecimiento mientras continúe ocupando el inmueble como residencia principal.
- *Term*. El monto acordado se percibe de forma mensual por una cantidad de tiempo acordado a elección del deudor.

³³ Con la nueva modificación que comenzó a regir el 30 de septiembre de 2013, y la consolidación de los programas en un solo producto, además se agrega el *single payment disbursement option*, producto que se encuentra destinado a aquellas personas que desean una cantidad más baja a lo que podrían obtener con el valor de su casa, el cual es entregado de una sola vez.

- *Line of credit.* El deudor dispondrá de una línea de crédito, de la cual podrá ir retirando el dinero en la forma y tiempo que vaya estimando conveniente, sin previo acuerdo, hasta que el monto de la cuenta se agote.
- *Modified Tenure.* Este plan permite combinar el plan de línea de crédito con el plan *tenure*.
- *Modified Term.* Esta forma permite combinar el plan *Term* con el de línea de crédito.

2.2.2. Otros tipos: hipotecas inversas de uso único³⁴

Como pudimos revisar, son dos las grandes categorías de hipotecas inversas a nivel nacional en los Estados Unidos, no obstante, existen en algunos Estados concesiones de este tipo de hipotecas que son ofrecidas por los gobiernos estatales, las que dependiendo del programa en que se ofrezcan, el monto otorgado sólo puede ser utilizado con una finalidad determinada. Se otorga una suma única y no es necesario pagar mientras se viva en la propiedad, sus costos asociados y la tasa de interés es fija o con interés simple

³⁴ Véase al respecto HAMMOND, C. 1993. Reverse Mortgages. A financial planning device for the elders. 1 Elder L.J.74. The John Marshall Law School. pp. 84-85.

en vez de compuesto, por lo que son relativamente más económicas que las otras hipotecas inversas.³⁵

TAFFIN³⁶ menciona dos clasificaciones para este tipo de hipotecas inversas: las DLP o préstamos de pago aplazado y las PTD o aplazamiento del impuesto sobre la propiedad inmobiliaria. En el primer caso, es entregada una suma única para que la persona pueda hacer reparaciones o mejoras en su casa (pudiendo las obras estar sujetas a limitaciones), siendo, además, préstamos que pueden complementar una HECM, constituyendo una segunda hipoteca para el inmueble gravado. Por otra parte, las PTD están destinadas a personas que requieran la entrega de una cantidad que cubrirá parte, un porcentaje o la totalidad de los impuestos a pagar durante un cierto período de años. Este préstamo difiere del anterior en cuanto no puede complementarse con otros, pero ambos comparten la característica de tener costos reducidos.

Existe una gran variedad de productos que configuran la hipoteca inversa en los Estados Unidos, a pesar de la predominancia de las hipotecas inversas concedidas con garantía estatal de la FHA. A partir de lo anterior, no deja de ser interesante mencionar la influencia del aparato estatal en el impulso de la hipoteca inversa, lo cual deja en evidencia la importancia de tener una

³⁵ REYES, B. op. cit. pp. 32.

³⁶ TAFFIN, C. op. cit. p. 12. Es importante tener en consideración que debido a su particularidad, ya que se encuentran disponibles en pocos estados, la variación es más amplia que las enunciadas en este trabajo.

regulación que resguarde los intereses de los mayores, quienes, además de detentar la calidad de consumidores, pueden encontrarse en una posición aun más vulnerables que el resto de la población.

2.3. España

La hipoteca inversa española data de años recientes. Su introducción se produjo entre el año 2005 y el 2007, con un primer intento en 2005 mediante una propuesta legislativa que otorgase mayores beneficios tributarios a las operaciones realizadas con personas mayores en etapa de jubilación³⁷. A pesar de que dicha disposición no fructiferó, el gobierno español tomó interés en el asunto y propuso una reforma de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación de Mercado Hipotecario, materializada mediante la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, la que introduce esta figura de origen anglosajón, y que incorpora, además, los beneficios tributarios propuestos con anterioridad.

La nueva figura también responde a una necesidad derivada del aumento de la esperanza de vida de la población en los países más desarrollados, y, por tanto, de un grupo cada vez más grande en estado de dependencia económica.

³⁷ ZURITA, I. 2008. La Nueva Normativa Reguladora de la Hipoteca Inversa. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (707):1277. Al respecto, señala que se trata de una reforma en el Real Decreto Legislativo 3/2004, el cual se modificaría con la incorporación de reducciones de base imponible y exenciones tributarias sobre operaciones de constitución de préstamos y créditos con garantía hipotecaria constituida sobre un bien inmueble, siempre que el propietario fuese mayor de 65 años o una persona dependiente por incapacidad.

Si bien se habían introducido ya algunas medidas legislativas para paliar dicha situación por parte del gobierno, el sector privado no se quedaba atrás e impulsaba nuevas figuras orientadas también hacia la “auto-atención”³⁸.

Consecuencia de lo anterior, es que el contexto de aplicación de la hipoteca inversa se encuentra delimitado legalmente por la reforma introducida en el año 2007, dejando poco espacio a la autonomía de la voluntad de las partes, por quienes el legislador se encargó de definir el producto.

2.3.1. Ley 41/2007, de 7 de diciembre³⁹

La disposición adicional primera de esta ley define la figura de la hipoteca inversa de la siguiente forma:

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:

³⁸ ZURITA, I. Ibid.

³⁹ ESPAÑA. 2007. Ley 41/2007 de 7 de diciembre. Boletín Oficial del Estado. 8 de diciembre de 2007. [en línea] <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-21086> [consulta: 13 de abril de 2014]

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

- b) Que el acreedor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.

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

- d) Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños, de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 21/1981, de 25 de marzo, de regulación de mercado hipotecario.

Los requisitos anteriores son los esenciales para que podamos hablar de hipoteca inversa en España.

Estos préstamos pueden ser concedidos sólo por entidades financieras o aseguradoras autorizadas para operar en España. Asimismo es el Ministerio de Hacienda y Economía el encargado de delimitar el ámbito de su

comercialización y el tratamiento de protección a los derechos de los consumidores, debiendo las entidades otorgantes suministrar asesoramiento sobre dichos productos, quienes deberán analizar la situación particular del solicitante, asesoría que debe atenerse a las normas que entregue dicho Ministerio.

En este ordenamiento se extiende el sujeto pasivo de la obligación a aquellas personas que se encuentran en “estado de dependencia severa o grave”, lo que constituye una innovación a las hipotecas inversas clásicas de Estados Unidos y el Reino Unido. Esta novedad es plenamente afín con los objetivos de la institución, a los que ya hemos hecho alusión, puesto que estas personas también pueden presentar problemas en la obtención de ingresos para su subsistencia. Sin embargo, en los casos de que se trate de personas de edad media lo más probable es que no se constituyan como sujetos atractivos para los prestamistas, toda vez que en estos casos también tendrían que esperar al momento de su muerte para hacer exigible su crédito.

En cuanto al incumplimiento de las condiciones pactadas se faculta a la entidad prestataria a exigir el cumplimiento de la deuda en caso de transmisión del inmueble por un acto entre vivos, dejando, en todo caso, la posibilidad de que se otorgue una garantía suficiente en su lugar.

Con respecto a la exigibilidad de la deuda, como ya mencionamos ésta se produce una vez fallecido el constituyente o el último de los beneficiarios, caso en el cual, los herederos de la sucesión pueden pagar la deuda devengada con sus intereses, para que no se produzca la salida del inmueble del patrimonio, o, en caso contrario, el acreedor hacer efectivo su derecho de ejecutar su garantía sobre el inmueble y que éste se remate. En este sentido, si el dinero de la venta de la casa no cubriese la deuda, se puede exigir que se pague el resto con los bienes disponibles de la herencia, por lo que a diferencia de la HECM, que es un préstamo “*nonrecourse*”⁴⁰, en esta modalidad sí es posible que se pague con el valor de otros bienes que pertenecían al deudor.

Llama particularmente la atención que en el apartado 10 de la misma disposición se establezca que: “Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante”, cuando la definición que se entrega de la misma establece que se cumpla dicha condición. Esto no es menor, pues la norma abre la posibilidad a otras opciones, dejando entrever que la hipoteca inversa puede ser pensada no sólo para casos de precariedad económica en donde la pensión de la persona no es suficiente, y por tanto, se ve en la necesidad de solicitar un crédito con el cual no arriesga perder el lugar de habitación, haciendo a un lado su histórica asociación a las seguridad social y poniendo de manifiesto su función

⁴⁰ SHAN, H. loc. cit.

netamente económica. Al respecto, existen algunas interpretaciones de la disposición, pues la redacción de la misma es confusa ya que luego de señalar lo anterior reza el precepto que “A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición”. Cabe preguntarnos qué es lo quiso decir el legislador español con ello. QUESADA⁴¹ señala que en este caso sólo se refiere a que se excluye a la escritura de otorgamiento de los beneficios arancelarios y de la exención del impuesto de actos jurídicos documentados lo que se encuentra contemplado en el 9 bis del apartado. No obstante, ZURITA⁴² se pregunta si se refiere a que no se le aplica todo lo señalado en los nueve apartados anteriores, lo que dejaría a la hipoteca inversa constituida sobre inmuebles que no sean la vivienda habitual del constituyente sometida únicamente al ámbito de la autonomía de la voluntad, lo que no sería afín con el espíritu de la norma.

Como se puede apreciar, la intención del legislador español ha sido la de entregar una cobertura legal única a la hipoteca inversa, contemplando sólo una modalidad del producto. Si bien la Ley 41/2007, del 07 de diciembre, presenta algunas imperfecciones y ambigüedades, éstas son propias de la introducción de una figura nueva de la cual recién comienzan a verse los resultados de su implementación. Sólo el paso del tiempo dará la experiencia necesaria para

⁴¹ QUESADA, A. op. cit. p. 362.

⁴² ZURITA, I. op. cit. pp. 1281-1283.

afinar y perfeccionar la hipoteca inversa española de acuerdo a su propia realidad.

3. Conclusiones preliminares. Elementos identificados

Se ha visto en los apartados anteriores el fundamento de la hipoteca inversa, el cual es la necesidad de aumentar las rentas líquidas de la población jubilada, grupo etario que va en aumento, dado el envejecimiento propio de las sociedades más “desarrolladas”. Usualmente el patrimonio de estas personas se conforma mayormente por bienes que han ido adquiriendo durante su vida, y especialmente su casa, que probablemente represente el bien de mayor valor que posean. A esta realidad, pues, pretende hacer frente la figura en comento, como una forma de financiamiento para quienes se encuentren jubilados, liquidando parte del valor de su casa, pero sin tener que abandonarla.

En base a la experiencia internacional revisada es que podemos diferenciar, a grandes rasgos, dos figuras comunes a toda hipoteca inversa: un crédito, por un lado, y la hipoteca que lo garantiza, por otro. En cuanto al crédito, éste sólo se otorga a personas sobre determinada edad, que se considere lo suficientemente avanzada, con la excepción del caso español donde es posible que una persona afectada de dependencia grave lo pueda solicitar, como para que surja la necesidad que justifica la institución y que no haga la operación

excesivamente riesgosa para la institución financiera (para quien uno de los riesgos es una vida del consumidor más extensa de lo calculado inicialmente). En segundo lugar, el crédito puede ser entregado como una suma única de dinero, como pagos periódicos o incluso como una línea de crédito. En relación al pago, en tercer lugar, no se hace exigible hasta la muerte o mudanza del deudor, de manera general, o bien ante el incumplimiento de alguna condición especial, como la de mantención del inmueble en el caso de los Estados Unidos; sin perjuicio de lo anterior, es posible que se establezcan modalidades de pago parciales, amortizando parte o la totalidad de los intereses o incluso parte del capital, pero no el total del crédito, como bien se señala en la regulación inglesa. En cuanto a los límites mínimos o máximos del crédito, hay ordenamientos que los contemplan, pero siempre será calculado para evitar el riesgo de que el valor de la deuda supere el del inmueble y que luego se dificulte la persecución de su satisfacción, existiendo incluso la posibilidad, como en los Estados Unidos, de establecer un sistema de seguro para prevenir esta situación, entre otras.

Por el lado de la hipoteca, es un rasgo común la exigencia que el inmueble sobre el cual se constituya sea la residencia principal del deudor, de modo que puede ejecutarse, en general, cuando deja de serlo. Si no concurre dicha situación, la hipoteca no podrá ejecutarse hasta la muerte del (los) beneficiario(s), incluso aunque no se continúe recibiendo dinero y el crédito se

haya consumido completamente, mas no a razón de que exista un plazo para la hipoteca, sino más bien porque el crédito no se ha hecho exigible, de modo que la hipoteca que le accede no puede ser ejecutada.

Es menester mencionar, además, que existen grandes diferencias en la regulación de la institución dependiendo de un sistema u otro desde su desarrollo entregado principalmente a la auto regulación del mercado de los productos denominados *equity release* en el Reino Unido, la intervención de la *Federal House Administration* mediante la garantía estatal que domina el mercado estadounidense de hipotecas inversas, hasta su consagración legal en el sistema vigente en España a través de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre.

En el derecho español destacan las innovaciones en cuanto a la extensión de los sujetos pasivos de la obligación; el que se pueda constituir una hipoteca inversa sobre un inmueble que no sea el de residencia principal, cuya única desventaja radica en la exclusión de los beneficios arancelarios que tiene la figura tradicional; y el hecho de que en caso de que la cosa deje de detentar el título de vivienda principal se pueda otorgar otra garantía suficiente para mantener las condiciones del préstamo. Lo anterior implica un distanciamiento de su tradicional enfoque de solucionar problemas de seguridad social, en especial las últimas dos menciones, abriendo espacio a nuevas posibilidades de

regulación de la figura, lo que siempre estará sujeto a la realidad social de cada lugar.

Asimismo, es interesante la gran influencia que presenta la intervención de la FHA en las HECM en los Estados Unidos, en su rol de prevención y de disminuir los riesgos de la operación, tanto para los consumidores como para los prestamistas, creando un mercado fuertemente influido por el aparato estatal. Mientras que a su vez el mercado británico se ha ido perfeccionando a través de su evolución creando organismos propios como el *Council of Mortgage Lenders* y el *Equity Release Council*, que han tenido un importante rol al enfrentar las dificultades que se han ido presentando.

Si bien es difícil separar el crédito de la hipoteca, que se encuentran íntimamente ligados en una institución como la hipoteca inversa, ello es analíticamente útil, puesto que en nuestro país existe regulación tanto para las operaciones de crédito de dinero, por una parte, como para la hipoteca, por otra. Asimismo existe regulación para las transacciones financieras en general, especialmente en el ámbito del derecho del consumidor, como también normativa bancaria que trata los mutuos hipotecarios. A continuación, pues, pasaremos a revisarla, identificando eventuales dudas que puedan surgir ante la introducción de la hipoteca inversa en nuestro sistema jurídico, viendo si se generan realmente conflictos en ello, y en caso de haberlos si es posible

salvarlos con nuestra legislación actual, o bien sea necesaria una reforma o regulación específica, como ha sido, por ejemplo, el caso de España.

CAPÍTULO II. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA INVERSA A LUZ DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Cuestiones preliminares

1.1. Definición

Habiendo revisado en la primera parte de este trabajo el tratamiento que se le ha dado a la hipoteca inversa en diversos ordenamientos, contamos con elementos que definen un marco jurídico conceptual *ad hoc* para la figura, el cual nos permitirá estudiar de una mejor manera los efectos de su introducción en nuestro país.

A partir de las distintas perspectivas entregadas, podemos elaborar una definición de hipoteca inversa con aquellos elementos que se han considerado esenciales en todos los ordenamientos y que la caracterizan. Así, cuando hablamos de hipoteca inversa nos referimos a: **el crédito o préstamo otorgado a personas mayores de una cierta edad, generalmente entre 55 y 65 años, el cual se encuentra garantizado con una hipoteca constituida sobre un bien hipotecable del deudor -generalmente su vivienda principal-**

, el cual sólo es exigible una vez fallecido el solicitante -o si el inmueble deja de ser su residencia principal si así se estipula-.

Serían requisitos, por tanto, de esta figura:

- Que el solicitante y sus beneficiarios, si es que se permite su inclusión, tengan una edad mínima. Deben encontrarse en el sector etario de la tercera edad.
- Que el inmueble sobre el cual se constituya la hipoteca que garantice el cumplimiento sea la vivienda principal del deudor. Así se ha entendido en la práctica internacional, como hemos visto, sin embargo, adelantamos por el momento que no se vislumbra impedimento para que en nuestro país se constituya sobre otros bienes hipotecables⁴³.
- Que la deuda se haga exigible sólo una vez fallecido el obligado, plazo que puede extenderse en caso de existir beneficiarios, o si el inmueble deja de ser la vivienda principal del deudor.

A nuestro parecer, estos tres requisitos constituyen la base fundamental para construir la figura de la hipoteca inversa en cualquier ordenamiento. Se

⁴³ Véase al respecto el apartado 3 del presente capítulo.

podrían agregar otros, como pudimos revisar en los distintos países que analizamos, como la obligación de cumplir determinadas obligaciones de cuidado del inmueble, no obstante, éstos deberán establecerse en función de las necesidades y del marco jurídico de cada sociedad en particular.

Como ya se hizo mención, son dos las grandes figuras que están presentes en la configuración de la hipoteca inversa, éstas son el mutuo o préstamo de dinero, como se le denomina en nuestro ordenamiento, específicamente un crédito de dinero⁴⁴, y la hipoteca, que le da el nombre a la institución.

1.2. La denominación de hipoteca inversa

La función que se le ha otorgado a la hipoteca inversa desde su aparición en el mundo anglosajón, la de aumentar los ingresos de las personas de edad avanzada, ha permitido que en estos préstamos el monto solicitado cuente con distintas modalidades para ser entregado: mediante una sola suma de dinero (menos común), pagos periódicos -generalmente mensualidades-, o a través de una línea de crédito de la cual se pueden realizar retiros periódicos, de tal manera que en la generalidad de los casos el deudor recibirá pagos por parte

⁴⁴ Se hace la precisión pues, al menos en nuestro ordenamiento, como es sabido, las operaciones de crédito de dinero reciben una regulación especial, que viene dada por la Ley N° 18.010, más allá de la que el Código Civil hace en general del mutuo. Independientemente de si en otras legislaciones existe o no dicha distinción, en todas las revisadas para este trabajo el préstamo tiene la naturaleza de lo que nosotros llamamos crédito de dinero.

del prestador por un periodo determinado de tiempo. El monto adeudado se comenzará a pagar, si todo funciona según lo acordado, una vez que el beneficiario fallezca⁴⁵. Es por ello que se ha referido que este tipo de crédito hipotecario es un “*raising debt falling equity*”⁴⁶, en alusión a que a medida que el tiempo transcurre la deuda va incrementándose por los pagos que realiza el prestador al deudor más el devengo de los intereses, mientras que el valor comercial de la propiedad se va liquidando hasta completar la deuda. Este efecto es el inverso a lo que normalmente sucede en un préstamo con garantía hipotecaria, donde el valor comercial de la propiedad aumenta mientras que la cantidad debida va disminuyendo, sin olvidar que es el deudor quien debe realizar los pagos de la forma acordada, mientras que en esta nueva figura sucede todo lo contrario. Así, la denominación de “inversa” de esta figura proviene de los roles mudados en cuanto a quien realiza los pagos⁴⁷, y además del efecto balanza invertida que se produce entre el valor comercial del inmueble y el monto de la deuda.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos aclarar al respecto que la hipoteca en sí, es decir, la garantía con que se grava la vivienda propiedad del solicitante,

⁴⁵ TAFFIN, C. op.cit. p. 3.

⁴⁶ HAMMOND, C. op.cit. pp. 86-87.

⁴⁷ BOVET, C. El sistema de Hipoteca Revertida. Generalidades y experiencias en el mundo. En: SEMINARIO “LA Hipoteca Revertida: Experiencia Internacional y sus Posibilidades de Aplicación en Chile”. Santiago de Chile, CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. p. 18. [en línea] <<http://www.ciedessweb.cl/ciedess/component/content/article/34-destacados-ciedess-home/204-seminario-la-hipoteca-revertida-experiencia-internacional-y-sus-posibilidades-de-aplicacion-en-chi>> [consulta: 15 de abril de 2014]

prácticamente no presenta diferencia alguna con la hipoteca tal como se conoce en nuestro ordenamiento, sino que la mayor parte de las particularidades de esta figura, que hemos ido comentando, radican en el préstamo garantizado con dicha hipoteca⁴⁸.

1.3. La particularidad principal de esta figura. ¿Modalidad de la hipoteca o del crédito?

La cuestión esencial que se busca esclarecer en este apartado, es si lo que se ha definido como hipoteca inversa viene a ser una forma de hipoteca distinta a la que existe en nuestro ordenamiento, o si, por el contrario, su diferencia radica en el crédito. La resolución de esta cuestión no es baladí, toda vez que al ser una figura nueva, de origen extranjero, puede llevar a confusiones doctrinarias en cuanto a su implementación.

En pos de ello, revisaremos la normativa general y esencial de nuestra legislación, lo que nos permitirá resolver dichas dudas.

El tratamiento de la hipoteca se encuentra en el libro IV del Código Civil. Así, el artículo 2407 dice que “es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”: No obstante, como

⁴⁸ RIOS, S. 2006. La Reforma del Derecho de Garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto. Revista Chilena de Derecho Privado (7):111.

bien ha afirmado SOMARRIVA, esta definición no es la más apropiada, y la define como “el derecho real que recae sobre un inmueble que, permaneciendo en poder del que lo constituye, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente de lo producido en la subasta”⁴⁹. Esta definición engloba aquellos elementos esenciales que conforman esta institución: en primer lugar es un derecho real, encontrándose entre aquéllos mencionados por el artículo 577 del Código Civil, pues la relación jurídica se da entre una persona (acreedor), y la cosa (inmueble), independientemente de quien sea su dueño. Muestra de ello es el derecho de persecución⁵⁰ que tiene el acreedor, reconocido en el artículo 2428 del Código citado, sobre la cosa en manos de quien la posea, contemplando casos en que ésta haya salido del patrimonio del deudor, o la posibilidad de constituirla para garantizar la obligación de un tercero. Un segundo elemento fundamental se encuentra en el hecho de que la finca hipotecada permanezca en poder del constituyente, a diferencia de la prenda, por tanto el acreedor no debe realizar acto alguno tendiente al cuidado y conservación de la cosa, sino que es el deudor quien debe mantenerla en buen estado de tal manera que siga cumpliendo su rol de garantía suficiente de la obligación principal. Por último, mencionaremos el derecho que tiene el acreedor de sacar a remate la propiedad, ya que como acabamos de revisar no posee la cosa en caso alguno,

⁴⁹ SOMARRIVA, M. 1943. Tratado de las Cauciones. Santiago. Editorial Nascimento. p.309.

⁵⁰ BARCIA, R. 2010. Las Cauciones Reales. En: Lecciones de Derecho Civil Chileno, Tomo Segundo, De las Fuentes de las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 202.

ni mucho menos goza de algún atributo de la propiedad, sino que sólo tiene el derecho de liquidar la casa mediante los medios que le franquea la ley en caso de que la deuda no sea satisfecha directamente, en todo o en parte. Aquí es de gran importancia, y como volveremos a revisar más adelante cuando nos refiramos a la prohibición del pacto comisorio en la hipoteca, tener presente que **el acreedor nunca se hace dueño de la cosa.**

Otra de las facetas que presenta la hipoteca en nuestro ordenamiento es su función como garantía del cumplimiento de una obligación. Las garantías, según SOMARRIVA, son “los diversos medios de que puede hacer uso el acreedor para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor”⁵¹, y el artículo 46 del Código Civil nos señala que la hipoteca es un tipo de caución, siendo éstas “cualquier obligación que se contrae para seguridad de otra obligación propia o ajena”. Las cauciones son un tipo de garantías, habiendo entre ellas una relación de género-especie. Esta característica deja en evidencia el carácter accesorio que presenta la obligación que nace de la hipoteca, pues su exigibilidad está sujeta al no cumplimiento de la obligación principal, momento en el cual se puede ejecutar la garantía. Es decir, la hipoteca es un derecho real cuya principal función es garantizar el pago de una obligación a la que accede.

⁵¹ SOMARRIVA, M. 1943. loc. cit.

A lo largo de este trabajo continuaremos revisando otros elementos de la hipoteca en función del desarrollo de la hipoteca inversa en particular, mas por ahora es suficiente reafirmar que en ambos casos, tanto en la hipoteca inversa como en la general, tiene la misma naturaleza jurídica y cumple la misma función de garantía.

Por tanto, la diferencia esencial radica en la obligación que garantiza⁵², y no en la hipoteca, no obstante, se debe tener presente que en la gran mayoría de los ordenamientos la constitución de esta garantía sobre la vivienda principal es fundamental en el otorgamiento del crédito. En este sentido, son cuatro las grandes innovaciones de este nuevo tipo de crédito: el monto adeudado se recibe mediante pagos que realiza el acreedor al deudor, los que a medida que se perciben van aumentando la deuda, es decir, en una modalidad distinta a las formas que conocemos. En segundo lugar, en cuanto a su exigibilidad, ésta se encuentra sujeta a la muerte del deudor. En tercer lugar, este préstamo debe ser otorgado sólo a personas que se encuentren en el grupo etario en etapa de jubilación. Sin significar por ello una desnaturalización de las instituciones principales de esta figura.

⁵² ÁLVAREZ, H. 2009. Hipoteca Inversa. Una alternativa en tiempos de crisis. España. Editorial Lex Nova. p. 52: "De hecho la especialidad de la hipoteca inversa deriva de las características del préstamo y del prestatario, y no tanto de la garantía en sí misma considerada".

En conclusión, si bien la denominación de “hipoteca inversa” será la que utilizaremos en este trabajo, pues es además con la que se conoce la figura en otros ordenamientos, no estamos realmente frente a una modalidad de hipoteca, sino más bien frente a una del crédito, como se desprende de lo dicho hasta ahora.

1.4. Naturaleza jurídica de la hipoteca inversa

En el presente apartado trataremos acerca de la naturaleza jurídica de la hipoteca inversa en base a las dos figuras que hemos identificado en su configuración, un préstamo de dinero y una hipoteca. Se verá además si es posible otorgar la denominación de hipoteca inversa a otras figuras existentes en nuestro ordenamiento, y que se han propuesto como la introducción del producto en el país.

1.4.1. Mutuo crediticio de reglas generales garantizado con hipoteca

Al estudiar los casos de hipoteca inversa en el derecho comparado pudimos concluir que el tratamiento que se le da a esta figura es la de ser un préstamo de dinero garantizado con una hipoteca⁵³⁻⁵⁴. Si bien podría concluirse que el

⁵³ FAUS, M. 2012. Hipoteca inversa. En: Breviario Civil. 2: Derechos Reales Especiales. [en línea] <<http://vlex.com/vid/455104>> [consulta: 15 de abril de 2014]

dinero finalmente se obtiene de la liquidación del valor comercial del inmueble - el que se tiene en consideración para efectos del monto del crédito, es decir, del patrimonio del propio sujeto pasivo de la obligación y, por tanto, del monto que éste podrá obtener- sigue siendo la institución financiera quien pone a su disposición el dinero bajo las condiciones acordadas, el cual debe ser devuelto al cumplirse el plazo establecido, y, de no ser posible, podrá pagarse con lo obtenido de la ejecución de la casa. En ninguno de los casos se produce una venta, sino que es una operación de crédito, donde el patrimonio del deudor queda obligado a responder por la deuda, con preferencia a pagarse sobre la garantía del inmueble. Muestra de ello es que en España se consagra explícitamente en la ley su condición de crédito hipotecario, y se habla de “deuda exigible” o “garantía ejecutable”, lo que no sería posible si se tratara de una enajenación. Asimismo la *National Reverse Mortgage Lenders Association* de los Estados Unidos, reafirma a los consumidores que con una hipoteca inversa nunca se pierde el título de propiedad sobre la misma⁵⁵.

⁵⁴ NATIONAL REVERSE MORTGAGE LENDERS ASSOCIATION. 2014c. What is a Reverse Mortgage. [en línea] <<http://www.reversemortgage.org/About.aspx>> [consulta: 15 de abril de 2014]: “A reverse mortgage is a loan available to people over 62 years of age that enables a borrower is not required to pay back the loan until the home is sold or otherwise vacated.”

⁵⁵ NATIONAL REVERSE MORTGAGE LENDERS ASSOCIATION. 2014a. Features of Reverse Mortgages. [en línea] <<http://www.reversemortgage.org/About/FeaturesofReverseMortgages.aspx>> [consulta: 15 de abril de 2014]: “With a reverse mortgage, you always retain title to or ownership of your home. The lender never, at any point, owns the home even after the last surviving spouse permanently vacates its property.”

Es por ello que hemos definido la hipoteca inversa como un crédito o préstamo, el cual puede ser entregado como una suma única o mediante disposiciones periódicas, que siempre devenga intereses, y que debe ser pagado a la muerte del deudor o de los beneficiarios, el cual cuenta necesariamente con la constitución de una hipoteca.⁵⁶⁻⁵⁷ Si bien existen otros productos, en especial en el Reino Unido⁵⁸, que permiten al igual que con la hipoteca inversa obtener dinero contra el valor del inmueble vivienda principal sin tener que dejar de vivir en ella, y que implican la venta parcial o completa de su casa, éstas corresponden a otras figuras, en las cuales no sería posible hablar de un tipo de hipoteca propiamente tal, como veremos más adelante al analizar otras posibilidades que se han planteado al respecto.

Trasladando el análisis a nuestra legislación, el primer paso que debemos dar es encuadrarlo en el marco jurídico correcto. Al tratarse de una cantidad de dinero que se entrega al solicitante con la obligación de restituirlo con intereses, la primera figura que se nos presenta en esta forma es el mutuo de dinero. Nuestro Código Civil define el mutuo en el artículo 2196 como “un contrato en que cada una de las partes entrega a la otra una cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”. Así, la obligación es de dar una cantidad de cosas fungibles, en este caso dinero, el

⁵⁶ REYES, B. op cit. p. 31. “Un préstamo contra la vivienda, el cual no debe pagarse mientras la persona viva en la misma”.

⁵⁷ FAUS, M. op.cit. p. 3.

⁵⁸ WILLIAMS, P. op. cit. pp. 29-32.

cual debe ser restituido por una misma cantidad de ellas. No obstante, al tratarse de entregar y restituir una cantidad de dinero su calificación corresponde a la de obligación de dinero, ya que los capitales recibidos en este mutuo son monetarios.⁵⁹

Dentro de las características del mutuo, es posible afirmar que es un contrato real, unilateral, y oneroso. Además, constituye un título translaticio de dominio, ya que al ser su objeto cosas fungibles, éstas se consumirán al darles su uso natural, por lo que el deudor no podrá sino restituir otra cantidad del mismo género y calidad. El hecho de que el mutuo sea un contrato real, apunta al momento en que se perfecciona el contrato, que en este caso se produce al realizarse la tradición de las cosas: sin dicha entrega no surgen obligaciones para las partes, que en este caso es la gran obligación del contrato de mutuo, la de restitución de la cantidad prestada, de donde deriva su condición de contrato unilateral.⁶⁰

Es importante precisar que a este mutuo de dinero le son aplicables las disposiciones de la Ley N° 18.010, que señala: “Son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en

⁵⁹ ABELIUK, R. 2008. Las Obligaciones. Tomo I. 5ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 378.

⁶⁰ MEZA B., R. 2011b. Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones. Tomo II. 10ª ed. pp. 21-23.

que se celebra la convención”. Por tanto, la denominación de la figura corresponde a la de una operación de crédito de dinero, un mutuo crediticio, y como tal deberá someterse a las disposiciones legales que las rigen con las precisiones correspondientes por tratarse de un grupo especial.

En cuanto a la hipoteca, es condición necesaria constituir la para que se otorgue el crédito, pues al ser el sujeto pasivo de la obligación personas en principio poco atractivas para las instituciones crediticias, ésta será lo que asegure la satisfacción del crédito, pues como ya mencionamos en el apartado 1.3., se trataría de una hipoteca común que garantiza un crédito que goza de una calidad especial.

1.4.2. Transferencia del dominio con la constitución de un derecho de usufructo a favor de los beneficiarios, propiedad fiduciaria y otras posturas

Se ha hecho mención en algunas ponencias nacionales e internacionales⁶¹⁻
⁶² que la figura de la hipoteca inversa podría presentarse bajo la forma de una venta total o parcial de la vivienda principal del solicitante, resguardando su permanencia en el mismo hasta el momento de su muerte mediante la constitución de un derecho de usufructo a favor de los beneficiarios. En el

⁶¹ CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. op. cit. pp. 93-98. Similar postura siguen ALMARZA, K. y JIMÉNEZ, M. op. cit. pp. 92-95.

⁶² REYES, B. op. cit. pp. 38-39.

mismo sentido, se ha afirmado⁶³ que podría ser una opción establecerla como una forma de propiedad fiduciaria, lo que a su entender sería el caso de los Estados Unidos. De hecho, los modelos propuestos hasta el momento en nuestro país consideran la opción de que la hipoteca inversa, o revertida como han preferido llamarla, revista la forma de un contrato de compraventa con usufructo, la de un contrato de *leasing*, o la de un contrato de depósito, todas opciones que implican la transferencia del dominio de la casa de forma total o parcial a la entidad crediticia que otorgará el crédito, ignorando por completo la posibilidad de establecerla como se ha presentado en los demás países, es decir, en forma de una hipoteca.

Primero, respecto a la afirmación de que la figura estadounidense de hipoteca inversa sería un fideicomiso que luego permite a los herederos la posibilidad de readquirir la propiedad, revisaremos someramente dicha institución para concluir si efectivamente se presenta de esa forma.

El fideicomiso estadounidense o *trust* ha sido definido en su sentido literal por el diccionario de la *Random House Webster's College* en su acepción 9ª como una relación de confianza (relación fiduciaria) en la cual una persona que

⁶³ CRUZ, C. 2008. Institucionalidad financiera para aplicar la hipoteca revertida en Chile. SEMINARIO "LA Hipoteca Revertida: Experiencia Internacional y sus Posibilidades de Aplicación en Chile". Santiago de Chile, CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. pp. 81-83. [en línea] <<http://www.ciedessweb.cl/ciedess/component/content/article/34-destacados-ciedess-home/204-seminario-la-hipoteca-revertida-experiencia-internacional-y-sus-posibilidades-de-aplicacion-en-chi>> [consulta: 15 de abril de 2014]

detenta una propiedad a beneficio de otra (*trustee*) mantiene el título de propiedad a favor del beneficiario⁶⁴. En el mismo sentido la Suprema Corte de Georgia, en el caso *Lovett v. Peavy*, ha determinado que si una persona manifiesta su voluntad de que otra detente la propiedad en beneficio de una tercera, usándola o disponiendo de ella para el beneficio de una o más personas, las que pueden incluir al mismo, el fideicomiso es creado para el beneficio de estos últimos⁶⁵. Es decir, es una figura que se constituye sobre la base de tres sujetos: el *grantor*, quien constituye el *trust*, el *grantee* o *trustee*, que es la persona o la entidad que detenta la propiedad en beneficio de otro, y el beneficiario, quien al cumplirse la condición se hará dueño del fideicomiso.⁶⁶ Estos últimos pueden llegar a ser la misma persona, no obstante, no sea éste el caso. En el supuesto de que fuera la institución crediticia el *trustee* no vemos cómo podría esta estipulación asimilarse a la hipoteca inversa HECM, pues el acreedor de la deuda nunca se hace dueño de la cosa, ni aun después de que el último beneficiario fallezca; la propiedad la sigue manteniendo el deudor y luego sus herederos, quienes mantienen la obligación de pagar los impuestos, administrar y mantener la casa en buen estado. De esta forma sólo podría sostenerse afirmando que el constituyente sería a la vez el *trustee*, lo que

⁶⁴ RANDOM HOUSE WEBSTER'S COLLEGE DICTIONARY. 1991. p. 1432 "**trust 9.a.** a *fiduciary relationship in which a trustee holds title to property for beneficiary. b. the property so held*" (traducción propia)

⁶⁵ "To create a trust no formal words are necessary; instead, if a person manifests an intention that property be used or disposed of by a grantee for the benefit of one or more persons, among whom may be the grantee, a trust is created for the benefit of the latter person or persons." (traducción libre)

⁶⁶ Al respecto revisar USA GOVERNMENT. 2014. Understanding Trusts. [en línea] <<http://www.usa.gov/topics/money/personal-finance/trusts.shtml>> [consulta: 15 de abril de 2014]

explica que siga viviendo en la casa, pues mantendría el dominio, y el beneficiario sería la entidad crediticia, a quien pasaría la propiedad una vez que los herederos no cumplieren con el pago de la obligación. Sin embargo, obsta a ello el hecho de que el acreedor, una vez se ha hecho exigible y pagable la deuda, si es que no es satisfecha por la heredad, ya sea pagando directamente lo debido o a través de la venta de la propiedad por su parte, sólo tiene derecho a vender la casa, y esta venta se realizará mediante un *foreclosure* (procedimiento de remate),⁶⁷ por lo que no podemos hablar sino de una forma de hipoteca, ya que la entidad crediticia no podrá disponer de la cosa en ninguna circunstancia como si fuera dueño, aun después del incumplimiento.

Es por todo lo anterior que no estamos de acuerdo con que la hipoteca inversa sea una forma de *trust* en el mercado norteamericano, ya que como pudimos revisar, las HECM son créditos que requieren la constitución de un derecho de hipoteca para ser otorgados, y como tales el prestador nunca se hace dueño de la casa⁶⁸.

En cuanto a la venta parcial o total del inmueble con el otorgamiento de un derecho de usufructo sobre la cosa a favor de los beneficiarios, esta propuesta

⁶⁷ HAMMON, C. op.cit. pp. 94-98. Al tratar la prioridad de la garantía frente a otras que se constituyan después, señala: "*If a second lien is created after the reverse mortgage is recorded, but before all of the loan amount is disbursed to the senior borrower, a question of lien priority arises.*", problema que no existiría si se tratara de una transferencia de propiedad.

⁶⁸ SASKATCHEWAN LAW REFORM COMMISSION. op.cit. p. 15.

logra hacerse cargo de solucionar los problemas que dan origen a la hipoteca inversa, es decir, el solicitante recibe una suma de dinero tomando en consideración el valor comercial de su propiedad, la cual también puede ser recibida por él en modalidades de pago, una suma única o pagos periódicos, ya que la vende, pero además no tendrá que dejar de vivir ahí pues aunque haya enajenación de la cosa se le otorgará el goce de la misma de forma vitalicia (recordar que hablamos de personas de avanzada edad, por tanto, no significa una carga excesiva para el acreedor), por lo que verá satisfechas sus pretensiones de aumentar sus ingresos y de mantener su habitación.

En el Reino Unido encontramos figuras similares en los *reversion plans*, los cuales son una forma de *equity release*, no obstante, como claramente se puede identificar, estos programas no revisten la forma de una hipoteca, sino que forman parte del género de los productos que permite obtener el equivalente al valor total o parcial de la propiedad sin dejar de permanecer en ella. Pero en estos casos el inmueble no se otorga en garantía, sino que se produce el efecto de transferir parte o la totalidad del dominio a un tercero, por ende, cuando fallezca se extinguirá el derecho de usufructo y ya ni él ni su sucesión tendrán derecho alguno sobre la casa. Así, cuando se habla de hipotecas inversas propiamente tales, que producen los efectos de esta institución se habla de *lifetime mortgage*, que sí es un tipo de *mortgage loans*.⁶⁹

⁶⁹ TERRY, R. y LEATHER, Ph. op.cit. p. 25.

Esta distinción es importante ya que no podemos denominar hipoteca inversa a figuras que revistan una forma de enajenación, que ni siquiera vayan acompañadas de una hipoteca, pues aunque se puedan pactar similares beneficios, ello implicaría un error conceptual que debemos evitar. Es menester, por ello, hacer presente aquellas diferencias relevantes entre ambas instituciones para dejar claro este punto.

Por una parte el contrato de compraventa⁷⁰ en nuestro ordenamiento es el título que habilita al comprador para exigir la tradición de la cosa, en este caso un bien inmueble, cuya tradición se realiza a través de la inscripción a nombre del mismo en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, con lo cual pasa a ser dueño de la cosa⁷¹. Es decir, la finalidad de celebrar este contrato es transferir el dominio del inmueble. Similar es lo que sucede con el *leasing* o el depósito a los que se hace alusión en la propuesta del CIEDDES⁷², ambas

⁷⁰ Para revisar en profundidad el tema de la compraventa se sugiere revisar ALESSANDRI R., A. 1918. De la compra-venta i de la promesa de venta. Santiago. Imprenta Litografía Barcelona.

⁷¹ “La compraventa, pues, no transfiere el dominio; el comprador no se hace dueño de la cosa vendida y el vendedor del precio en virtud del contrato, sino de la tradición subsiguiente. (...) La adquisición del dominio, por tanto se verifica por medio de dos actos diferentes: el contrato de compraventa que constituye el título de la adquisición y la tradición que es el modo de adquirir.” MEZA B., M. 2011a. Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones. Tomo I. 9ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 39-40.

⁷² CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. op.cit. pp. 95-98.

figuras contemplan que la propiedad de la vivienda pase a un tercero, ya sea inmediatamente o en un plazo determinado⁷³.

Sin embargo, la hipoteca nunca transfiere la propiedad de la cosa, este efecto definitivamente no es el buscado. Ésta permite hacer uso del bien para garantizar otra obligación, con la cual el acreedor adquiere ciertos derechos como el de persecución, el de preferencia, y el de satisfacer su crédito con el resultado de la venta forzosa de la cosa a través de pública subasta, mas nunca se hace dueño. De hecho, se encuentra expresamente prohibido el pacto comisorio en nuestra legislación, al disponer el Código Civil en su artículo 2397 inciso segundo que “Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados”, el cual es aplicable a la hipoteca por disposición del artículo 2424.

El pacto comisorio, en palabras de MERY, es el “pacto en virtud del cual acreedor y deudor hipotecario estipulan que si este último no cancela dentro del plazo convenido el crédito, la finca gravada se entenderá transferida al acreedor sin mayor trámite”⁷⁴. Esta prohibición es un pilar fundamental del derecho hipotecario moderno, ya que de permitirse este tipo de convenios se produciría

⁷³ Algunos autores afirman que Chile sería un país que no permite que el dueño mantenga la propiedad de la vivienda. ÁLVAREZ, H. op.cit. p. 63.

⁷⁴ MERY B., R. 1958. Derecho hipotecario. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 353-354.

una situación abusiva donde el acreedor, aprovechándose de la posición desmejorada del deudor, se quedaría con la cosa ante cualquier incumplimiento, lo que podría derivar en que la obtuviera a un precio excesivamente menor a su valor real⁷⁵.

Es menester tener en consideración, además, que de establecerse la hipoteca inversa como una forma de transferencia del dominio de la propiedad, ya sea parcial o total, en el corto o largo plazo, se debería excluir a las instituciones bancarias como posibles sujetos prestadores de estos créditos, ya que según el artículo 84 N° 5 de la Ley General de Bancos, éstas podrán adquirir los bienes que expresamente le autorice la ley, es decir, los del artículo 69, que sólo permite realizar operaciones e inversiones en bienes raíces cuando sean para su uso propio. Ahora, la prohibición del artículo 84 N° 5 recibe dos excepciones, que son el caso en que se adquirieran por cesión en pago de deudas vencidas siempre que éstos no excedan el 20% de su patrimonio efectivo, o cuando los adquiera en remate judicial en pago de deudas vencidas previamente a su favor. Empero, también podría generarse una sanción para ellos si luego de adquirirlos no los enajenan en el plazo que estipula la ley, incentivo que apunta a que dichas instituciones no realicen

⁷⁵ DIEZ, R. 1991. La Hipoteca en el Código Civil Chileno. Santiago. Paced Editores. pp. 139-140.

operaciones con bienes corporales muebles o inmuebles.⁷⁶ Lo anterior en el largo plazo les genera un problema económico y de gestión, ya que al no estar permitidas en general dentro de su giro operaciones con inmuebles, se les dificulta el proceso de deshacerse de los mismos y, por ende, su posesión podría derivar en sanciones pecuniarias.

Ésta es la razón a la que atribuimos el hecho de que en las ponencias nacionales se haya dispuesto que sea una sociedad inmobiliaria la gestora de estos créditos, ya que los bancos no pueden en principio adquirir inmuebles. Problema que también se generaría a través de un fideicomiso (ya en la legislación nacional) a favor de la institución, donde el banco también pasaría a ser dueño.

Es por ello que podemos afirmar que, si bien estas propuestas cumplen una función similar a la que hemos identificado en las hipotecas inversas, y que desde la perspectiva de nuestra legislación son perfectamente posibles -pues tanto la compraventa como el usufructo se encuentran consagrados expresamente y han recibido un vasto desarrollo doctrinario y jurisprudencial en nuestro país, así como la propiedad fiduciaria en la cual bastaría con que el constituyente no designe un propietario fiduciario, detentando él ambas

⁷⁶ MORAND, L. 2002. Legislación Bancaria. 4ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 52-54.

calidades, y que sea la entidad crediticia el beneficiario⁷⁷- no debe denominárseles hipoteca inversa, pues todas esas formas implican transferir el dominio del bien al acreedor, circunstancia que no puede estar más lejos de lo que es una hipoteca. Sin olvidar que, como se ha hecho bastante énfasis en este apartado, no existe asidero en el derecho comparado que avale estas figuras como formas de hipotecas inversas, no obstante su reconocimiento como *equity release*. Así, sin desconocer el valor que podrían tener estos instrumentos, no debemos confundirlos con la hipoteca inversa, pues ello implicaría confundir instituciones que tiene implicancias completamente diferentes.

1.5. Clasificación del contrato de hipoteca inversa. Enunciación

Sin perjuicio de que a lo largo del desarrollo del trabajo se describan los elementos de la figura de la hipoteca inversa, lo que nos permitirá clasificarla dentro de las categorías que da nuestro Código Civil en sus artículos 1439 a 1443, y se traten más en profundidad algunas de dichas clasificaciones, resulta de utilidad al menos enunciar de qué tipo de contrato es al que nos enfrentamos en el presente trabajo. Si bien podemos distinguir para efectos del estudio entre

⁷⁷ Dicha opción es perfectamente posible, ya que por disposición del artículo 7º del Código Civil, se permite establecer condiciones cuyo plazo máximo sea la época de la muerte del propietario fiduciario, y además se consagra la posibilidad de que constituyente y propietario fiduciario sean la misma persona, lo que permitirá que mantenga sus derechos hasta la época de su muerte que sería la condición que daría lugar a que el acreedor se apropiare de la cosa.

el contrato de crédito de dinero, por un lado, y el contrato de hipoteca, por otro, la complejidad de la figura, en el sentido de que no puede hablarse de hipoteca inversa sin considerar los elementos presentes de ambos contratos, nos lleva a analizar la clasificación de la hipoteca inversa considerándola como una unidad. Dado que estamos frente, como se dijo, a una modalidad del crédito más que de la hipoteca, las posibles particularidades en su clasificación vendrán de dicha circunstancia, de modo que para la clasificación de la última considerada aisladamente nos remitimos al célebre Tratado de las Cauciones del profesor SOMARRIVA⁷⁸.

En primer lugar, se trata de un contrato que puede ser tanto unilateral como bilateral, pues en algunos casos surgirán obligaciones sólo para el deudor - como sucede por regla general en un contrato de mutuo-, mientras que en otros también surgirán para el acreedor, la institución financiera. Esta circunstancia dependerá de la modalidad por la que se opte para la entrega del dinero, pues bajo aquéllas consistentes en cuotas periódicas a entregarse por la institución financiera o una línea de crédito a favor del deudor hipotecante será el acreedor obligado a realizar dichos pagos o a mantener a disposición dicha línea de crédito. Al respecto se profundizará al revisar las obligaciones de las partes en el apartado referente al objeto del contrato.

⁷⁸ SOMARRIVA, M. 1943.

En segundo lugar, la hipoteca inversa es un contrato oneroso, pues tal como lo señala el artículo 1440 “tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”. Así, el deudor se beneficiará al obtener financiamiento, mientras que el acreedor lo hará al momento de obtener la restitución de lo prestado con los intereses correspondientes.

Algo más de dificultad puede presentarse en la clasificación del contrato de hipoteca inversa en conmutativo o aleatorio. Afirmamos, en este sentido, que la figura en comento constituye un contrato conmutativo, pues, según la letra del artículo 1441 del Código Civil, las cosas que cada parte se obliga a dar o hacer se miran como equivalentes a aquéllas a las que la otra parte se obliga a su vez. Para LÓPEZ SANTA MARÍA la diferencia estaría en que únicamente en el caso de contratos conmutativos “pueden las partes, durante los tratos preliminares y el momento de la conclusión del contrato, apreciar, estimar o valorar los resultados económicos que el mismo les acarreará”⁷⁹, mientras que en los contratos aleatorios “ningún cálculo racional es factible respecto a las consecuencias económicas que la operación producirá”⁸⁰, lo que no implica, sin embargo, que el resultado previsto en un contrato conmutativo sea el que finalmente se produzca, sino que *a posteriori* será contrastado el cálculo inicial con el resultado efectivamente logrado. Si bien la hipoteca inversa involucra

⁷⁹ LÓPEZ S., J. 2005. Los contratos. Parte General. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 124.

⁸⁰ LÓPEZ S., J. Ibid. p. 124.

cierto *alea*, en cuanto el monto de la obligación, particularmente la del deudor, no podrá determinarse de antemano, sino sólo a la muerte del mismo, o bien cuando se cumpla alguna de las condiciones que den lugar a la caducidad de este plazo, momento en que se liquidará el crédito y se hará exigible, como se revisará a lo largo de este trabajo, ello no permite sostener que se trate de un contrato aleatorio, pues el equivalente no consistirá en una contingencia incierta de ganancia o pérdida. De hecho, el deudor siempre se encontrará obligado a la restitución de lo prestado por la institución financiera, sin que exista contingencia alguna de la que dependa su ganancia o pérdida, sin perjuicio de que pueda considerarse adecuado que se limite el monto máximo al cual pueda ascender la deuda.

En cuarto lugar, para clasificar el contrato como principal o accesorio, sí será necesario distinguir entre el crédito y la hipoteca, siendo el primero principal, y ésta un contrato accesorio con el cual se garantiza su cumplimiento. En esto se sigue la regla general para los contratos de mutuo hipotecario, de los cuales la hipoteca inversa no sería sino una especie, como hemos visto al analizar su naturaleza jurídica.

La hipoteca inversa será, además, un contrato solemne, como también se verá más adelante al tratar la manifestación del consentimiento en ella, pues, tratándose de un mutuo hipotecario, se exige de escritura pública para su

otorgamiento. Así lo reconoce también BRAVO para el caso de un mutuo hipotecario ordinario.⁸¹

Se tratará asimismo de un contrato innominado o atípico, pues, al menos en Chile, sería de aquellos “que carecen de reglamentación legal particular”⁸², configurándose principalmente por la autonomía de la voluntad de las partes. No obstante, la hipoteca inversa, considerada desde la perspectiva de la legislación nacional, integra la subclasificación que en doctrina se ha denominado contratos atípicos mixtos⁸³, esto es, de aquellos formados por una combinación de otros contratos reglamentados legalmente, lo que implicará la aplicación supletoria de la regulación para estos últimos, en nuestro caso para los contratos de crédito hipotecario.

Por último, consideramos discutible la calificación de la hipoteca inversa como un contrato de adhesión desde la perspectiva del derecho civil. Se ha definido éste en la doctrina nacional como “el contrato de adhesión se caracteriza porque la oferta la hace una de las partes conteniendo todas las estipulaciones del mismo, sobre las cuales no acepta discusión no regateo alguno; la contraparte o acepta el contrato tal como se le ofrece o se abstiene

⁸¹ BRAVO, C. 2005. “El crédito bancario para el acceso a la vivienda”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. [en línea] <http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/bravo_c2/html/index-frames.html> [consulta: 13 de abril de 2014]

⁸² LÓPEZ S., J. op. cit. p. 137.

⁸³ LÓPEZ S., J. Ibid. pp. 139 y ss.

de contratar; no existe otra alternativa para ella: lo toma o lo deja, según el decir popular”⁸⁴. En el mismo sentido afirma LÓPEZ SANTA MARÍA que “[e]l autor de la policitación, por su superioridad (normalmente económica) respecto al destinatario, está en situación de imponer sus condiciones contractuales. De modo que el contrato de adhesión es obra exclusiva del oferente, quien “dicta” el texto de la convención. El destinatario, siendo el más débil, no puede discutir la oferta y debe circunscribirse a aceptarla”⁸⁵. Lo anterior no permitiría calificar como de adhesión al contrato de hipoteca inversa, al menos no en su totalidad, pues habrán determinadas cláusulas que serían negociables, como lo son actualmente algunas también en un mutuo hipotecario corriente. Así, el deudor podrá discutir, por ejemplo, la tasa de interés, si se trata de una fija o variable, el monto del crédito en relación al valor de la casa, el monto de cada pago y la periodicidad de los mismos. Si bien podría apuntarse que se trata sólo de una elección del deudor entre algunas opciones de entre las cuales debe escoger y “adherir” el deudor, lo cierto es que el contrato no será dictado en su totalidad por la institución financiera.

Lo dicho no obsta, empero, a que pueda calificarse como un contrato de adhesión desde la perspectiva del derecho del consumidor, para hacerle aplicable las normas que al respecto prevé la Ley N° 19.496. Sobre esto se volverá al tratar la protección del consentimiento.

⁸⁴ ABELIUK, R. op. cit. p. 92.

⁸⁵ LÓPEZ S., J. op. cit. p. 152.

2. Objeto de la hipoteca inversa

Considerando la identificación de dos figuras principales en la hipoteca inversa: un mutuo de dinero y una hipoteca, resultará útil, como primera aproximación, distinguir los objetos de una y otra, pese a que luego dicha distinción sea difícilmente reconocible, dado que, como se ha señalado, no podrá hablarse de hipoteca inversa sin que estén presentes ambas figuras simultáneamente. Así, en cuanto al contrato de mutuo, o más propiamente de crédito de dinero, su objeto será la obligación de dar una cantidad de dinero. En ese sentido el artículo 1º de la Ley N° 18.010 señala que: “una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención”. En el caso de la hipoteca inversa, el momento del pago será una vez muerto el deudor y los beneficiarios, o bien al verificarse alguna otra condición estipulada, como el abandono del inmueble en caso de exigirse que sea la residencia principal del deudor, el incumplimiento por parte del deudor de deberes de cuidado que tenga respecto del inmueble o el no pago de los impuestos territoriales que lo graven. La cantidad entregada por la institución financiera, a diferencia de lo que sucede habitualmente entre nosotros, puede ser entregada, como vimos al revisar la figura en el derecho comparado, como una suma única, bajo la modalidad de pagos periódicos del acreedor al deudor, o bien como una línea

de crédito puesta a disposición de éste por el primero. De este modo, en las dos últimas modalidades, se generarán también obligaciones para el acreedor, ya sea de realizar los pagos acordados, ya sea de mantener la línea de crédito abierta para el deudor.

Por su parte, en cuanto al contrato hipotecario, su objeto será la obligación de realizar la tradición del derecho real de hipoteca, como lo reconoce DIEZ, la que sólo será cumplida una vez realizada la correspondiente inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, que opera como tradición, pues el contrato hipotecario es el título translaticio de este derecho.⁸⁶ En este sentido, la hipoteca en la hipoteca inversa no presentaría particularidad alguna respecto a las reglas generales, lo que corroboraría lo ya dicho respecto a que la figura estudiada es realmente una modalidad del crédito, y no una de la hipoteca. Cuestión distinta es sobre qué tipo de bienes puede constituirse una hipoteca o pueden ser objeto del derecho de hipoteca -y de hipoteca inversa-, según lo denomina MERY⁸⁷, lo que se revisará más adelante.⁸⁸

Resulta forzoso, con todo, hacer un análisis más detenido de las obligaciones que se generan para una y otra parte, lo que haremos siguiendo la distinción entre ambas figuras constitutivas de una hipoteca inversa que hemos

⁸⁶ DIEZ, R. op. cit. p. 69.

⁸⁷ MERY B., R. op. cit. pp. 56 y ss.

⁸⁸ Véase el apartado 3 del presente capítulo.

visto, esto en especial consideración de que, como se verá, de acuerdo a la modalidad de entrega del dinero por parte del acreedor que se adopte la calificación del contrato podría ser distinta en uno y otro caso, con las implicancias que se señalarán.

2.1. Obligaciones de las partes en la hipoteca inversa

Comenzando con el contrato de mutuo, que, como ya hicimos referencia más arriba, recibirá el tratamiento de una operación de crédito de dinero, presentará en algunas modalidades de la hipoteca inversa características especiales y diferentes de las que recibe en el contrato de mutuo hipotecario habitual.

Sabemos que el préstamo de dinero que se realiza en la hipoteca inversa tiene la particularidad, como ya revisamos al analizar su denominación como inversa o revertida, de que puede ser el acreedor quien realiza pagos al deudor para entregar la suma acordada, los que luego deberán restituirse generalmente al fallecer el solicitante o que se pagarán con la ejecución de la garantía hipotecaria. Esta situación es anómala en nuestro ordenamiento, ya que lo común en los mutuos o préstamos de dinero será que el acreedor entregue la cantidad prestada en una sola entrega, como una suma única, y luego ésta se pague en cuotas por el deudor.

Entonces, cuando en la hipoteca inversa se acuerde como modalidad de pago que la cantidad solicitada sea entregada a través de una línea de crédito, desde la cual el deudor pueda realizar las disposiciones que crea necesarias hasta que se agote el monto pactado, o a través de sumas periódicas mediante las cuales se irá entregando el monto solicitado, constatamos que, a diferencia de nuestro mutuo hipotecario común, en el que el acreedor sólo debe recibir el pago, surgirán obligaciones para éste en orden a que el deudor reciba la cantidad acordada. En cambio, la modalidad de la hipoteca inversa en la cual la cantidad prestada se entregará en una suma única revestirá una forma similar a la de un contrato de mutuo hipotecario común, del cual sólo nacen obligaciones para el deudor.

Esta característica nos lleva a afirmar que la calificación del contrato de hipoteca inversa, desde la perspectiva de las obligaciones que nacen para cada parte, podrá revestir la forma tanto de un contrato unilateral como de uno bilateral⁸⁹, dependiendo de la modalidad de pago que se acuerde para la entrega de la cantidad solicitada. Nuestro Código Civil señala al respecto en su artículo 1439 que: “El contrato es *unilateral* cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y *bilateral*, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”. Esta distinción es relevante, pues

⁸⁹ ALESSANDRI R., A. 2004. De los Contratos. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 18-19.

surgen consecuencias diferentes según la calificación que se les otorgue, las que pasaremos a analizar a continuación, revisando el caso de cada modalidad.

Con respecto a la hipoteca inversa con modalidad de pago de la cantidad prestada en cuotas o en una línea de crédito puesta a disposición del deudor, la primera gran diferencia con los mutuos hipotecarios generales es que como la cantidad prestada se va entregando parcialmente, quien normalmente es sólo acreedor, es decir, la institución financiera, se encontrará obligada a poner a disposición del solicitante los montos que se hubiesen acordado en los plazos determinados al efecto, tratándose de la modalidad de pagos periódicos, o bien, en el caso de tratarse de una línea de crédito, la institución deberá contar con los fondos para dicha cuenta, de forma que el deudor pueda hacer los retiros que estime convenientes, y, en ambos casos, realizar todos los actos tendientes para que se pueda cumplir su pago. Por otra parte, el deudor -o, siendo más precisos, sus herederos- será obligado a la restitución al momento de su fallecimiento, debiendo él primero cumplir, además, con el resto de las obligaciones que se siguen del contrato de hipoteca inversa, como mantener el pago de las contribuciones e impuestos al día, conservar la casa en buen estado realizando todas aquellas reparaciones necesarias para su mantención, o, en el caso que así se establezca en el contrato -como en la generalidad de los casos en el derecho extranjero-, continuar viviendo en el inmueble hasta el

momento de su muerte, por lo que no podría mudarse de residencia ni mucho menos enajenarla.

De todo lo anterior desprendemos que en estas modalidades de la hipoteca inversa el contrato será bilateral, pues ambas partes quedan obligadas a realizar prestaciones recíprocas durante el periodo de vigencia del mismo, y, por tanto, se le aplicarán algunas disposiciones que habitualmente no se encuentran contempladas para el contrato de mutuo hipotecario, de carácter unilateral por regla general. Brevemente, las consecuencias de este carácter bilateral del contrato son:

1. Aplicación de la condición resolutoria tácita. Así lo señala expresamente el artículo 1489 del Código Civil: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”. Dicha situación se explica por la interdependencia de las prestaciones recíprocas entre las partes: si una de ellas no cumple lo acordado, no existen motivos para que la contraparte siga atada a dicha relación. De esta forma, aun en contra de lo que se ha estimado, éste será un mutuo crediticio al cual se le podrá aplicar la resolución sin

necesidad de estipulación expresa por el incumplimiento de las obligaciones.⁹⁰

2. Excepción de contrato no cumplido. La regla consagrada en el artículo 1552 de nuestro Código Civil, que consagra el principio de que “la mora purga la mora”, se justifica en que ninguno de los contratantes podrá ser obligado a cumplir si la contraparte no lo hace o se allana a cumplirlo, y se aplica sólo cuando las obligaciones que nacen del contrato son para ambas partes -siendo éste, por tanto, bilateral-, pues estos contratos deben cumplirse codo a codo.⁹¹ Así, al igual que en todos los contratos bilaterales, si el deudor hipotecante se encuentra en mora de cumplir sus obligaciones y requiere judicialmente el cumplimiento de los pagos que resten realizarle por la contraparte, podrá la institución financiera ampararse en esta excepción para no continuar cumpliendo con sus obligaciones, de la misma forma que sucederá en el caso contrario. Esta institución, cuyos efectos prácticos son de carácter procesal, nos será muy útil para fundamentar y establecer una condición que operará para efectos de caducar el plazo en caso de incumplimiento, y que el acreedor no deba seguir cumpliendo sus obligaciones sin necesidad de resolver el contrato.

⁹⁰ ABELIUK, R. op. cit. pp. 511-513.

⁹¹ ALESSANDRI R., A. 2004. op.cit. p. 21.

3. Aplicación de la teoría de los riesgos. Ésta se encuentra destinada a determinar las reglas de distribución del riesgo en el caso de que la cosa debida (que debe ser entregada), se pierda por motivo de caso fortuito o fuerza mayor, y consagra el principio de que “las cosas perecen para su dueño” (artículo 1550 Código Civil), a pesar de que en nuestro ordenamiento esta decisión, según una parte de la doctrina, no se justifica.⁹² Dicha norma se explica pues es necesario determinar qué sucederá con las obligaciones de la contraparte en dicha situación, pues su obligación no se ha hecho imposible. En el caso de tratarse de un contrato unilateral, en cambio, si la cosa perece, la solución es simple: simplemente se extinguirá la obligación (artículo 1670 del Código Civil).

Como ya lo enunciamos respecto a la excepción de contrato no cumplido, existe una dificultad que debemos resolver debido a la particularidad que presenta la hipoteca inversa, pues la institución financiera, quien normalmente reviste sólo la calidad de acreedor, en estos contratos es obligada a entregar la suma acordada durante la ejecución del mismo, y, por tanto, cualquier problema relacionado con el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, si bien le permitirá excepcionarse de cumplir con los pagos restantes, mantendrá pendiente el plazo acordado para la exigibilidad. Si bien dispondrá de la condición resolutoria tácita para poner fin a esta relación y de esta forma no

⁹² Al respecto véase ABELIUK, R. op. cit. pp. 1175-1186.

seguirá obligado a seguir cumpliendo su parte de lo acordado, esta solución no es efectiva para mantener vigente la garantía hipotecaria y con ello su preferencia. Al resolver el contrato principal se extinguirá accesoriamente la hipoteca, y lo más probable es que este mismo deudor hipotecario no tenga más bienes u otros ingresos para restituir lo que se le ha pagado hasta ese momento.

Es por ello que consideramos necesario que en estas modalidades del contrato se pacte la caducidad convencional del plazo o “cláusulas de aceleración” para que en el caso de producirse algún incumplimiento la deuda se haga exigible al momento del mismo. No obstante, es menester tener presente que, como en este caso la hipoteca inversa es bilateral y que, además, es la institución financiera quien se encontrará realizando pagos de forma escalonada y no el deudor, ante el incumplimiento de alguna obligación por parte de este último y de hacerse efectiva la cláusula de aceleración, como ésta no se ha pensado para esta situación anómala en nuestro ordenamiento, es necesario que se autorice por medio de ella al acreedor para no continuar realizando las entregas a las que se encontraba obligado. Lo anterior le permitiría, por ende, no recurrir a la condición resolutoria tácita, ya que ésta resolvería el contrato y mermaría sus posibilidades de pagarse de lo que se le adeuda hasta ese momento mediante la ejecución de la garantía, pues la resolución del contrato principal extinguiría asimismo la hipoteca, como se dijo.

Por tanto, la obligación por parte de la institución financiera de entregar la cantidad solicitada en pagos periódicos o de mantener a disposición del deudor la línea de crédito, se extenderá hasta que se agote el monto acordado, o hasta que se cumpla el plazo de la muerte del deudor si es que ocurre antes de que se agote el monto, o en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas al deudor antes de la llegada del plazo de la muerte del deudor.

De esta forma la cláusula de aceleración operará para la institución financiera acreedora como una especie de “condición de contrato no cumplido”, con la cual caducará el plazo, no sólo haciendo exigible hasta entonces lo ya pagado, sino que además producirá que el acreedor no deba seguir cumpliendo sus obligaciones, manteniendo su garantía hipotecaria por lo que el deudor se encuentre obligado a restituir. Sobre esto se volverá más adelante, al tratar la exigibilidad del crédito.

En el caso de ser la institución financiera quien incumple sus obligaciones, también se podrá resolver y habrá lugar a acciones restitutorias entre las partes. No obstante, nuevamente la situación económica del deudor hipotecante puede que haga más conveniente para él mantener la relación y forzar su cumplimiento. Esta situación puede hacer necesario establecer alguna forma de seguro que proteja a las personas mayores de dicha posibilidad, para que les

sea factible continuar con lo pactado, y no se vean obligados a perder su casa producto de la desidia de la contraparte.

Tratándose de la modalidad de entrega mediante una suma única, el contrato se configurará como el clásico crédito hipotecario, en el cual el acreedor entrega una cantidad de dinero y la contraparte se obliga a restituirla en el plazo convenido, que en la hipoteca inversa será el momento del fallecimiento del deudor. Por tanto, el contrato se encontrará perfecto por el hecho de la entrega de la cantidad y la constitución de la hipoteca con todas las formalidades que eso implica. En este contrato nacen obligaciones sólo para el deudor: la de restituir la cantidad prestada a la llegada del plazo, mantener la cosa en buen estado de conservación, de tal manera que pueda seguir cumpliendo su rol de garantía suficiente para la deuda, e incluso, como veremos más adelante, de ocupar el inmueble como su vivienda principal en caso de estipularse, de la misma forma que ha seguido la práctica en el derecho foráneo- hasta el tiempo en que la deuda se haga exigible. Mas el acreedor no contrae obligaciones, sino sólo adquiere derechos, como el de exigir la deuda a la llegada del plazo, por lo que no podríamos sino calificarlo como contrato unilateral al igual que el mutuo hipotecario común.⁹³

⁹³ BRAVO, C. loc. cit.

2.2. Validez de un acto con objeto indeterminado

Visto lo anterior, pueden presentarse dudas respecto a la legalidad de la introducción de la hipoteca inversa en nuestro país, pues, de acuerdo a la experiencia internacional, en una gran cantidad de casos el monto al cual se obligue el deudor a dar será indeterminado. Por esto, en el presente apartado se analizará la posibilidad de que se establezcan obligaciones indeterminadas, para más adelante analizar la posibilidad de garantizar con hipoteca dichas obligaciones.

Como fuera dicho, dado que en la generalidad de los casos el dinero prestado en una hipoteca inversa es entregado bajo la modalidad de rentas periódicas, el monto que deberá ser restituido por el deudor será en principio indeterminado, pues, por ejemplo, es posible que éste muera antes de lo calculado, o bien, aunque lo anterior no suceda e incluso se imponga un límite máximo para el capital a prestar, los intereses acrecentarán la deuda hasta que el crédito se haga exigible, pudiendo el crédito total eventualmente superar el valor del inmueble. En ambos casos se evidencia la imposibilidad de conocer el monto exacto de la obligación del deudor hasta que el crédito se haya hecho exigible, ya sea por la muerte del(los) beneficiario(s), ya sea porque se cumpla alguna otra condición estipulada para ello.

El artículo 1461 inciso primero del Código Civil, entre los requisitos que debe tener el objeto de todo acto jurídico, señala que éste debe ser determinado, al menos en cuanto a su género, mientras que en su inciso segundo indica que “[l]a cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla”. Al respecto cabe preguntarnos si la hipoteca inversa, especialmente en su modalidad de rentas periódicas referida, sería de aquellos actos permitidos por nuestra legislación, en consideración a la indeterminación de la cantidad adeudada, o si bien adolecerá de un vicio que haga procedente la sanción de nulidad (o inexistencia, para quienes adhieran a dicha teoría⁹⁴).

Al adeudarse en la hipoteca inversa una cantidad inicialmente indeterminada de dinero, es claro que al menos se encuentra determinado el género de lo debido. Ahora, VIAL afirma que en cuanto a la cantidad, ésta “puede estar expresamente determinada por las partes o, a lo menos, si éstas nada dicen, el acto o contrato debe contener datos o fijar reglas que sirvan para determinarla”, caso en que la cantidad sería determinable.⁹⁵ En el caso de la hipoteca inversa, la tasa de interés, sea fija o variable, estará expresada o se contendrán reglas para su cálculo, de modo que aun en caso de prolongarse la vida del beneficiario más allá de lo inicialmente estimado el monto será determinable al

⁹⁴ Por ejemplo, véase VIAL, V. 2003. Teoría General del Acto Jurídico. 5ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 162-163.

⁹⁵ VIAL, V. Ibid. p. 162.

momento de su muerte. De hecho, para afrontar el riesgo que ello representa para el acreedor es que se han creado mecanismos como los *nonrecourse loans* estadounidenses, revisados en el capítulo primero.

Aún podría, sin embargo, persistir la duda respecto de la situación en que el deudor muere antes de lo estimado, o antes de cumplirse el monto estipulado como máximo que recibiría, en caso de haberlo. En nuestra opinión, tampoco sería posible en este caso formular objeciones sobre la legalidad de la hipoteca inversa en cuanto a la determinación de su objeto, pues la muerte marcaría el momento en el cual se liquide y se haga exigible la deuda, consistiendo en la cantidad prestada hasta entonces más los intereses calculados de la forma que corresponda. Se cumpliría así con lo exigido por CARIOTA F., esto es, “que se haya establecido desde dicho momento [el de la contratación] un medio objetivo de determinación, o sea, que exista la posibilidad de una determinación no dejada a la voluntad del declarante o de los declarantes”⁹⁶. No sería este el caso incluso cuando alguna de las partes incumpla voluntariamente otras condiciones impuestas en el contrato, pues, si bien habrá incidido sobre el momento en el cual se determine la cantidad debida, no estará la determinación en sí misma sujeta a su voluntad, la que se regirá por las reglas de cálculo estipuladas en el respectivo contrato.

⁹⁶ Citado en VIAL, V. Ibid. pp. 156-157.

2.3. Garantía de obligaciones de monto indeterminado

Descartados los problemas de validez de la hipoteca inversa por indeterminación de su objeto, procede preguntarnos sobre la posibilidad de garantizar con una hipoteca el pago de una cantidad indeterminada (aunque determinable, como hemos visto). Siguiendo a SOMARRIVA, podemos distinguir entre lo que son las obligaciones indeterminadas en cuanto a su monto y aquellas indeterminadas en cuanto a su naturaleza⁹⁷, siendo la obligación del deudor en la hipoteca inversa una indeterminada en cuanto a su monto.

El problema sobre si es admitida la garantía de obligaciones de monto indeterminado ha sido discutido en la doctrina nacional especialmente respecto de la hipoteca con cláusula de garantía general, con la que se garantizaría, por ejemplo, las futuras obligaciones que el deudor contraiga con la entidad financiera, discusión de la cual se revisarán algunos argumentos a continuación.

⁹⁷ SOMARRIVA, M. 1943. op. cit. pp. 313-314. Aunque no sea materia de la presente memoria, cabe señalar que para el autor sería posible incluso la garantía con hipoteca de obligaciones indeterminadas en cuanto a su naturaleza, basándose en el reconocimiento que el artículo 2427 del Código Civil hace de la posibilidad de que la deuda fuere “ilíquida, condicional o indeterminada”, sin distinción, y en el hecho de que la hipoteca pueda otorgarse incluso antes que el contrato principal, según lo señala el artículo 2413, sin que se conozca de qué tipo serán las obligaciones a las que accederá. Si bien, como se dijo, lo anterior no es el tema específico en comento, sí lo consideramos como un argumento a favor de la plena licitud del otorgamiento de una hipoteca para garantizar el cumplimiento de una obligación de monto indeterminado, como es el caso de la hipoteca inversa.

2.3.1. La cláusula de garantía general hipotecaria

Para SOMARRIVA es perfectamente posible garantizar con una hipoteca obligaciones indeterminadas en cuanto a su monto, basado principalmente en tres argumentos: (i) el artículo 376 del Código Civil admite que la fianza sea reemplazada por una hipoteca, la que será naturalmente de un monto indeterminado; (ii) el artículo 2427 del Código Civil admite expresamente que la deuda garantizada sea ilíquida, condicional o indeterminada; y (iii) una interpretación a *contrario sensu* del artículo 2431 del Código citado, que señala que la hipoteca “podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente”, llevaría a admitir que el monto de las obligaciones garantizadas pueda ser indeterminado, en el mismo sentido de lo señalado por el artículo 81 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces.⁹⁸ Según el autor, la cláusula de garantía general sería propiamente la garantía de obligaciones indeterminadas, por lo que no tendría problemas de validez. Sin embargo, la doctrina nacional no ha estado conteste al respecto.

El profesor citado además hace frente a lo que identifica como las principales críticas a la cláusula de garantía general.⁹⁹ En primer lugar, se cuestiona su validez, pues no cumpliría con los requisitos de determinación del

⁹⁸ SOMARRIVA, M. Ibid. p. 313.

⁹⁹ SOMARRIVA, M. Ibid. p. 315-319.

artículo 1461, ya mencionado más arriba. Dicha postura, no obstante, confundiría el objeto de la hipoteca con el del (los) contrato(s) principal(es) al (los) cual(es) acceda, siendo que el objeto de la primera será el inmueble con el que se garantizan las obligaciones, las que deberán, individualmente consideradas, cumplir con el requisito de determinación mencionado.

En segundo lugar, se argumenta que tanto el artículo 2432 del Código Civil como el artículo 81 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces exigirían que la inscripción hipotecaria contenga la fecha y naturaleza del contrato al que acceden, lo que no sería posible en el caso de una hipoteca con cláusula de garantía general. Se responde a esto que el artículo 2413 dice expresa y claramente que la hipoteca podrá otorgarse antes o después de celebrado el contrato principal, de modo que dicha exigencia sería lógicamente aplicable únicamente en caso que la hipoteca sea coetánea o posterior al contrato principal.

En tercer lugar, se critica la cláusula diciendo que si bien el artículo 2413 permitiría la hipoteca anterior al contrato principal, éste valdría desde su inscripción, la que sólo podrá requerirse una vez celebrado el contrato principal. Lo anterior no sería acertado, toda vez que la inscripción puede realizarse de inmediato, lo que iría en consonancia con lo dicho sobre la necesidad de mención de la fecha y naturaleza de la obligación principal; en este caso, en

que la hipoteca es anterior al contrato principal, ella sería realmente condicional, pues estaría sujeta a la suscripción del segundo. Concluye que las críticas formuladas no restan validez a la cláusula en comento.

Don Raúl DIEZ, basándose principalmente en los artículos 2413 y 2431 de nuestro Código Civil, es también de la opinión de que la cláusula de garantía general hipotecaria es válida en nuestro ordenamiento, como lo reconocería asimismo la jurisprudencia nacional.¹⁰⁰

MILES, por su parte, identifica cinco principales focos de crítica a la cláusula de garantía general hipotecaria¹⁰¹: por atentar en contra de su accesoriedad, por atentar contra el principio de publicidad de la hipoteca, por indeterminación del objeto del contrato hipotecario, por infringir el límite establecido en el artículo 2431 del Código Civil sobre el límite de la hipoteca, y por atentar contra la libre circulación de los bienes. En cuanto a la primera objeción, que se ha revisado también más arriba, MILES concluye, siguiendo a SOMARRIVA y LANGLOIS, que no obsta a la accesoriedad de la hipoteca el que pueda otorgarse antes que la obligación principal, pues de ninguna forma podrá surtir efectos sin ésta, diciendo que “en cuanto al efecto que le es propio [a la hipoteca], garantizar, éste está supeditado tanto en su nacimiento como en su extinción a la

¹⁰⁰ DIEZ, R. op. cit. pp. 125-133.

¹⁰¹ MILES, S. 2010. La cláusula de garantía general hipotecaria. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 48 y ss.

obligación principal, pero en cuanto a su existencia como tal, la hipoteca sólo se sujeta a la obligación principal en cuanto a su extinción”¹⁰².

En cuanto al principio de publicidad de la hipoteca, la crítica discurre sobre la imposibilidad de cumplir con que la inscripción contenga la fecha y naturaleza de la obligación principal, requerido por los artículos 2432 del Código Civil y 81 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, también revisada más arriba, y al respecto se pliega a la postura de LANGLOIS, quien, al igual que SOMARRIVA, estima que dicha información deberá incluirse sólo cuando la hipoteca sea simultánea o posterior al contrato principal, siendo posible para la cláusula de garantía general hipotecaria expresar la naturaleza en términos más o menos generales y omitiendo su fecha.

En tercer lugar, se critica por la indeterminación del objeto del contrato hipotecario, también visto más arriba, a lo que responde el autor que dicha afirmación confunde el objeto del contrato principal con el del contrato hipotecario: “[I]o que se trata de dar en el contrato hipotecario, y que por lo tanto constituye su objeto, es una garantía, es decir, el mismo derecho real de hipoteca, que como sabemos se constituye mediante la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. A su turno, el objeto del derecho real de hipoteca no puede ser sino el inmueble en que recae”, en el mismo sentido que

¹⁰² MILES, S. Ibid. p. 51.

lo señalado por nosotros al revisar el objeto de la hipoteca inversa. Así, independientemente de la interminación de la obligación principal, ya sea en cuanto a su naturaleza o monto, ello no puede afectar la determinación de la hipoteca.

En cuarto lugar, se afirma la nulidad de la cláusula de garantía general pues vulneraría lo dispuesto en el artículo 2431 del Código Civil, según el cual el legislador lo que querría es que el límite de la hipoteca pudiera conocerse o presumirse desde su inicio. Si bien para MILES dicha norma no pone en entredicho la validez de la cláusula, lo que sí hace es dar al deudor la posibilidad de reducir la garantía al duplo de la obligación principal -límite que será fácilmente calculable siendo ésta determinada-, incluso de aquellas indeterminadas, respecto de las cuales será posible establecer el límite una vez que existan -en caso de ser obligaciones futuras- y que sean conocidas. Luego volveremos sobre esto.

Finalmente, se critica la cláusula de garantía general porque atentaría contra la libre circulación de los bienes, puesto que nadie compraría un inmueble que garantizara obligaciones indeterminadas en cuanto a su monto o naturaleza. El autor disiente con ello, pues indica que como el artículo 2431 permite limitar el monto máximo de la hipoteca, una vez conocido éste no habrá problema para vender el inmueble. Debemos hacer presente, en todo caso, que sin importar

con qué teoría se adscriba uno en este punto, es posible que en el caso de la hipoteca inversa se establezca que el inmueble objeto de la hipoteca deba ser la residencia o vivienda principal del deudor, de modo que éste no podrá venderlo mientras la obligación se encuentre pendiente; las implicancias de establecer dicha obligación se analizarán más adelante.

Para MERY, por su parte, es posible que la hipoteca caucione obligaciones indeterminadas tanto en su naturaleza como en su monto, pues así lo reconocería implícitamente el artículo 2427 del Código Civil, sin hacer diferenciación entre ambas clases, aunque a su parecer la garantía de obligaciones de naturaleza indeterminada no sea acorde con el espíritu de la legislación en la materia.¹⁰³ Sin embargo, se manifiesta contrario al establecimiento de la cláusula de garantía general hipotecaria como una posibilidad de eficacia general, pues el contrato hipotecario -y no la hipoteca en sí- adolecería de falta de determinación en su objeto: “El inmueble -más precisamente el derecho de propiedad o usufructo, según corresponda, no es el objeto del contrato, sino de la hipoteca en cuanto derecho real. Como ya señalamos, lo que se trata de dar en el contrato en referencia es la garantía hipotecaria, cosa incorporal que tiene para nuestro legislador plena existencia. La determinación de su monto es, por tanto, necesaria, de acuerdo con lo

¹⁰³ MERY B., R. op. cit. pp. 93-94.

dispuesto por el artículo 1461”¹⁰⁴. El legislador, según el autor, habría permitido que se acuerden cláusulas de garantía general, pero en leyes especiales excepcionales, lo que impediría darle una cabida generalizada en nuestro ordenamiento.¹⁰⁵ El problema no estaría, entonces, en que las obligaciones caucionadas fueran indeterminadas, sino en que el monto al que ascienda la garantía debe encontrarse determinado o ser determinable. En palabras del propio MERY: “Las obligaciones garantizadas pueden ser indeterminadas y aún (sic) futuras, pero, en todo caso, la extensión objetiva de la hipoteca debe ser cierta, ya sea en forma absoluta o solamente relativa”¹⁰⁶.

Más recientemente, las críticas han venido en importante medida de UGARTE, a quien responde el ya citado MILES, y cuyas objeciones ya han sido revisadas. Con todo, cabe aún citar su opinión respecto de la debida determinación del objeto del contrato hipotecario, que es uno de los argumentos que más nos interesa para efectos del presente trabajo: “Como el contrato hipotecario tiene incorporado como elemento de su objeto, que es el derecho real de hipoteca, o la garantía, el objeto de la obligación principal o garantizada, se da en él un doble plano de aplicación de las normas sobre determinación del objeto. Así, para que el contrato hipotecario tenga su objeto debidamente determinado, han de cumplirse las reglas aplicables a la determinación de su

¹⁰⁴ MERY B., R. Ibid. p. 112.

¹⁰⁵ MERY B., R. Ibid. pp. 118-121.

¹⁰⁶ MERY B., R. Ibid. p. 117.

objeto directo, y las aplicables a la determinación del objeto de la obligación principal. Es decir, debe haber la suficiente determinación del objeto de la obligación de constituir la garantía, y, para que ello se dé, debe haber, a su vez, una suficiente determinación del objeto de la obligación principal, que es la que se ha de pagar en caso de funcionar aquella garantía. Para los fines del presente estudio, hemos pues de referirnos a ambas determinaciones.

En cuanto a la obligación principal, como ésta ha de ser pagar una suma de dinero, o ha de haberse reducido a una deuda de dinero, regirá la norma sobre determinación de la cantidad que es propia de las obligaciones de género: la cantidad podrá ser incierta con tal que haya reglas o datos que sirvan para determinarla (art. 1461). Estas reglas ha de contenerlas el acto que sirva de fuente a la obligación principal, o han de resultar del hecho jurídico del que ella dimane, o si se trata de caucionar una obligación futura, el mismo contrato hipotecario deberá establecerlas.”¹⁰⁷

Si bien no concordamos con el profesor UGARTE en que para la hipoteca exista un doble plano de aplicación en cuanto a la determinación de su objeto, sino que es posible -y necesario- distinguir conceptualmente entre lo que es el objeto del contrato principal y el objeto de la hipoteca, aun si se estuviera de

¹⁰⁷ UGARTE, J. J. 2010. La nulidad de la cláusula de garantía general hipotecaria. En: TAVOLARI, R. (Director) Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Contratos. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 494.

acuerdo con él no podría extenderse dicha crítica a la hipoteca inversa, pues ésta cumpliría incluso con la ya mencionada exigencia de doble determinación. No hay que olvidar que en la hipoteca inversa se cauciona una obligación que es inicialmente indeterminada en cuanto a su monto, pero determinable al momento de su liquidación, esto es, a la muerte del deudor.

A nuestro parecer, la cláusula de garantía general hipotecaria es perfectamente posible en nuestro ordenamiento, y hacemos nuestros los argumentos entregados por SOMARRIVA y MILES en su defensa, especialmente aquéllos entregados por éste para las tres primeras críticas que menciona. No hay reproche de validez alguno que pueda formularsele. De la misma forma, es admitida por la SBIF, al mencionarse en su Recopilación Actualizada de Normas, por ejemplo, en su Capítulo 12-3.

Habiendo visto la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria, creemos extensible lo dicho a la hipoteca inversa, en la que, como se ha dicho, se garantiza una obligación indeterminada en cuanto a su monto. Sin embargo, si bien los argumentos a favor de la cláusula de garantía general son aplicables a la hipoteca inversa, debe hacerse una precisión. Tal como señala MILES, la cláusula referida garantiza obligaciones tanto presentes como futuras, indeterminadas en cuanto a su monto y naturaleza¹⁰⁸, mas en el caso de la

¹⁰⁸ MILES, S. op. cit. p. 41.

hipoteca inversa se garantizan obligaciones actuales e indeterminadas sólo en cuanto a su monto -por lo que, *a fortiori*, menos cuestionamiento habría sobre su licitud-. Así, la obligación garantizada en el caso de la figura revisada en esta memoria existe al momento de constituirse la hipoteca, pero se encuentra sujeta a un plazo suspensivo -la muerte del deudor-, de modo que su liquidación de acuerdo a las reglas que se hayan estipulado (capital que se haya prestado más intereses pactados) y exigibilidad se encuentran supeditadas a la llegada de dicho momento, a lo que generalmente se agrega la verificación de otras condiciones, como el que el inmueble siga siendo la residencia principal del deudor.

En este sentido es que el artículo 1494 del Código Civil define el plazo como “la época que se fija **para el cumplimiento de la obligación**”¹⁰⁹, lo que supone la existencia de ésta, como asimismo de un derecho correlativo. Ello es reconocido por ABELIUK al afirmar que “como es evidente que llegará su vencimiento, no están afectados el derecho y la obligación mismos; ellos existen, y sólo está comprometida la exigibilidad. En consecuencia, el acreedor tiene su derecho, y el deudor su obligación, pero aquél no puede exigir el cumplimiento ni éste está obligado a cumplir mientras no se venza el plazo”¹¹⁰. Sobre esto se volverá más adelante.

¹⁰⁹ Destacado es nuestro.

¹¹⁰ ABELIUK, R. op. cit. p. 470.

También, como se dijo, la obligación en la hipoteca inversa es indeterminada únicamente en cuanto a su monto, pues se trata de una obligación de dar, de modo que, si bien el análisis de la cláusula de garantía general hipotecaria ha servido para dilucidar las posibles dudas sobre la garantía hipotecaria de montos indeterminados, no es completamente asimilable a la figura revisada en este trabajo. Es más, esta indeterminación es sólo inicial, como se ha dicho, pues de todas formas la obligación principal será determinable al cumplimiento del plazo, además de que la indeterminación afectaría únicamente al crédito garantizado, sin afectar la del contrato hipotecario.

Con todo, el que sea posible el otorgamiento de una garantía hipotecaria para obligaciones de monto indeterminado, como es el caso de la hipoteca inversa, que es lo que se ha querido demostrar hasta ahora, no implica que no puedan presentarse problemas en su aplicación. Frente a ello es que PAÑELLA, quien sin embargo adscribe la tesis de la nulidad de la cláusula de garantía general hipotecaria, ha manifestado, desde la perspectiva del derecho del consumidor, lo siguiente respecto de la misma:

“a. Es una cláusula abusiva que atenta contra las exigencias de la buena fe, lo anterior porque excede el ámbito del contrato y no se puede modificar posteriormente su contenido.

b. Podría infringir el derecho a la información porque se redacta en términos que el consumidor la acepta expresamente.

c. Podría infringir el artículo 37 de la LPDC párrafo tercero.

d. La aplicación de esta cláusula infringiría el artículo 17 [D] de la ley N° 20.555 que la regula o más bien la ‘prohíbe’.”¹¹¹

La protección de los derechos de los consumidores es muy importante en operaciones financieras, uno de los ámbitos en que más se evidencia la asimetría de información que puede haber entre el consumidor y el proveedor, especialmente en lo que podría ser el mercado de la hipoteca inversa, pues, por el público al cual está destinado, podría requerirse una particular preocupación por la información y cabal comprensión de los productos ofrecidos. Sin embargo, no estamos de acuerdo con lo señalado por PAÑELLA, pues, salvo su última crítica, son problemas derivados de la práctica bancaria, a los que sin duda debe hacerse frente, pero que no obstan a la validez de la cláusula. Y, en todo caso, aunque se estuviera de acuerdo con su primera objeción, ello no afectaría a la hipoteca inversa, pues la obligación caucionada es una sola. Respecto de su última crítica, creemos que la Ley N° 20.555, modificatoria de la

¹¹¹ PAÑELLA, R. 2012. Análisis del contrato de mutuo hipotecario a la luz de la ley N° 19.496, sobre la protección de los derechos de los consumidores. p. 37. [en línea] <<http://www.derechoyconsumo.udp.cl/archivos/Analisis%20del%20contrato%20de%20mutuo%20hipotecario.pdf>> [consulta: 13 de abril de 2014]

Ley N° 19.946, “Sernac Financiero”, no prohíbe la cláusula de garantía general, y que afirmarlo sería una interpretación equivocada. Ella en su artículo 17 D inciso quinto preceptúa: “En el caso de los créditos hipotecarios, en cualquiera de sus modalidades, no podrá incluirse en el contrato de mutuo otra hipoteca que no sea la que cauciona el crédito que se contrata, salvo solicitud escrita del deudor efectuada por cualquier medio físico o tecnológico”. No sería una norma prohibitiva de la cláusula en comento, sino imperativa de requisitos para su aplicación. De todas formas, en la hipoteca inversa la garantía es una sola y para una obligación, de modo que no habría contradicción con la norma citada.

Como gran parte de las operaciones, la hipoteca inversa sería un contrato de adhesión desde la perspectiva del derecho del consumidor, como se ha dicho, por lo que deberá cumplir con las normas que para ellos se contemplan en la Ley N° 19.496, y de no hacerlo será un contrato susceptible de ser declarado nulo, pero no por la imposibilidad de que se otorgue una hipoteca para obligaciones indeterminadas.

Dentro del derecho del consumidor, podrían presentarse dudas respecto a la compatibilidad de la cláusula de garantía general hipotecaria y la hipoteca inversa, en cuanto obligaciones indeterminadas, con los derechos que el artículo 3° inciso segundo de la Ley N° 19.496 señala para consumidor de productos financieros, especialmente en sus letras a) y e). En dichos literales se

establecen, respectivamente, como derechos: “a) Recibir la información del costo total del producto o servicio, lo que comprende conocer la carga anual equivalente a que se refiere el artículo 17 G, y ser informado por escrito de las razones del rechazo a la contratación del servicio financiero, las que deberán fundarse en condiciones objetivas” y “e) Conocer la liquidación total del crédito, a su solo requerimiento”. El primero de ambos derechos es el que podría resultar más problemático, pues en estas operaciones el monto del crédito sólo se determinará y conocerá al momento de la muerte del deudor. Sin embargo, estimamos que ello no implica necesariamente una contradicción con el artículo citado, pues dicha dificultad se presenta también en operaciones de crédito con tasa de interés variable, en las que tampoco será posible conocer de antemano el monto total final del crédito. En los supuestos mencionados será posible realizar estimaciones sobre el total, más no dar un monto exacto. Estimamos que con dicha información se cumple suficientemente con lo que ordena la norma en comento, considerando que siempre deberá informarse con precisión los costos de los que se tenga conocimiento, tales como comisiones o gastos especiales.

En cuanto al segundo derecho, de conocer la liquidación del crédito, se satisface, en nuestra opinión, con el que la institución financiera dé a conocer al deudor el valor que tendría el crédito de liquidarse a la fecha de consulta. Así, si se llevan 10 años de vigencia del contrato de hipoteca inversa, el deudor tendrá

el derecho, de conformidad con el artículo 3º inciso segundo letra e) de la Ley N° 19.496, a que se le informe el valor que tendría el crédito de morir en dicho momento. En el mismo sentido, tratándose de una cláusula de garantía general hipotecaria, el deudor tendrá el derecho de conocer la liquidación de sus obligaciones, de acuerdo a las que estén vigentes en dicho momento.

2.3.2. Aplicación del artículo 2431 del Código Civil a la hipoteca inversa

El artículo 2431 del Código Civil establece: “La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado.

El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducida, se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda.”

La primera norma es la que permite a los contratantes establecer un límite expreso a la responsabilidad hipotecaria del deudor, es decir, que la hipoteca garantice la obligación principal con un límite en su monto, como lo señala MILES: “existe la posibilidad de limitar la responsabilidad hipotecaria a un monto que puede ser incluso menor a la obligación principal, y (...) en tal caso

se responderá sólo hasta ese valor”. Creemos que en esto no hay conflicto legal ni doctrinario, y que, tratándose de una hipoteca inversa no habría problema en establecerse. De hecho, somos de la opinión, al igual que en la generalidad de los sistemas foráneos, de que sería conveniente en estos casos fijarse como límite el valor de la casa, incluso imperativamente, para evitar lo que en la experiencia comparada se ha denominado el riesgo de “patrimonio negativo”. Si bien jurídicamente la figura es una modalidad de mutuo hipotecario, y es posible que el monto final de la deuda supere el valor del inmueble que la cauciona, económicamente la hipoteca inversa es una operación de liquidación del valor del inmueble, perspectiva desde la cual no tendría mucho sentido que en dicho proceso de liquidación se supere el valor del mismo.

Algunas de las consecuencias que se siguen de que el monto de la deuda fuera mayor que el valor del inmueble que sirve de garantía, es que al ejecutarse ésta no alcanzaría para cubrir el crédito, de modo que el banco o institución financiera acreedora tendrá que perseguir la deuda como acreedor valista, posición en la cual posiblemente no consiga su satisfacción. Lo anterior podría llevar a que, hasta el momento del “castigo” de los créditos impagos por el banco, en la contabilidad de éste se haya contado con dicho dinero, y que incluso eventualmente se haya utilizado para alguna operación, de modo que su solvencia estará en juego y el otorgamiento de hipotecas inversas podría producirle pérdidas más que ganancias, lo que claramente sería un

desincentivo para su uso. Mas esta situación siempre podría presentarse para la institución financiera, pues como precisaremos al tratar la situación de los herederos y el límite del crédito, la posibilidad de que el deudor viva más de lo estimado y los intereses sobrepasen el cálculo inicial estimado, o que la propiedad pierda su valor por alguna circunstancia inimputable al deudor, son un riesgo latente en este producto, situación en la cual el acreedor tendrá como límite para cobrar la deuda el valor comercial del inmueble que se tuvo en consideración al otorgarse el crédito.

Adicionalmente, este riesgo para los acreedores ha sido afrontado mediante el sistema de seguros, siendo el mercado estadounidense pionero en esta materia otorgando un seguro estatal, el que ya ha sido referido, y cuya posible implementación en Chile se estudiará más adelante. Sin perjuicio de ello, hay que tener presente que las instituciones financieras cuentan con los medios adecuados, tales como los comités de crédito, para realizar esta evaluación de riesgo al momento de otorgar el crédito.

En segundo lugar, el artículo 2413 impone que en ningún caso la responsabilidad hipotecaria se extenderá más allá del duplo del monto conocido o presunto de la obligación principal. Para don Ramón MEZA BARROS esta disposición vendría a temperar la infracción al principio de especialidad de la

hipoteca que importaría el garantizar una obligación indeterminada¹¹², y, tal como se ha observado más arriba, ha dado pie a diversos autores a afirmar la validez de la cláusula de garantía general, caso en el que podría distinguirse entre una obligación principal y otras, aunque todas caucionadas por la misma hipoteca. En dicha situación, no importaría mayor dificultad el cálculo del doble de la obligación principal. Sin embargo, tratándose de una sola obligación, y siendo ésta indeterminada, su duplo podrá conocerse sólo al momento de determinarse, y lógicamente la hipoteca nunca garantizará más que la propia obligación, de modo que no podría llegar a su duplo. Así lo reconoce también MILES, para quien “el límite del duplo sólo puede operar cuando la deuda es determinada o determinable, es decir, que su monto es conocido o puede conocerse, de otra forma no se explica cómo podría limitarse la responsabilidad hipotecaria al duplo de un monto que no se conoce”¹¹³. Afirma el mismo autor que “[e]n este caso [de obligaciones indeterminadas] no existe dificultad en aplicar el límite del duplo sino que es simplemente imposible”¹¹⁴. En la hipoteca inversa, pese a ser la obligación principal determinable, sólo lo será al momento de su liquidación, al estar sujeta su exigibilidad a la muerte del deudor, plazo suspensivo que por su propia naturaleza es indeterminado. La limitación revisada, entonces, no sería aplicable a la hipoteca inversa, pues, en primer lugar, se garantiza una sola obligación, de modo que no podrá nunca superar

¹¹² MEZA B., R. 2011b. op. cit. p. 184.

¹¹³ MILES, S. op. cit. p. 33.

¹¹⁴ MILES, S. Ibid. p. 34.

su propio monto, y, en segundo, dicha obligación es indeterminada, y no podrá conocerse su monto sino hasta al momento mismo en que se haga exigible.

Igual sería el caso, por ejemplo, si luego de la hipoteca inversa se constituyera una segunda hipoteca sobre el inmueble -lo que seguramente no sería un gran negocio para el segundo acreedor, pero es una posibilidad, al menos teórica-, pues, si bien la limitación del artículo 2431 parece estar pensada para casos en que se garanticen dos o más obligaciones, como se desprende de lo dicho en párrafo anterior, todas ellas deben ser garantizadas por la misma hipoteca, y no sólo por el mismo bien. Si existieran dos o más hipotecas sobre un inmueble, cada una accedería a una obligación principal independiente, de modo que la restricción del duplo se aplicaría individualmente a cada una, en caso de ser procedente.

Finalmente, el inciso segundo del artículo 2431 da al deudor la posibilidad de que se reduzca la hipoteca al duplo de la obligación principal, practicando para ello una nueva inscripción. Para SOMARRIVA dicho derecho, tratándose de garantía de obligaciones indeterminadas, paradigmáticamente en caso de una cláusula de garantía general hipotecaria, podrá ejercerse para que se limite la responsabilidad al duplo de las obligaciones contraídas a determinada fecha.¹¹⁵ Sin embargo, como hemos señalado, la restricción para la cuantía de la

¹¹⁵ SOMARRIVA, M. 1943. op. cit. p. 320.

hipoteca no es aplicable a la hipoteca inversa, de modo que con menor razón podrá el deudor solicitar la reducción a dicho monto. Hay que tener presente que lo que permite el artículo 2431 es que se limite la responsabilidad al duplo de la obligación principal, cantidad que la ley ha determinado establecer como máxima, mas no otorga al deudor el derecho de limitar unilateralmente su responsabilidad hipotecaria en cualquier momento al doble del monto que adeude en dicho tiempo. Debemos en esto tener presente la diferencia que existe entre la limitación convencional y expresa de la responsabilidad hipotecaria que permite el inciso primero -limitación que consideramos incluso necesaria, aunque no legalmente obligatoria, para la hipoteca inversa, fijada en el valor del inmueble- y el derecho que le asiste al deudor de que dicha responsabilidad no se extienda más allá del doble de la obligación principal.

Para terminar el apartado creemos conveniente resaltar que tampoco debe perderse de vista la diferencia que existe en la limitación de responsabilidad hipotecaria, expresa y convencional, como se dijo, y el hecho de que la obligación caucionada se encuentre o no determinada. La confusión podría producirse ante la voz “determinada suma” que utiliza el artículo 2431 al tratar la limitación de la hipoteca, pues ella no supone que la obligación garantizada sea a su vez determinada. De hecho, ambas “determinaciones” pueden combinarse y operar de manera relativamente independiente, y así limitarse la responsabilidad a un cierto monto en una obligación indeterminada, o bien en

una que sea determinada establecerse un límite distinto a dicha cantidad, siempre respetando que no sobrepase el duplo de la obligación principal.

2.3.3. Hipoteca inversa con cláusula de garantía general

Aunque no se relacione directa e inmediatamente con la determinación o indeterminación de la obligación caucionada, estimamos conveniente tratar, por un orden lógico de las ideas, en este momento la posibilidad de que se otorgue una hipoteca inversa que incluya la cláusula general hipotecaria. Hemos visto que no hay problemas de validez que se deriven de la indeterminación de las obligaciones garantizadas, sin embargo, es posible que se produzcan problemas en la práctica financiera, especialmente desde el ámbito del derecho del consumidor. En ese sentido, afirmamos que, respetando las limitaciones y formalidades que la Ley N° 19.496 establece, no habría problema para la inclusión de la cláusula de garantía general en contratos de mutuo hipotecario.

Con todo, tratándose de contratos de hipoteca inversa, puede discutirse si la inclusión de dicha cláusula vulneraría lo señalado por el artículo 16 letra g) de la citada ley, puesto que podría constituir una cláusula abusiva. La referida norma dispone:

“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

(...)

g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.”

En un contrato de hipoteca inversa, la cláusula largamente discutida podría generar conflictos al producir un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor o deudor, pues se estaría garantizando con el inmueble el pago de otras deudas además de aquella con la que supuestamente se liquidaría el valor del inmueble. Ahora, no visualizamos obstáculo alguno en que se extienda a otras obligaciones, siempre y cuando no se impongan más cargas al deudor de lo que pueda soportar con el valor del bien raíz. No obstante, corresponde a las partes evaluar si es factible que puedan caucionarse más obligaciones que

la del crédito caucionado con hipoteca inversa. No existen argumentos de legalidad adicionales a los señalados al revisar la cláusula de garantía general más arriba que impidan el otorgamiento de una hipoteca inversa con cláusula de garantía general. No puede *a priori* afirmarse que sea una cláusula contraria a la buena fe, sino que ello será una cuestión que deberá analizarse caso a caso.

Sin perjuicio de ello, podría alegarse su oposición a la buena fe en virtud de otras finalidades de la hipoteca inversa, como la de dar a los herederos al menos la posibilidad de satisfacer el crédito una vez muerto el deudor y así evitar el remate del inmueble, lo que se dificultaría de existir una cláusula de garantía general. De la misma forma, en caso de rematarse el inmueble, si se alcanzare un valor superior al monto de la deuda, la diferencia deberá ser entregada a la sucesión, situación que se tornaría muy improbable, en caso de inclusión de la referida cláusula. Ello deberá también analizarse en el caso concreto.

Asimismo, el establecimiento de la cláusula en comento podría entrar en conflicto con lo recién señalado en cuanto a la conveniencia de que se limite la responsabilidad hipotecaria al valor del inmueble.

Finalmente, estimamos que de acordarse una cláusula de garantía general en la hipoteca inversa, todas las deudas caucionadas adquirirían la modalidad de encontrarse su ejecución sujeta al plazo de la muerte del deudor, de modo que serían todas “hipotecas inversas”¹¹⁶, pues si fueran exigibles antes de eso se correría el riesgo de que desapareciera la garantía del crédito principal. Esto entraría en contradicción con la propia figura de hipoteca inversa, en la cual, como hemos visto, no deben existir hipotecas anteriores -en el sentido de que el inmueble garantice en primer lugar el crédito “inverso”-, lo cual no se cumpliría en el supuesto revisado, pues cada nueva obligación sería “inversa”, según lo dicho, pero el inmueble ya estaría garantizando otras obligaciones.

2.4. Licitud del objeto en la hipoteca inversa

El artículo 1445 del Código Civil establece como requisito de validez de los actos jurídicos que éstos no recaigan sobre un objeto ilícito, sin definir, sin embargo, qué se entenderá por tal. Para VIAL, un objeto podrá considerarse ilícito cuando resulte contrario a la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.¹¹⁷

¹¹⁶ Expresión que no es del todo exacta, pues no es realmente que existirían varias hipotecas sobre el mismo inmueble, sino que existirían varias deudas que podrían calificarse de hipotecas inversas, entendiendo que éstas son una modalidad del crédito -de conformidad con la aclaración realizada al comienzo del capítulo-, todas garantizadas por una sola hipoteca.

¹¹⁷ VIAL, V. op. cit. pp. 163-165.

Esta cuestión no podrá ser respondida ahora, ya que el presente trabajo tiene por objeto justamente identificar los eventuales conflictos legales de la introducción en nuestro país de la hipoteca inversa, tal como se la ha descrito en el capítulo anterior, y analizar críticamente si la figura resulta compatible con nuestro ordenamiento. De este modo, la respuesta a la pregunta sobre la licitud del objeto de la hipoteca inversa se irá dilucidando a lo largo del desarrollo, para que al final de esta memoria sea posible concluir su licitud o ilicitud en Chile.

3. Bienes susceptibles de hipoteca inversa

3.1. Generalidades

Como se ha enunciado anteriormente, se ha dispuesto en la mayoría de los países que la hipoteca inversa deba constituirse sobre un bien inmueble que sea de propiedad del deudor y que revista la característica de ser la vivienda principal del mismo, es decir, aquel lugar donde él desarrolle su vida habitualmente, ya sea solo o junto a su grupo familiar. Las razones que se han esgrimido para que esta situación se repita en la mayoría de los ordenamientos, radica en la fuerte función social que cumple esta institución, y es que, a diferencia de una hipoteca común, el constituyente se encuentra favorecido por el plazo establecido para su exigibilidad, el que garantizará que mientras cumpla con las condiciones exigidas, no se verá en riesgo de perder su lugar de

habitación. La deuda no se podrá exigir mientras el deudor se encuentre con vida y mucho menos, por tanto, ejecutarse la garantía, posibilidad que no le otorgaría la venta del inmueble o su simple otorgamiento en garantía hipotecaria para un crédito ordinario. Así también, figuras como las ventas condicionales, que contemplan el usufructo vitalicio a favor del constituyente, *leasing*, propiedad fiduciaria, etc., las que revisamos a propósito de la naturaleza jurídica de la hipoteca inversa, se han establecido con el fin de permitir a la población en edad de jubilar obtener ingresos transfiriendo la propiedad de su casa, no obstante garantizan su habitación hasta el momento de su muerte.

Esta idea se ha visto reforzada, además, por las condiciones impuestas a la hipoteca inversa en la experiencia foránea, es decir, el hecho de que se pueda alegar el incumplimiento del deudor en caso de: a) venderse el inmueble a un tercero; o b) dejar de permanecer en el mismo por un periodo determinado de tiempo¹¹⁸. Estas condiciones se reiteran en los demás ordenamientos, no obstante, como hicimos presente al revisar la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el derecho español se permite que en caso de que el deudor enajene la vivienda, pueda otorgar otra garantía suficiente en su lugar, y en su disposición adicional primera número 10 dispone que se podrá constituir hipoteca inversa sobre otros bienes inmuebles que no sean la vivienda principal del deudor. Ello

¹¹⁸ HAMMOND, C. op.cit. pp. 109-111.

abre las posibilidades a que se constituyan hipotecas inversas sobre otros bienes distintos de la vivienda principal del deudor, situación que dependerá netamente de las razones que se consideren más acordes con la institución.

Es por ello que surge la pregunta de si es posible constituir una hipoteca inversa sobre otros bienes inmuebles distintos a la vivienda principal, lo que implica una decisión relevante en el tratamiento de la figura, e implica dilucidar cuáles son las razones, ya sean de orden económico o social, que subyacen en que sólo deba otorgarse sobre el inmueble que sirva a ese propósito. Antes de responder a estas preguntas, revisaremos cuáles son las posibilidades de constituir una garantía hipotecaria sobre otros bienes en nuestro ordenamiento, y en virtud de ello planteamos las ventajas y desventajas de tomar un camino distinto al que se ha planteado en la generalidad de los ordenamientos.

En primer lugar, el derecho real de hipoteca sólo puede otorgarse sobre bienes inmuebles que se posean en propiedad, naves y sobre el derecho de usufructo, pues así lo dispone el artículo 2418 del Código Civil. SOMARRIVA¹¹⁹ agrega que estos bienes deben encontrarse dentro del comercio y ser susceptibles de embargarse.

¹¹⁹ SOMARRIVA, M. 1943. op.cit. pp. 374-375.

Sólo sobre **bienes inmuebles** que se posean en propiedad, pues dicho requisito es inherente a su definición como caución real, a diferencia de la prenda, que recae sobre bienes muebles. Es un derecho real que se identifica con la cosa sobre la que se constituye, es una relación *ad rem*¹²⁰. Mas como hablamos de bienes inmuebles que se tienen en propiedad, el abanico de posibilidades es mucho más amplio de lo que en principio pareciera.

Así, no sólo se comprenden los bienes inmuebles que se tienen propiedad plena, sino que también comprende la que se tiene de forma limitada, como es el caso de la propiedad fiduciaria, otorgada bajo los requisitos legales que impone el artículo 761 del Código Civil¹²¹, e incluso sobre aquella propiedad que se encuentra sujeta a un derecho eventual o rescindible. En el primer caso, no vemos en principio incompatibilidad con el requisito que se ha impuesto a la hipoteca inversa, ya que se trata de un inmueble que se tiene en propiedad, y que perfectamente puede cumplir la función de ser la vivienda principal del deudor, empero como se trata de un caso donde el derecho se encuentra limitado, la condición del fideicomiso debe estar estipulada para que el hecho que deba verificarse sea la muerte del deudor, pues de lo contrario sólo podría estipularse por 5 años, en cuyo caso no serviría de mucho la hipoteca inversa. Además, se deben cumplir los requisitos que exige la ley para el caso en que el

¹²⁰ DIEZ, R. op.cit. p. 8.

¹²¹ Al respecto se ha discutido en doctrina acerca de si la sanción por la falta de los requisitos sería la nulidad del contrato de hipoteca o la inoponibilidad al fideicomisario. Véase SOMARRIVA, M. 1943. op.cit. p. 376.

propietario fiduciario grava con una hipoteca el inmueble (artículo 757 del Código Civil).

En cuanto a la propiedad que se tiene bajo un derecho eventual o rescindible, también es posible constituir hipoteca inversa si el deudor cumpliera con los requisitos exigidos, no obstante, esta hipoteca está sujeta al principio de que nadie puede transferir más derechos de los que tiene, por lo que podría ser poco atractivo para los acreedores otorgar este crédito especial sin tomar los resguardos que establece la ley¹²². Nuevamente, el factor vitalicio que se ha reconocido en la hipoteca inversa podría verse mermado si el derecho que tiene el dueño sobre el inmueble es rescindido.

Cuando se trata de la nuda propiedad, como la del propietario que grava su propiedad con un usufructo, u otorga un derecho de uso o habitación en ella, la situación cambia si se impone la condición mencionada de ser su vivienda principal, pues puede ser que el dueño no ocupe este bien como tal y por ende no se cumpla con dicho requisito, situación que deberá verificar el acreedor conforme a la determinación de lo que entendamos por vivienda principal para conceder o no el crédito. No obstante, de no estipularse dicho requisito no vemos motivos, en principio, para oponerse a caucionar con hipoteca inversa un bien inmueble que se tenga en nuda propiedad.

¹²² SOMARRIVA, M. Ibid. pp.383-385.

Asimismo, se puede otorgar en hipoteca el derecho de usufructo que se tiene sobre inmuebles, lo que no implica que el titular de este derecho pueda hipotecar la cosa en sí misma, sino que es la propiedad que él detenta sobre el derecho de usar y gozar el inmueble lo que puede hipotecar¹²³. Esta cuestión podría presentar algunas dificultades desde la perspectiva de la hipoteca inversa, dado que, si relacionamos esta disposición con el plazo suspensivo dispuesto para la exigibilidad de la deuda, requisito esencial de la hipoteca inversa, al producirse la muerte del usufructuario se terminará el usufructo, y, por tanto, el acreedor no podría pagarse mediante el embargo del derecho si es que los herederos no pagan, de modo que su garantía perdería el sentido en este escenario. De esta forma, estimamos que para poder constituir una hipoteca inversa sobre un derecho de usufructo se debería desnaturalizar la institución para dejarla como una hipoteca general.

Habiendo hecho la precisión anterior, vemos que son muchas las opciones que se comprenden en nuestro ordenamiento para constituir hipotecas sobre inmuebles, no obstante, la imposición de la restricción de constituirse la hipoteca inversa sólo sobre la vivienda principal del deudor restringiría estas posibilidades. De partida, sería sólo un bien inmueble el que se pueda hipotecar, aun cuando se disponga de otros, y en el caso de que éste sea el

¹²³ MERY B., R. op. cit. pp.67-68.

único que se tenga, se preferirá siempre la propiedad plena, sin limitaciones, sobre otros escenarios que en nuestra legislación son perfectamente posibles. Sin mencionar que se eliminaría completamente la opción de constituirse hipoteca inversa sobre la propiedad de cosas incorporales, como es el caso del derecho de usufructo, como también en minas o naves, ya que escapan de la calificación de inmuebles que sirvan de residencia principal.

Resulta de gran relevancia, entonces, sopesar los diversos argumentos de que disponemos para decidir si la imposición de dicha restricción resulta conveniente en nuestro ordenamiento para la introducción de la figura en nuestro país. Adelantamos que la limitación mencionada sería netamente contractual para el caso específico de la hipoteca inversa, pues, como hemos visto, nuestro Código Civil permite dar en hipoteca una multiplicidad de bienes.

Al respecto, se debe tener en consideración las variadas particularidades que rodean a esta figura para poder entender por qué en la mayoría de los ordenamientos ha sido restringida al propietario de un inmueble que sea su vivienda principal. En primer lugar, debemos recordar que aun cuando ampliar las posibilidades de constitución podría aumentar el otorgamiento de hipotecas inversas, y, por tanto, contar con una mayor demanda para el producto, en esta institución prima el resguardo de los intereses de las personas de la tercera edad por sobre los intereses del mercado, debido a todas las circunstancias que

son presupuesto para su operatividad. Esto se manifiesta mediante algunos objetivos que se busca preservar cuando hablamos de hipoteca inversa, desde la perspectiva del deudor. Entre ellos encontramos principalmente: a) que pueda convertirse en un sujeto atractivo de crédito mediante su patrimonio en activo fijo, lo que le permitirá aumentar sus ingresos; y b) que mediante la operación anterior no vea en riesgo perder lo que actualmente tiene, incluido el lugar donde vivir. Es en virtud de ello que el crédito no puede hacerse exigible y la garantía ejecutable sino hasta la muerte del deudor, así como es la razón de que en derecho comparado existan beneficios y exenciones arancelarias y tributarias a diferencia de otros créditos, pues la idea es mejorar y no empeorar su situación.

Podemos reconocer que permitir constituir una hipoteca inversa sobre otros bienes del deudor que no sean su vivienda principal no necesariamente implicaría poner en riesgo la situación económica de estas personas, de hecho podríamos estar ampliando aun más sus posibilidades de obtener financiamiento, e incluso, en el caso de que alguien no tuviese una vivienda propia pero el tercero dueño de la propiedad donde el deudor habita acepte constituir una hipoteca inversa en su favor, se le estaría permitiendo acceder a una oportunidad que antes no tenía¹²⁴.

¹²⁴ ZURITA, I. op. cit. p. 1281. Es de la opinión que sustenta esta postura “*Si de lo que se trata es de facilitar a las personas mayores la posibilidad de convertir en líquido su capital inmobiliario para atender a las necesidades de su vida cotidiana su situación de dependencia,*

El problema, creemos nosotros, radica en que las condiciones antedichas, en especial el de la exigibilidad al día de su muerte o de sus beneficiarios, están contempladas para evitar que estas personas, sujetos pasivos del crédito, pierdan el inmueble y no tengan donde vivir, ya que por su avanzada edad y sus bajos ingresos, les sea casi imposible superar dicha circunstancia. Esta situación no se produciría si se tratara de constituir una hipoteca sobre un bien inmueble distinto de aquel que cumpla la función de ser la vivienda principal del deudor, el cual perfectamente puede ser vendido o rematado sin que ello comprometa su lugar de habitación. Es en virtud de ello que en la generalidad de los ordenamientos si la propiedad es transferida, e incluso abandonada por el deudor un cierto periodo de tiempo, puede el acreedor exigir su crédito en ese momento, caducando de esta forma el plazo de exigibilidad, y, por ende, hacerlo efectivo con el remate de la propiedad si es necesario. Visto desde esta perspectiva, el requisito de que se constituya la hipoteca inversa en el inmueble vivienda principal del deudor, va estrechamente ligado al requisito de exigibilidad del crédito, que más que una exigencia es un beneficio establecido en favor del deudor, y por tanto, desde esa perspectiva estimamos debe concederse sólo en los casos que presente dicha circunstancia.

no parece que deba restringirse la constitución de este tipo de hipoteca sobre otro inmueble del anciano que no constituya su vivienda habitual, máxime cuando lo pueda rentabilizar aún más que ésta, bien por su más alto valor, o bien por las circunstancias del mercado arrendaticio, por ejemplo”.

Una situación análoga ocurre en nuestro ordenamiento con la institución del bien familiar, en la que si bien aún es discutida su finalidad¹²⁵, se reconoce por la amplia mayoría de la doctrina que su función es resguardar la residencia principal de la familia, permitiendo que se entrase el derecho de propiedad que tiene el cónyuge propietario sobre el bien que sirve de habitación, para que este grupo pueda desarrollarse plenamente. Así, este crédito hipotecario especial, como es la hipoteca inversa, también busca resguardar aquel bien en el cual el solicitante y sus beneficiarios continúan desarrollando su vida, situación que se prolongará hasta el momento de su muerte¹²⁶.

Sin perjuicio de todo lo anterior, cabe preguntarnos cuál es la finalidad principal de la hipoteca inversa, la cual -como ya la hemos revisado en el capítulo primero de esta memoria- consiste principalmente en aumentar los ingresos de las personas pertenecientes al grupo de la tercera edad, quienes

¹²⁵ RIQUELME, P. y VENEGAS, P. 2011. El Estatuto de los Bienes Familiares. Análisis Crítico y Derecho Proyectado. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 45-50

¹²⁶ Así se ha limitado el principio de la autonomía de la voluntad en pos del bienestar del núcleo familiar, y en especial del cónyuge. Véase al respecto. "Reducida al núcleo marital y paterno-filial, y desprovista de funciones económicas y sociales de relevancia, la familia urbana típica no requiere de un soporte material de gran envergadura, ni aspira a su conservación transgeneracional como condición de subsistencia; por regla general sólo exige de la concurrencia de un patrimonio mínimo de carácter estático, destinado a dotar de cierta estabilidad material para el desenvolvimiento de las dinámicas familiares durante toda la extensión del ciclo vital de la familia. Este último aspecto cobra particular relevancia en función de asegurar el sustento material básico de los cónyuges, considerando especialmente los requerimientos de un periodo de senectud cada vez más amplio". SAAVEDRA, R. 2011. Autonomía de la Voluntad y Protección de la Familia frente a la actual realidad Sucesoria: La búsqueda de nuevos equilibrios entre dos principios fundamentales. En: CORRAL T., H. "et al". Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2005-2009). Tomo V. Santiago. AbeledoPerrot. p. 637.

por razones de los bajos montos de sus pensiones de jubilación, su imposibilidad de trabajar – o al menos de hacerlo en la misma medida que realizaban antes-, y por no ser en principio sujetos pasivos atractivos de crédito, ven rebajado su estándar de vida, sin exponerlos por ello al riesgo de desmejorar o perder su patrimonio actual. Esta finalidad podría mantenerse resguardada aun cuando se extendiera la hipoteca inversa a otros bienes inmuebles distintos a lo que cumplan la característica de ser la vivienda principal, o a la propiedad que se tiene sobre un derecho -como el derecho de usufructo en el caso chileno-. Lo relevante para que hablemos de hipoteca inversa, a diferencia de un mutuo hipotecario normal, es que el crédito cuente con la posibilidad de ser entregado en las distintas modalidades vistas, con las consecuencias que eso conlleva, y que el plazo de exigibilidad del mismo sea en principio la muerte del deudor.

Por otra parte, no menos relevante, es que en nuestro ordenamiento jurídico no existen razones legales o de orden público para restringir el producto a la residencia principal para su otorgamiento, a diferencia del caso de la institución del bien familiar, cuyos fundamentos y finalidades quedaron plasmadas en su consagración mediante una ley expresa que la introdujo en nuestro sistema¹²⁷. Mas dado que, en los distintos países donde se ha dado cabida a esta figura no se ha requerido en principio de reformas legales para su desarrollo, sino que ha

¹²⁷ Ley 19.335, publicada en el diario oficial el 23 de septiembre de 1994.

sido la práctica del mercado la que ha ido trazando las líneas de esta institución, y que parte de nuestra propuesta para la introducción de la hipoteca inversa es que se desarrolle con las figuras contractuales actualmente existentes sin requerir modificación legal alguna, la limitación de constituirse sólo sobre el inmueble que sirva de vivienda principal para el deudor es una opción que se presenta a las partes como cláusula accidental del acto, y cuyo posterior desarrollo debe ser dejado a la propia regulación del mercado bancario y financiero.

Si bien a nuestro parecer resultaría conveniente, por un tema de uniformidad con la hipoteca inversa presente en el derecho foráneo, que ésta sea restringida en su objeto sólo al inmueble que sirva de vivienda principal para el deudor y sus beneficiarios, no obstante, no sea posible imponer dicha condición a todos los contratos de hipoteca inversa en nuestro país, pues ello requeriría de texto legal expreso. También reconocemos que podría ser interesante establecer hipotecas inversas en inmuebles distintos del anterior, en la forma de segundas hipotecas inversas¹²⁸, o como sucede en algunos Estados norteamericanos, la posibilidad de otorgar hipotecas inversas en otros bienes inmuebles, pero destinadas a cumplir fines especiales, ya sea el pago de impuestos, o costos de mantención, y mejoras necesarias.

¹²⁸ Esta interpretación se ha planteado en España respecto a la posibilidad de constituir hipotecas inversas en otros bienes inmuebles del deudor, dando prioridad a la complementación de pensiones y que se respecto el principio de preferencias entre ellas. LUQUE, M. op.cit. pp. 226-228.

Podemos agregar, finalmente, que los inmuebles serán por regla general los bienes de mayor valor en el patrimonio de una persona, de modo que razones económicas podrían llevar también a limitar el otorgamiento de hipotecas inversas sobre bienes distintos del señalado, pues el monto que se estaría dispuesto a prestar por las instituciones financieras sería considerablemente menor que en caso de bienes inmuebles. Teniendo en consideración que la exigibilidad de la deuda se encontrará suspendida, por regla general, hasta la muerte del deudor y que durante dicho lapso se seguirán sumando intereses a la deuda, ésta podría llegar a superar con creces el valor del bien que la garantiza. Se generarían, entonces, problemas para obtener la satisfacción del crédito por parte de la institución financiera, especialmente si se adopta la regla de “no patrimonio negativo”, como ha sido en derecho comparado, es decir, que el deudor estará obligado sólo hasta el valor del bien que garantice la deuda.

A modo de conclusión, cabe señalar que no es necesario para la introducción de la hipoteca inversa en nuestro país que se restrinja su constitución a la del inmueble que sea vivienda principal del deudor, sino que es en principio posible que se extienda su aplicación a todas las posibilidades que presenta nuestro ordenamiento para el caso de las hipotecas. Sin embargo, la conveniencia de dicha decisión corresponderá a las partes, quienes siempre podrán introducir las cláusulas que estimen más apropiadas a sus intereses conforme a la

autonomía de la voluntad. En nuestra opinión, si bien no imperativa, resultaría útil, por las razones anotadas más arriba, considerando que es un requisito que se exige en buena parte de los ordenamientos donde la figura se encuentra presente. Por lo anterior y porque lo más común seguramente será que se constituya sobre el inmueble que sea la vivienda principal del deudor, el trabajo tendrá en consideración dicha posibilidad, sin perjuicio de hacer las precisiones correspondientes en caso de ser necesario.

3.2. Inmueble que sea la vivienda principal del deudor

A continuación trataremos someramente las consecuencias de incluir una cláusula que establezca como objeto de la hipoteca que el inmueble sea la vivienda principal del deudor.

Una vez tomada por las partes la decisión de que el objeto de la hipoteca cumpla con esta característica, debemos aclarar qué entenderemos por ello, refiriéndonos a cada elemento que lo configura.

3.2.1. Alcance de la expresión inmueble

Nuestro Código Civil en su artículo 568 nos señala que las cosas corporales pueden ser muebles o inmuebles. Con respecto a lo que nos concierne, los

inmuebles se definen como “las cosas que no pueden trasladarse de un lugar a otro; como las tierras y las minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los arboles”. La doctrina nacional ha señalado¹²⁹, basándose en los artículos del Código, que éstos pueden clasificarse en: inmuebles por naturaleza, que son los que corresponden a la definición del inciso primero que acabamos de revisar; inmuebles por adherencia, que son aquellos bienes muebles que por estar adheridos de forma permanente al inmueble se reputan tales; e inmuebles por destinación, aquellos cosas que se encuentran permanentemente destinadas, según la definición del artículo 570, al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento.

Analizando lo anterior, podemos concluir que de imponerse la condición de que el inmueble sobre el que recaerá la figura debe ser la vivienda principal del deudor, será necesario para constituir la hipoteca inversa que se trate de un inmueble por naturaleza, en el que necesariamente se haya construido uno por adherencia, para que sirva de habitación¹³⁰. Excluimos los por destinación, ya que se ha agregado por la doctrina nacional que los inmuebles por destinación, revisten esta característica cuando el dueño de la cosa se las otorga¹³¹, además como pueden separarse sin detrimento de ella, su carácter de inmueble es

¹²⁹ PEÑAILILLO, D. op. cit. p. 23.

¹³⁰ Revisar al respecto una opinión similar en cuanto al bien familiar en: ROSSO, G. 1998. Régimen Jurídico de los Bienes Familiares. Santiago. Metropolitana Ediciones. p. 80.

¹³¹ PEÑAILILLO, D. op. cit. p. 24.0

incierto para el acreedor. Lo anterior es sin perjuicio de lo que dispone el artículo 2421, en cuanto a que la hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras, pues los bienes mencionados sirven para ese fin, no obstante, ellos en sí no lo sean.

3.2.2. La vivienda principal

Determinar qué se entenderá por vivienda principal es relevante para la configuración de la hipoteca inversa bajo dicha condición, pues así se podrá delimitar objetivamente cuáles son los requisitos que debe cumplir este inmueble para ser otorgado en hipoteca inversa.

Lo primero que debemos tener claro es que debe tratarse de un lugar donde el deudor y sus beneficiarios permanezcan físicamente y donde planifican habitar el resto que les queda de vida¹³². En este sentido, resulta conveniente remitirnos a las reglas acerca del domicilio de nuestro ordenamiento para acercarnos a un concepto de vivienda principal conforme a los principios que rigen esta materia similar.

¹³² RIQUELME, P. y VENEGAS, P. op. cit. p. 77.

En primer lugar, se ha señalado¹³³ que nuestro Código Civil seguiría la teoría del domicilio en su noción concreta, que plantea que este sería un lugar en el que la ley, para efectos jurídicos, supone siempre presente a una persona. De esta forma es posible identificar tres estados en los cuales una persona puede relacionarse con un lugar: la residencia, la habitación, y el domicilio. Las dos primeras se distinguen por el elemento de temporalidad, pues en ambas la persona permanece de forma física, pernocta, tiene ahí sus pertenencias, etc., no obstante, la habitación reviste un estado transitorio y ocasional, a diferencia de la residencia, que es donde habitualmente vive. Por otro lado, el domicilio se configura por el elemento de residencia más el ánimo de permanecer en ella (artículo 59 del Código Civil). Existen distintas clasificaciones del domicilio, no obstante, para los efectos de este trabajo nos detendremos en la de domicilio real o de hecho¹³⁴, que a nuestro entender se comprende dentro de la noción del domicilio civil, el que se define en el artículo 61 del Código Civil como el “relativo a una parte determinada del territorio del Estado”.

De esta forma la definición de vivienda principal del deudor puede entenderse como la de su domicilio real o de hecho, es decir, aquel lugar en el cual esta persona y sus beneficiarios residen, donde viven permanentemente y

¹³³ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A. 2009a. Tratado de Derecho Civil. Tomo I. 7ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 444-446.

¹³⁴ El domicilio real o de hecho, según la doctrina nacional es aquel que: “las personas eligen a su arbitrio se llama libre o voluntario, real o de hecho: *libre o voluntario*, porque depende de la voluntad de la persona; *real*, porque aquí se encuentra efectivamente su asiento jurídico, y *de hecho*, para distinguirlo del domicilio legal o de derecho.”. ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A. Ibid. p. 461.

se encuentran asentados, teniendo, además, el ánimo de permanecer en el lugar, el cual se prueba a través de las presunciones que establece la ley. Esta definición excluye aquellas otras propiedades que detenta el deudor, en las cuales puede habitar también, como una casa de descanso o veraneo, lo cual es completamente compatible con que fuera la vivienda principal sobre la que se constituya la hipoteca, y no otra diferente.

3.3. Inmuebles que se encuentran sujetos a otros gravámenes

Se ha contemplado esta posibilidad en los ordenamientos foráneos, y, en general, se exige como requisito que sea la hipoteca inversa la primera constituida sobre el inmueble. Con ello se refiere a que no deben existir otras cargas que graven la propiedad constituidas con anterioridad a la solicitud de hipoteca inversa, de hecho, como pudimos revisar en el caso de las HECM estadounidenses, cuando aún no se ha terminado de pagar una hipoteca anterior se permite constituir la hipoteca inversa bajo la condición de que con el dinero que reciba de ésta se pague la otra.

Resulta armónico con los fines que persigue la hipoteca inversa que ésta sea el único gravamen que soporte el inmueble, o al menos el primero. Para ello debemos tener en consideración el derecho de preferencia que recibe la garantía hipotecaria, ya que el acreedor podrá satisfacer su crédito sobre el

producto del inmueble preferentemente a otros acreedores en caso de insolvencia del deudor, en segundo lugar, podrá invocarlo independientemente de quien posea la cosa, y, en tercer lugar, en el orden de las hipotecas, dado que se prefieren unas a otras dependiendo de la fecha en que fueron inscritas¹³⁵. De esta forma, no gozaría de dicho trato preferencial la hipoteca inversa si existiesen otras anteriores, pues su grado sería inferior, y las posibilidades de satisfacer su crédito para el acreedor disminuirían.

Asimismo, no podemos olvidar que en nuestro ordenamiento gozan de preferencia dentro del orden de prelación de créditos para el derecho de prenda general que tienen los acreedores sobre el patrimonio del deudor los privilegios y la hipoteca. Dentro de los privilegios, nos dice el artículo 2471 del Código Civil, se encuentran los créditos de 1ª, 2ª y 4ª clase, así si los créditos de primera clase no alcanzan a ser cubiertos con los demás bienes que posea el deudor, el saldo insoluto podrá hacerse efectivo en el bien hipotecado (artículo 2478 del Código Civil), lo que podría mermar las posibilidades del acreedor hipotecario de satisfacer completamente su crédito.

Es por ello, dado que la hipoteca inversa está pensada para un público con características particulares y que, por tanto, reciben condiciones y plazos especiales, que deben mitigarse los riesgos del acreedor, quien en estos

¹³⁵ SOMARRIVA, M. 1943. op. cit. p. 461.

créditos debería realizar su evaluación crediticia acerca de la idoneidad del sujeto pasivo basándose en el valor del inmueble además de la situación particular del solicitante, por lo que resulta necesario para evitar problemas de discriminación basada en estos criterios, que el inmueble se encuentre libre de cargas o que se establezca que el dinero que se obtenga de la hipoteca inversa, sirva para sanear dichas circunstancias. Como se ve, la disminución del riesgo para el acreedor, va en directo beneficio del consumidor, pues el primero, teniendo una mayor seguridad del pago de su crédito, no se verá forzado a realizar una selección negativa de los potenciales clientes, otorgándose hipotecas inversas por montos muy bajos o simplemente excluyendo del mercado a personas para quienes la institución podría resultar ventajosa.

3.3.1. El caso particular del bien familiar¹³⁶

Ya nos hemos referido a esta institución, haciendo presente algunas similitudes que pudimos constatar en cuanto a si se determina que la hipoteca inversa deba recaer sobre aquel inmueble que sea la vivienda principal del deudor. Al respecto vislumbramos un posible conflicto para aquel cónyuge que

¹³⁶ El bien familiar ha sido definido como “*aquellos bienes a los cuales el legislador les asigna una función específica dentro de la vida familiar, lo que se desprende de que son absolutamente necesarios para el adecuado desarrollo de este grupo. Por esta razón, el estatuto en comento tiene una finalidad eminentemente protectora, manifestándose dicha protección en la limitación a la facultad de disposición y de celebración de determinados actos jurídicos que establece el legislador sobre el cónyuge propietario y en el beneficio de excusión*”. RIQUELME, P. y VENEGAS, P. op.cit. p. 50.

es dueño de un bien que ha sido declarado judicialmente como bien familiar, y que ahora, dada su avanzada edad, desea constituir una hipoteca inversa sobre el mismo.

Que un inmueble sea declarado bien familiar, significa que se está gravando al cónyuge propietario con una limitación a su derecho de dominio, pues no podrá disponer de él libremente, sino que será necesaria la autorización del otro cónyuge para efectuar actos voluntarios de disposición o aprovechamiento sobre el mismo. Además si se impusiera como condición que la hipoteca inversa se constituya sobre la vivienda principal del deudor, existe la posibilidad de que el cónyuge dueño no viva en la casa pues ello no es requisito para la declaración, sino que basta con que la propiedad sea aquella donde realizan su vida el otro cónyuge y los hijos, e incluso los jueces se encuentran facultados para constituir derechos de uso y goce a favor del cónyuge no propietario y el grupo familiar, lo que dificultaría aún más la situación para el cónyuge propietario afectado.

En este sentido se debe entender que el principal conflicto se puede generar entre el cónyuge no propietario y el cónyuge dueño que espera constituir una hipoteca inversa sobre su casa, ya que por la avanzada edad de las personas en cuestión, lo más probable es que los hijos de este matrimonio sean mayores y no se justifique su protección por parte de la institución del bien familiar, no

obstante, en cuanto la protección del cónyuge, se reconoce también el no privarlo de su habitación¹³⁷, de modo que -sin profundizar en discusiones doctrinarias, las que no son objeto de este trabajo- se ha establecido que aun cuando no haya hijos que auxiliar, el concepto de familia protegida por la institución se conforma en algunos casos exclusivamente por la protección del cónyuge no propietario.¹³⁸

Por tanto, si un inmueble ha sido declarado bien familiar, para poder gravarlo con una hipoteca inversa, el cual es un acto de enajenación voluntaria, será necesario contar con la autorización del cónyuge no propietario, requisito de validez del acto¹³⁹. De hecho, el otro cónyuge podría ser un beneficiario de la misma y, por tanto, obtener una mayor protección, hasta el día de su muerte, ante los otros herederos quienes podrán solicitar la venta del inmueble al fallecer el padre, madre o cónyuge propietario, pues una vez terminado el matrimonio, ya sea por nulidad, divorcio o muerte de alguno de los cónyuges, la institución del bien familiar no puede subsistir, correspondiendo a sus herederos la acción de desafectación. En este último caso no habría incompatibilidad entre

¹³⁷ HÜBNER, A. 1998. Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de soluciones. Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes, Facultad de Derecho (2):126-127.

¹³⁸ RIQUELME, P. y VENEGAS, P. op.cit. p. 45-49.

¹³⁹ El artículo 142 del Código Civil establece como requisito para realizar actos de enajenación sobre los bienes declarados familiares que el cónyuge no propietario concorra con su autorización, y que esta sea otorgada en la forma que señala la ley para su realización. Reafirma esta idea el artículo 143 del mismo Código, el cual que señala que sin la autorización la enajenación adolecerá de un vicio de nulidad, y por tanto podría el cónyuge no propietario pedir la rescisión del acto.

el interés del acreedor y el del beneficiario del bien familiar, por lo que podría no ser necesario exigir la desafectación para constituir la hipoteca inversa, a diferencia de otras limitaciones y cargas impuestas comúnmente al dominio.

En caso de declararse bien familiar con posterioridad a la constitución de la hipoteca inversa, la primera primaría en todos los casos, pues aun cuando el cónyuge no propietario sobreviviente no fuese beneficiario de la hipoteca inversa, al fallecer el causante, la declaración de bien familiar no debiese subsistir y aunque los herederos no soliciten la desafectación del inmueble, el acreedor podría ejecutar su garantía sobre el inmueble, ya que las enajenaciones forzosas se encuentran fuera del ámbito de las limitaciones que impone el bien familiar¹⁴⁰.

3.3.2. Copropiedad o comunidad

No habiendo limitación legal alguna, en principio, para la constitución de la hipoteca inversa sobre aquellos bienes que en nuestra legislación se admite recaiga dicha garantía, revisaremos a continuación al menos dos situaciones que pueden dificultar su otorgamiento cuando se trate de la propiedad que se tenga en comunidad, para lo cual primero aclararemos cuáles son sus implicancias.

¹⁴⁰ ROSSO, G. op.cit. pp. 183-184.

Ser dueño en comunidad significa poseer un derecho de igual naturaleza jurídica -el que en el caso que nos convoca es de dominio o propiedad- con una o más personas sobre la totalidad de un mismo objeto. Así cada comunero posee una cuota ideal en la cosa, y se entiende que todos tienen asimismo derecho sobre la totalidad de ella.¹⁴¹

Esta cuota es lo que realmente poseen en propiedad los comuneros y de ella pueden disponer libremente; enajenarla, gravarla, etc. El artículo 2417 del Código Civil señala: “El comunero puede, antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota; pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables. Si no lo fueren, caducará la hipoteca.” Es decir, es perfectamente posible constituir un derecho de hipoteca sobre la cuota que se tenga de una cosa. Esto nos deriva a la cuestión de si podría constituirse una hipoteca inversa en la propiedad que se tiene en comunidad, es decir, si es posible constituir la sobre una cuota. Para ello primero debemos distinguir si la cuota corresponde a una cosa singular, la cual necesariamente deberá ser inmueble, o si se trata de una cuota sobre una universalidad jurídica, como es el caso de los bienes que componen la herencia.

¹⁴¹ PEÑAILILLO, D. op. cit. pp. 73-74.

En el primer caso, cuando se trata de la cuota que se tiene sobre una cosa singular, un bien inmueble, consideramos que difícilmente se podrá constituir una hipoteca inversa, y si además se acuerda que esta recaiga sobre la vivienda principal del deudor, en principio no será posible, pues aunque se cumplan todos los demás requisitos, esta cuota ideal sólo representa una porción de la cosa, no a ésta en su totalidad. La circunstancia anterior genera varios inconvenientes por lo que podemos, entonces, agregar a lo ya dicho que es aconsejable que la hipoteca inversa recaiga sobre el inmueble en su totalidad. Existen al menos dos buenas razones para que sea de esta forma: primero, este deudor está expuesto a que la comunidad se termine y se proceda a la partición de la cosa en la cual sólo le correspondería una parte, de lo que se siguen consecuencias jurídicas relevantes para efectos de una hipoteca y en especial de la hipoteca inversa: dado que el bien inmueble no admite cómoda división, deberá enajenarse para repartirse el producto, de forma que la garantía real de hipoteca, si es que el deudor no se adjudica la totalidad del inmueble, para lo cual tendría que pagar la parte que corresponde a lo demás comuneros, caducaría en virtud de lo dispuesto en el artículo 2417 del Código Civil. Ahora, en el caso de que se exija que la hipoteca inversa sea la vivienda principal del deudor, con las consecuencias que ello conlleva, necesariamente caducaría el plazo de exigibilidad de lo adeudado, pues el ejercicio del derecho de los demás comuneros de poner fin a la comunidad lleva al incumplimiento de las obligaciones impuestas al deudor hipotecante en este

caso de la hipoteca inversa. Esta situación de incertidumbre para el acreedor, sólo podría asegurarse mediante la comparecencia de todos los comuneros consintiendo en la hipoteca inversa, quienes para ello además deberán cumplir con los mismos requisitos exigidos al deudor, ya que no podría otorgarse una hipoteca inversa en beneficio de personas que no cumplen con dichos requisitos, y así se constituya sobre la totalidad del inmueble. Esta misma situación se presentará en el caso de los bienes inmuebles de propiedad de la sociedad conyugal, en la cual para que se otorgue la hipoteca inversa, ambos cónyuges deberán ser deudores beneficiarios de la misma.¹⁴²

En segundo lugar, existe una razón económica que haría que aunque se permitiese la hipoteca inversa sobre una cuota que se tenga sobre un inmueble, en la práctica ésta sea de aplicación nula, pues es probable que la propiedad sobre la cuota de un inmueble sólo represente una pequeña cantidad de dinero, con la cual ni siquiera se alcancen a cubrir los costos de la institución. Podría, eso sí, ser posible que en el caso anterior se otorgue una hipoteca inversa al solicitante que cumple los requisitos, pero sobre la totalidad del valor del inmueble con la finalidad de que adquiera las partes restantes de los demás comuneros, de tal manera que él pueda detentar el dominio sobre toda la cosa, lo que deberá garantizarse mediante acuerdo expreso de todas las personas involucradas.

¹⁴² Véase también sección 5.2 en este mismo capítulo.

En cuanto a la posibilidad de constituir hipoteca inversa sobre la cuota que se tenga en una universalidad de bienes, ésta deberá estar sujeta a la posterior adjudicación por parte del comunero en el inmueble, y que sea su vivienda principal si ello se estipulare, lo cual es consecuencia de lo dispuesto en el mismo artículo 2417, el que es acorde con el efecto declarativo de las particiones.¹⁴³ Sin embargo, estimamos que por razones de certeza jurídica para el acreedor, se debería esperar a que se adjudique efectivamente el inmueble al deudor para constituir la hipoteca inversa.

Resulta, por tanto, conveniente que la hipoteca inversa se limite a la propiedad sobre el inmueble en su totalidad, no obstante, sean las partes quienes finalmente decidan aquello.

4. Sujetos que intervienen en la hipoteca inversa

En la institución en comento podemos identificar al menos tres sujetos diferentes que intervienen: el acreedor, institución financiera que otorga el crédito; el deudor otorgante de la hipoteca; y los beneficiarios. Respecto a los dos últimos se debe tener en consideración que deberán cumplir algunos requisitos especiales para poder optar a solicitar este crédito.

¹⁴³SOMARRIVA, M. 1943. op. cit. pp. 389-392.

4.1. El acreedor institución financiera

Como ya hemos podido adelantar, estos créditos podrán ser otorgados por todas aquellas entidades que se encuentran autorizadas para gestionar mutuos hipotecarios en general, es decir, bancos, cooperativas de ahorro y crédito, ambas instituciones supervisadas por la SBIF, por cajas de compensación, y compañías de seguros que conforme a lo establecido en el DFL 251 de 1931, se encuentran autorizadas para realizar inversiones en mutuos hipotecarios endosables. Aunque el sector bancario domina actualmente el mercado de los créditos hipotecarios,¹⁴⁴ es importante que este producto, la hipoteca inversa, pueda extenderse hacia otros actores como son las cajas de compensación, ya que éstas cumplen un rol importante en el ámbito de la seguridad social, gestionando productos para sus afiliados, y prestando ayuda al sector de la tercera edad, personas que son el sujeto pasivo de la hipoteca inversa.

Consideramos que, dada la particularidad del producto, el sector al cual se encuentran dirigidos y sus condiciones especiales, debe tratarse de instituciones reconocidas que puedan garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, que se encuentren sujetas a la supervigilancia estatal, que pueda

¹⁴⁴ OSSANDON, J. 2012. Destapando la Caja Negra. Sociologías de los Créditos de Consumo en Chile. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, ICSO. Universidad Diego Portales. pp. 24-25. [en línea] <<http://www.icsoc.cl/noticias/destapando-la-caja-negra-sociologia-de-los-creditos-de-consumo-en-chile/>> [consulta: 15 de abril de 2014]

velar asimismo por la protección de los consumidores de estos productos. Como señalaremos más adelante cuando tratemos la protección al consentimiento de los consumidores de la hipoteca inversa, las cláusulas del mismo deben ser dirigidas y encontrarse en la forma de un contrato de adhesión. En principio, estimamos que las instituciones mencionadas más arriba, serían idóneas para poner a disposición del público mayor este nuevo producto, pues ya cuentan con la experiencia suficiente en el otorgamiento y gestión de créditos hipotecarios, ya sea para la adquisición de viviendas propias o para otros fines, lo que facilitaría su introducción.

Si bien no existe obstáculo legal para que el acreedor sea cualquier persona, conforme a las reglas generales, un argumento adicional para que se limite la operación en comento a las instituciones financieras mencionadas es que por su fuerte regulación se dificultaría el fraude a los asignatarios forzosos del deudor. De dejarse el otorgamiento de hipotecas inversas a cualquier persona, cabría la posibilidad de que se conceda la misma a un precio ilusoriamente alto, y llegado el momento de la exigibilidad del crédito, no pudiendo hacerse cargo de éste los sucesores del deudor, se realice el bien y el acreedor se pague con el producto, burlando las asignaciones forzosas a que, de haberse realizado la operación por un monto real o de no haberse realizado en absoluto, tendrían derecho los asignatarios de tal calidad.

Habiendo determinado que el contrato de hipoteca inversa puede revestir distintas modalidades en cuanto a la forma de entrega del monto solicitado, y, por tanto, ser de naturaleza unilateral o bilateral dependiendo de la modalidad escogida, la posición que ocupa la institución a cargo de gestionar el crédito y de otorgarlo, variará de ser un mero acreedor sin obligaciones -como es el caso de la hipoteca inversa pactada su entrega en una suma única, donde al tratarse de un contrato unilateral sólo nacerán obligaciones para el solicitante, la de restituirse lo prestado al momento pactado, y la de hacer la tradición del derecho de hipoteca, en el caso de la garantía- a detentar las posiciones tanto de acreedor como deudor en las otras dos modalidades, con obligaciones que ya tuvimos la oportunidad de revisar a propósito del tratamiento del objeto.

4.2. El sujeto pasivo

En esta sección resulta de interés revisar los requisitos que se exigen al sujeto pasivo de la obligación, es decir, al solicitante deudor de la hipoteca inversa, como también la situación legal de los herederos, quienes en un principio cumplen el rol de terceros ajenos al contrato y luego pasan a ocupar el lugar del causante como sus continuadores legales, una vez que éste fallezca y la deuda se haga exigible.

4.2.1. Deudor hipotecario

Como bien sabemos, se debe tratar de una persona con plena capacidad para realizar actos y contratos, conforme a los requisitos generales de nuestro ordenamiento para prestar el consentimiento. No obstante, el sujeto pasivo de la hipoteca inversa debe cumplir, además, con una característica especial para poder ser sujeto de la relación: debe encontrarse en el sector etario en etapa de jubilación. Como mencionamos al inicio de este trabajo, la figura de la hipoteca inversa surge como un producto destinado a complementar y aumentar los ingresos de las personas de la tercera edad, pues en principio son ellos quienes por su edad no pueden mantener sus ingresos, ya que deben dejar de trabajar o sólo pueden hacerlo en menor medida, situación que los presenta ante el mercado del crédito como sujetos no atractivos.¹⁴⁵ De esta forma, es muy importante considerar la edad que tiene el deudor para el otorgamiento de estos créditos, pues la circunstancia de la muerte del deudor, determinará la suma o monto final que finalmente se adeudará en concepto de capital prestado e intereses devengados. Así, no resulta conveniente establecer una edad demasiado baja, pues como ya sabemos el precio del inmueble servirá en gran medida para delimitar el monto prestado, por lo que nunca podría ser un fondo infinito, ya que los intereses seguirán aumentando hasta el momento de la

¹⁴⁵ ZURITA, I. op. cit. p. 1284.

muerte y podría volverse una deuda incumplible para el patrimonio del deudor, y un crédito insatisfecho para el acreedor.¹⁴⁶

Así, al igual que en el derecho comparado, debemos delimitar la edad del sujeto que contraerá la deuda, y también la de sus beneficiarios, para de esta forma disminuir los riesgos de patrimonio negativo que afectan a esta figura. Ya hemos visto que en el Reino Unido la edad mínima es a los 55 años, en los Estados Unidos se otorga desde los 62 años en adelante, y en España se consagra para personas mayores de 65 años, e incluso para aquellas personas a quienes les afecte una situación de severa dependencia o gran dependencia. En nuestro país parecieran ser los 65 años una edad adecuada para poder acceder a los créditos de hipoteca inversa, ya que es la edad contemplada para que los hombres puedan acceder a obtener una pensión de vejez¹⁴⁷. Si consideramos además que la esperanza de vida para nuestra población es aproximadamente de 76 años en los varones y 82 años en las mujeres¹⁴⁸, parece ser un tiempo adecuado para la concesión del crédito, no obstante,

¹⁴⁶ ZURITA, I. Ibid. pp. 1286-1287.

¹⁴⁷ Si bien actualmente la edad de jubilación para las mujeres es a los 60 años, no consideramos adecuado hacer distinciones en cuanto al otorgamiento de una hipoteca inversa, aunque comparta finalidades con instituciones de la seguridad social, especialmente considerando que el promedio de esperanza de vida es mayor para las mujeres, y que probablemente dicha edad aumente dentro de no mucho.

¹⁴⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. 2004. CHILE: Estimaciones y Proyecciones de Población por Sexo y Edad. País Urbano-Rural 1990-2020. p. 24. [en línea] <http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/proyecciones/proyecciones_poblacion.zip> [consulta: 15 de abril de 2014]

siempre existe la posibilidad de que la persona fallezca antes de los estimado o con posterioridad, caso que analizaremos en el apartado de límites del crédito.

4.2.2. Situación de los herederos

Es importante explicar la posición que detentarán los herederos en la figura de la hipoteca inversa, ya que serán ellos, en general, quienes deberán hacer frente al cumplimiento de la deuda una vez que se haga exigible.

En ese sentido, debemos tener claro que mientras el deudor solicitante, esta persona de la tercera edad, se encuentre en sus plenas facultades mentales puede disponer de sus patrimonio como mejor le parezca, puede vender los bienes, establecer gravámenes sobre ellos, e incluso gastar todo lo que tiene, situación que se ve confirmada a través de la libertad de testar que le permitirá decidir a quién y cómo se repartirán sus bienes al momento de muerte a través del testamento (con excepción de las restricciones que en esta materia rigen). Es tal el alcance de lo dicho, que en nuestro ordenamiento adolecen de nulidad por objeto ilícito los pactos sobre sucesión futura, conforme lo dispone el artículo 1463 inciso tercero de nuestro Código Civil, pues se ha estimado inmoral especular con la muerte de una persona, y también por la incertidumbre que encierran dichos actos, ya que no es posible establecer el valor de dichos

derechos con anticipación, pues están sujetos a la voluntad del causante.¹⁴⁹ Es por ello que por el hecho de constituirse por el deudor la hipoteca inversa no habría un conflicto legal con sus posibles herederos, pues ellos tienen solo meras expectativas sobre los bienes mientras el causante se encuentra con vida, por tanto, serán terceros para efectos de la relación contractual, y, en principio, no les empecerán sus efectos. El viejo adagio *res inter alios acta, aliis nec nocere nes prodesse potest*¹⁵⁰ consagra dicha idea, la que se desprende de nuestro artículo 1545 del Código Civil.

Empero, estos herederos o causahabientes son terceros relativos, ya que como sucesores legales, sucederán al causante una vez fallecido y, por ende, todos los actos jurídicos que éste hubiese celebrado no les son indiferentes. Aun cuando no sea necesaria su aprobación para celebrarlos, a ellos les aprovechan o les perjudican ya que se encontrarán obligados en la misma forma respecto a los bienes de la herencia.¹⁵¹ En la hipoteca inversa se debe tener más que presente esta situación, pues ésta es una deuda a la que deberán hacer frente sus sucesores. Ésta es la razón por la que se ha discutido que la hipoteca inversa entraría en conflicto con los intereses de los herederos. No obstante, estimamos que esta misma situación se produce en el caso de

¹⁴⁹ Se han definido como: “Las convenciones que tienen por objeto el derecho de suceder por causa de muerte, a título de heredero o legatario, a una persona viva, sea ésta una de las partes o un tercero.” ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A. 2009b. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. 7ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 260-261.

¹⁵⁰ MEZA B., M. 2011a. op.cit. p. 15.

¹⁵¹ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A. 2009b op. cit. pp. 391-394.

que el causante hubiese contraído otras deudas para garantizar su supervivencia o para realizar determinados gastos, pues finalmente es su patrimonio el que lleva las cargas y beneficios, y él se encuentra en plena libertad de hacer con sus bienes lo que le plazca, con el límite de respetar el derecho ajeno y la ley. Así lo corrobora el hecho de que las deudas que haya contraído el causante antes de morir son deudas hereditarias y constituyen una baja general de la herencia (artículo 959 N° 2 del Código Civil), y se pagan con anterioridad a la formación de la hijuelas de lo que se repartirán los herederos. SOMARRIVA señala al respecto que “[e]s lógico y natural que sean una baja general de la herencia, es decir, que las deudas que tenía el causante y van comprendidas en la universalidad de la herencia, se paguen antes de distribuir los bienes del causante entre los herederos, pues es la única forma de determinar en definitiva los bienes que se repartirán entre ellos”¹⁵². Si bien la crítica podría ir destinada a que en la mayoría de los casos en que se constituya una hipoteca inversa, lo más probable es que se trate del único bien inmueble de causante y, por tanto, puede que constituya gran parte de la herencia, reiteramos lo dicho por el mismo autor en cuanto a que “la herencia va a significar a la postre un enriquecimiento para los herederos, como tantas veces lo hemos dicho (...) Si el pago de las deudas consume totalmente la herencia, el heredero en definitiva nada recibe, nada adquiere, porque el causante nada le ha podido transmitir, en el fondo sus bienes pertenecían a los acreedores en

¹⁵² SOMARRIVA, M. 2005. Derecho Sucesorio. Versión de René Abeliuk M. 7ª ed. Tomo I. pp. 110-111.

virtud del derecho de prenda general que éstos tenían en el patrimonio del causante”¹⁵³.

Por tanto, los herederos en cuanto continuadores del deudor solicitante deben pagar la deuda si es que desean mantener el inmueble dentro de su patrimonio. Para estos efectos, el acreedor podrá o no otorgarles opciones a ellos para que lleven a cabo dicho cometido. No obstante, independiente de si se alcanza algún acuerdo respecto al pago de la deuda, si los herederos no lo hacen, el acreedor estará en todo su derecho de hacer efectiva la garantía sobre el inmueble para pagarse con su venta en pública subasta mediante el procedimiento de ejecución y embargo contemplado en nuestro Código de Procedimiento Civil.

4.2.2.1. Responsabilidad de los herederos

Consideramos importante delimitar la responsabilidad de los herederos en cuanto a la deuda de la hipoteca inversa, pues como ya dijimos es una deuda que ellos asumen en cuanto sucesores del causante y por ende consideramos que no podría perjudicarles más allá de lo que obtengan por concepto de la misma.

¹⁵³ SOMARRIVA, M. Ibid. p. 111.

El principio en nuestro ordenamiento es que los herederos responden *ultra vires hereditatis*, es decir, ilimitadamente de las deudas hereditarias (artículo 1245 del Código Civil), y, por tanto si, éstas exceden el patrimonio del deudor deberán afrontarlas los herederos con sus propios bienes. Sin embargo, como la aceptación de la herencia no debiese ser un motivo de ruina para el heredero, es que se ha establecido la institución del beneficio de inventario, con lo cual se restringe su responsabilidad sólo hasta el valor de los bienes que han aceptado de la herencia (artículo 1247 del Código Civil). De esta forma los herederos pueden limitar su responsabilidad para responder del pago de las deudas que afectan al patrimonio del causante manifestando su intención de que se practique el beneficio de inventario antes de aceptar la herencia, por lo que no podrían ser obligados a responder más allá de lo que efectivamente recibieron.¹⁵⁴ Al respecto la doctrina ha discutido si el beneficio de inventario produce o no separación de patrimonios, ya que una cuestión es que se restrinja el monto o cantidad por el cual se responde, no obstante, no existe claridad si este beneficio provoca que dicho monto se pueda perseguir sólo en los bienes del causante o también pueda ser pagado con los del heredero. SOMARRIVA¹⁵⁵ opta por la negativa, mientras que MEZA BARROS¹⁵⁶ sostiene que sí lo produce. Si bien ambos dan buenos argumentos legales para su postura, la cuestión no ha sido debidamente tratada y por tanto no ha recibido

¹⁵⁴ MEZA B., R. 1992. Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos. 6ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 352.

¹⁵⁵ SOMARRIVA, M. 2005. op. cit. pp. 501- 503.

¹⁵⁶ MEZA B., R. 1992. op. cit. pp. 357- 359.

una respuesta mayoritaria al respecto, pero para efectos del acreedor de la hipoteca inversa resulta poco relevante, ya que éste tiene un derecho real sobre el inmueble que le permitirá perseguirlo y pagarse con su ejecución con preferencia, en manos de quien se encuentre.

Por lo demás, se debe tener en consideración que los intereses de los acreedores no se ven perjudicados por la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, pues como ya señalamos las deudas que afectaban el patrimonio del causante antes de fallecer, constituyen una baja general de la herencia y se pagan con anterioridad, por lo que una vez deducidas éstas recién podrán los herederos disponer del acervo líquido para obtener lo que es suyo. Será importante, por lo mismo, como usualmente el inmueble será el único bien relevante en el patrimonio del deudor, calcular bien el monto del crédito según la valuación del inmueble, caso en el cual no se produciría conflicto alguno.

Habiendo esclarecido cómo responderán los herederos ante el acreedor de la hipoteca inversa según las reglas generales, la pregunta que cabe hacernos es si limitaremos la responsabilidad de los herederos sólo para que se cubra la deuda con el valor que se obtenga de la realización del inmueble sobre el cual se constituyó la hipoteca inversa, para ser un préstamo *non recourse* como es

el caso de las HECM es Estados Unidos, o si al igual como ocurre en la legislación española deberán responder con todo el patrimonio del deudor.

Al respecto se debe tener en consideración que el hecho de constituirse un derecho de hipoteca para garantizar la obligación en nuestro ordenamiento, no obsta al derecho de prenda general que tiene el mismo acreedor sobre los demás bienes del deudor para pagarse de aquello que no logre cubrirse con lo obtenido en el remate del inmueble. Si bien su crédito pierde la preferencia y pasa a ser valista, mantiene la posibilidad de obtener el pago de la diferencia con la realización de los demás bienes que disponga el patrimonio.¹⁵⁷ Es por esto que al igual que en el sistema español¹⁵⁸ estimamos que no debe privársele de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de prenda general que tiene el acreedor, pues si bien no fue todo el patrimonio el que se tuvo en consideración para otorgar la hipoteca inversa sino que sólo el valor del bien inmueble, es un derecho consagrado a todos los acreedores el de ejercer la acción personal independiente de la acción hipotecaria. Esta situación queda más clara cuando ambas se ejercen en forma distinta en la hipoteca, es decir, cuando el deudor hipotecario es una persona distinta de quien posee el bien inmueble donde se hará efectiva la garantía. Sin perjuicio de lo anterior, como veremos más adelante, sí consideramos conveniente limitar el monto y

¹⁵⁷ SOMARRIVA, M. 1943. op.cit. pp. 461-463.

¹⁵⁸ ZURITA, I. op. cit. pp. 1302-1305.

determinación del crédito al valor del inmueble para evitar el riesgo de patrimonio negativo.

4.2.2.2. El cónyuge sobreviviente

La situación del cónyuge sobreviviente requiere de una revisión aparte debido al tratamiento especial que recibe en el derecho sucesorio nacional. En primer lugar debemos tener presente que no trataremos la situación del bien inmueble que tienen en comunidad los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal, ya que esta situación ha sido abordada en el apartado de los bienes susceptibles de gravar con hipoteca inversa, sino que veremos el caso en que el cónyuge propietario del bien inmueble fallece con anterioridad al otro cónyuge que ocupa la casa como su vivienda principal.

La Ley N° 19.585 del año 1999 introdujo una serie de cambios al tratamiento del cónyuge sobreviviente en el derecho sucesorio nacional. Entre ellos, concedió un derecho preferencial en cuanto a la adjudicación de su porción hereditaria consagrada en artículo 1337 N° 10 del Código Civil: “El partidor *liquidará* lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que siguen: (...) 10ª. Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor

suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto. Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios.”

De esta forma vemos que en este caso sí podría producirse un conflicto de intereses entre el cónyuge sobreviviente que ha hecho de este inmueble su vivienda principal, pero que ha sido gravado con una hipoteca inversa, lo cual es perfectamente posible pues, en la mayoría de los casos éste será el único bien raíz del que dispondrá el deudor, y por ende será su vivienda principal, siendo muy probable que también lo sea de su cónyuge. En el caso de encontrarse separados de hecho también podría producirse esta circunstancia, ya sea por mera tolerancia del deudor propietario constituyente de la hipoteca inversa, o porque se declaró el inmueble como bien familiar, pues es necesario para que se declare este derecho preferente que se trate de la residencia principal, pues de lo contrario no podrá el cónyuge sobreviviente solicitar el derecho que le otorga el artículo mencionado.

Considerando lo anterior, es menester tener presente que nos encontramos ante una disposición que hace referencia a la protección de la habitación de uno de los cónyuges, si éste ocupare el inmueble que fuera la residencia principal de la familia, situación similar a la del bien familiar. No obstante, ésta es una regla dirigida al partidor respecto de la partición de los bienes disponibles del causante, por lo que si el bien inmueble que fuere la vivienda principal del grupo familiar o del cónyuge sobreviviente hubiese sido gravado con hipoteca inversa, éste tendría conocimiento de que no se ha saldado la deuda o simplemente no es posible hacerlo. El acreedor podrá hacer efectiva la garantía, cuestión que sólo perjudicaría al cónyuge sobreviviente, por lo que no tendría ninguna utilidad otorgarle ese derecho, pues la hipoteca es un derecho constituido con anterioridad, lo que lo convertiría en un tercer poseedor de la finca hipotecada que de todas maneras podría ser despojado del inmueble por el derecho de persecución que le otorga la institución.

En nuestra opinión, esta norma busca proteger al cónyuge sobreviviente ante los demás herederos, garantizándole un derecho preferencial para adjudicarse el inmueble donde habita, que además fue el hogar familiar, y en caso de no poder completarlo constituirse un derecho de habitación vitalicio, para que no pueda sea despojado del mismo.¹⁵⁹ No se encuentra orientada a protegerlo de los acreedores, quienes pueden hacer ejercicio de su acción

¹⁵⁹ SOMARRIVA, M. 2005. op. cit. pp. 621-625.

incluso antes de que los herederos acepten o repudien la herencia en contra del curador de la herencia yacente y del albacea con tenencia de bienes¹⁶⁰, pues tienen un derecho constituido con anterioridad y que deriva de la propia voluntad del causante de gravar aquellos bienes propios, situación distinta del caso que se tratara de un bien común.

4.2.2.3. El fisco como posible heredero

Otra situación que es importante considerar en la hipoteca inversa es el caso de que el deudor constituyente fallezca sin dejar descendientes lo que es perfectamente posible ¿Quién deberá hacer frente a la deuda?

Nuestra legislación contempla que si una persona fallece en caso de no haber testamento, se dará lugar a la sucesión intestada, la cual es la asignación que hace la ley de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de una persona difunta. En ella se dice que la ley presume la voluntad del causante a falta de haberse expresado y, por tanto, designa un orden para determinar quienes concurrirán en la herencia cuando no se designan asignatarios. En caso de faltar todas las personas designadas por ley a recibir la herencia es el fisco quien finalmente sucede (artículo 995 del Código Civil), por lo que una vez realizados todos los trámites para haberse declarado yacente la herencia si

¹⁶⁰ SOMARRIVA, M. Ibid. pp. 535-542.

nadie la reclama en un plazo determinado, es el fisco quien se hace de los bienes de la herencia, el cual siempre debe aceptarla con beneficio de inventario.

Es por lo anterior que en el caso de no haber herederos, no existiría motivo alguno para que el fisco se hiciera cargo de la deuda, sino que simplemente el acreedor deberá seguir adelante con el procedimiento para que se declare yacente y una vez designado un curador de bienes se puedan ejercer las acciones correspondientes para hacer efectivos sus derechos.

De lo expuesto durante los últimos apartados acerca de los herederos, podemos afirmar que de la circunstancia de que la deuda se haga exigible cuando el deudor fallezca, no presenta mayores inconvenientes para el acreedor ya que será el patrimonio del deudor el que continuará respondiendo de la deuda, y más aún, dispone de su garantía sobre el bien el cual le permitirá perseguirlo en manos de quien sea. Si bien los herederos podrían sentirse perjudicados en sus derechos, no debe olvidarse que el principio es que las deudas no fallecen con el causante, y por tanto no tendría por qué ser diferente el tratamiento con el acreedor de la hipoteca inversa. No obstante, podemos interpretar de la regla del artículo 1337 N° 10, ya mencionada, una voluntad de nuestro legislador de proteger la habitación de aquel cónyuge sobreviviente que permaneció en la casa principal de la familia, y por la cercanía con el causante

que compartió vivienda con él, situación que debería preservarse, lo que es posible estableciéndolo como beneficiario de la hipoteca inversa, como se verá a continuación.

4.3. Beneficiarios

Otras personas que también pueden participar también de la hipoteca inversa son los beneficiarios, a quienes podemos definir como: **aquellas personas que siendo o no parte de la relación contractual, mantienen un vínculo cercano con el deudor solicitante, y, por tanto, se verían perjudicados al hacerse exigible la hipoteca inversa, por lo que el plazo de exigibilidad de la deuda se extiende hasta el momento de su muerte.**

Es importante señalar al respecto, que estas personas pueden detentar al momento de constituirse la hipoteca algún derecho sobre la propiedad, caso en que deberán también ser partes del contrato, y deberán concurrir prestando su consentimiento, de modo que, además de ser beneficiarios serían codeudores de la misma. Sin embargo, aunque éstos no tengan ningún derecho actual en el inmueble, desarrollan también ahí su vida personal, y es posible que también sean después herederos del deudor.

Para fundamentar su establecimiento, debemos recordar que la hipoteca

inversa en el derecho extranjero, además de facilitar el acceso al crédito a las personas mayores, garantiza la habitación al deudor solicitante para que no se quede en la calle. Esta situación es perfectamente aplicable a su núcleo familiar, que también cuenta con el inmueble para vivir, por lo que será necesario entregarles el mismo tipo de protección a aquellas personas que vivan con él, y que lo más probable es que no cuenten con otro lugar donde vivir. A nuestro parecer la situación no puede ser ilimitada, por lo que estimamos necesario restringirla a aquellas personas en las que efectivamente se justifique su resguardo. No obstante, debemos recordar que serán finalmente las partes quienes evalúen la conveniencia de establecer beneficiarios y los requisitos que éstos deban cumplir, por lo que a continuación daremos un boceto de aquellas condiciones que creemos deberían reunir.

Lo primero a tratar es respecto a la edad de las personas que podrán ser beneficiarias. Si bien sabemos que la institución tiene un plazo indeterminado en cuanto al momento de la exigibilidad, este plazo no puede extenderse hasta el infinito, lo que obliga a limitar la edad de los beneficiarios al mismo nivel que la del deudor solicitante. Debe tratarse de una persona mayor que se encuentre en etapa de jubilación, eso es claro, si no, no se justificaría ese estado de necesidad que se le exige al deudor principal para una persona que puede producir plenamente sus propios ingresos

En segundo lugar, creemos que se debe limitar el ámbito de los beneficiarios a los vínculos de familia que tenga el deudor solicitante con ellos, ya que al igual que cuando revisamos porqué debía ser la vivienda principal y no otro bien inmueble distinto, nos referimos al beneficio que le significa suspender la exigibilidad para garantizar que el deudor no pierda su habitación. Entonces, creemos que al igual que como se ha otorgado en nuestro ordenamiento una protección especial a los bienes familiares que sirven de utilidad para el desarrollo básico de la familia, es conveniente mantener dicha posición para la institución de la hipoteca inversa, ya que hay variadas instituciones que apuntan a la protección de la familia, desde su resguardo constitucional hasta la protección del cónyuge más débil. Pensamos principalmente en el cónyuge sobreviviente que no era dueño de la casa y que, no obstante, vivía ahí con su pareja, le asistió con el cuidado de los hijos; aquella persona con quien hizo una vida en común y que podría verse perjudicado si es que los herederos no cubren la deuda, protección que se le ha reconocido, además, en la institución del bien familiar y en el derecho de adjudicación del artículo 1337 N° 10 en cuanto a la partición de la herencia.

Es importante aclarar antes de continuar que al menos en este trabajo no delimitaremos el ámbito de constitución de beneficiarios al cónyuge o a las relaciones de parentesco, sino que creemos adecuado referirnos al núcleo familiar. Por tal entenderemos aquellos que ocupan el inmueble al igual que el

deudor hipotecante como su vivienda principal, de un modo amplio, sin entrar en las discusiones de lo que se ha entendido por concepto de familia, pues eso está lejos de ser el objeto de este trabajo. Por tanto, al igual que en los ordenamientos foráneos no se ha exigido que se tenga el título de cónyuge, hijos, hermanos, etc., para ser beneficiarios, no lo creemos necesario tampoco en nuestra hipoteca inversa, pudiendo designarse así a cualquier persona que cumpla con el límite de edad.

Huelga decir que en el caso de exigirse para el deudor que el bien hipotecado sea su vivienda principal, el mismo requisito deberá ser cumplido por los beneficiarios, pues, en caso contrario, no tendría sentido su protección, de acuerdo a los fines que se han reconocido en la institución en comento.

4.3.1. Beneficiarios forzosos

Como ya hemos tenido ocasión de revisar, la tendencia en nuestra legislación respecto del cónyuge sobreviviente ha sido a protegerlo y favorecerlo mediante diversas instituciones¹⁶¹. Ello evidencia una clara tendencia a la protección de la familia fundada en el matrimonio, que si bien no podrían anteponerse a los intereses de los acreedores constituidos con anterioridad, sí presentan un conflicto de intereses jurídicos y de realidad al

¹⁶¹ SOMARRIVA, M. Ibid. pp. 161-171.

respecto. Es por ello que a modo de prevenir conflictos es conveniente que se establezca en el contrato de hipoteca inversa que el cónyuge que ocupa el inmueble como vivienda principal sea un beneficiario forzoso de la misma. De esta forma se le garantizará su habitación hasta su fallecimiento, de la misma forma que lo hace el artículo 1337 N° 10, o mediante la constitución del bien en familiar, sin necesidad de declarar si posee otros bienes.

Situación similar aunque no idéntica, es la que se presenta para aquel cónyuge o persona que posea derechos en el inmueble en comunidad con el deudor principal solicitante, quien necesariamente deberá concurrir con su consentimiento para que pueda constituirse la hipoteca inversa sobre el mismo, y como ya mencionamos, es preferible que sea beneficiario.

4.4. El tercer poseedor de la finca hipotecada

Otro sujeto que puede intervenir en la figura de la hipoteca es el tercer poseedor de finca hipotecada, quien para SOMARRIVA es “todo aquel que es dueño del inmueble gravado y que no se ha obligado personalmente al pago de la deuda”¹⁶². Como ya hemos visto, en principio no existen limitaciones para el objeto donde recaerá la hipoteca inversa, sino sólo aquellas que se encuentran contempladas en nuestro ordenamiento para la hipoteca común, por tanto, es

¹⁶² SOMARRIVA, M. 1943. op. cit. p. 441.

perfectamente posible que el deudor no sea dueño del inmueble que servirá de garantía a su deuda, y que lo sea un tercero. Esta situación no es común en la práctica extranjera, ya que históricamente ha sido requisito para su constitución que quien obtiene el préstamo sea dueño del inmueble y que además sea su vivienda principal, detentando en principio un carácter personalísimo. Ello pareciera a simple vista no admitir que sea el bien de un tercero que no cumple los requisitos el que caucione el crédito de personas mayores que sí cumplen los requisitos. Es por ello que si bien para nuestro ordenamiento no habría actualmente dificultades para que sea un tercero el dueño del bien raíz donde recaerá la hipoteca inversa, analizaremos algunos posibles casos en que podría presentarse un tercer poseedor, y si es compatible dicha situación con esta hipoteca inversa.

El primer supuesto ante el cual podemos encontrarnos es el del tercer poseedor que adquirió el inmueble con el gravamen hipotecario, pues en virtud del derecho de persecución que deriva del carácter real de la garantía que recae sobre la cosa, no se perjudica por la venta o la constitución de otro gravamen el derecho del acreedor, y por tanto dichos actos de enajenación son completamente válidos. Muestra de ello es que el acreedor tiene dos acciones para hacer efectivo su crédito, la acción personal contra el deudor principal, y la acción de desposeimiento que deriva del derecho real de hipoteca, que se puede ejercer contra cualquier persona que tenga la cosa independiente de si

se encuentra obligado o no. Así lo confirma nuestra Corte Suprema en fallo rol N° 572-2013, de fecha 20 de enero de 2014, afirmando en su considerando undécimo: “Que en las circunstancias fácticas y jurídicas antedichas, incurren en error los jueces del fondo al exigir un vínculo contractual entre el tercerista y el poseedor del inmueble subastado porque el único vínculo que este último tiene con el acreedor es la posesión de la cosa afecta al gravamen real, sin que sea necesario que se haya obligado personalmente al pago de la obligación garantizada porque es “tercero”; es decir, extraño a la deuda ya que, como suele decirse, el deudor es el inmueble”. Normalmente dichos procedimientos se encuentran confundidos en una misma persona, cuando deudor y poseedor son el mismo, por lo que no se diferencia claramente el alcance de cada acción.¹⁶³

Si en la hipoteca inversa se exige que el deudor constituya la hipoteca sobre aquel bien inmueble que sea su vivienda principal, dicha circunstancia trae aparejado que si ésta pierde dicha calidad se autoriza al acreedor para hacer exigible y liquidar la deuda hasta ese momento, y en el caso de quedar pagos pendientes por parte del banco al deudor operaría una especie de “condición de contrato no cumplido”, la cual lo autoriza a discontinuar los pagos, pues si el deudor solicitante vende el inmueble se entienden incumplidas sus obligaciones. No obstante, como veremos cuando tratemos este tema en el

¹⁶³ DIEZ, R. op. cit. pp. 247-248.

apartado de exigibilidad e incumplimiento, esta especie de prohibición de no enajenar, no produce que la venta posterior se invalide, aun cuando la cláusula es válida porque produce los efectos que ya mencionamos, mantiene intactos los derechos del acreedor de perseguir el inmueble ante terceros ajenos a la relación incluso en la hipoteca inversa. De modo que en esta circunstancia sí podría existir un tercer poseedor de la finca hipotecada contra el cual podrá siempre el acreedor de la hipoteca inversa ejercer su acción de desposeimiento para pagarse de lo que se le adeude.

Una segunda situación se produce con el tercer poseedor que hipoteca un bien propio para garantizar una deuda ajena, situación común en el derecho cuando se trata de la constitución de una hipoteca por un tercero en la cual esta persona no es un deudor y, por tanto, no se encuentra obligado a la deuda. Cabe preguntarnos si es posible que un tercero que no sea deudor, podría entregar su bien en garantía a favor de una o más personas que cumplan con los requisitos de la hipoteca inversa, es decir, que sean mayores de 65 años y se exija que ocupen el inmueble como su vivienda principal, mediante una hipoteca inversa. Incluso en esta circunstancia consideramos que es posible que se constituya la hipoteca inversa, aun cuando se exija que sea la vivienda principal del deudor, pues esta situación no obsta que el dueño sea otra persona. Por ende, para que no pudiese realizarse esta operación debería prohibirse expresamente. En este caso, empero, la exigibilidad de la deuda

estará sujeta a la muerte del deudor -o el incumplimiento de alguna otra condición expresada-, y no a la del tercero hipotecante.

5. El consentimiento y su protección

5.1. Manifestación del consentimiento

De acuerdo al modo de perfeccionamiento de un contrato, sabemos que puede distinguirse entre contratos consensuales, solemnes y reales, siendo el primer tipo la regla general.¹⁶⁴ Asimismo podemos señalar que la anterior clasificación responde a la forma en que el consentimiento se manifiesta en cada contrato, de modo que en caso de los consensuales es suficiente el acuerdo de voluntades, en los solemnes el consentimiento se manifiesta mediante la observancia de determinadas solemnidades, de las cuales ejemplo clásico es su otorgamiento mediante escritura pública, mientras que en los contratos reales el consentimiento se manifiesta por la entrega de la cosa a que se refiera.

De esta forma, considerados separadamente el mutuo y la hipoteca, el primero es un contrato real, por cuanto el artículo 2197 del Código Civil establece que se perfeccionará por la tradición. Por su parte, el contrato de

¹⁶⁴ ALESSANDRI R., A. 2004. op. cit. p. 31.

hipoteca es uno solemne, pues de acuerdo con el artículo 2409 del Código la hipoteca debe otorgarse por escritura pública. Considerados conjuntamente, como un mutuo hipotecario, el contrato será solemne, pues la constitución de la hipoteca requiere de escritura pública.

Sin embargo, para ALESSANDRI la hipoteca formaría parte de un grupo de contratos que participarían de la naturaleza de solemnes y reales a la vez, pues se requeriría, además de la solemnidad de la escritura pública, la entrega de la cosa o derecho sobre el cual el contrato verse: en el caso de la hipoteca, el derecho real de hipoteca, la cual se realizaría por medio de la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces.¹⁶⁵ En este sentido sería que el artículo 2410 señala: “La hipoteca deberá además [de otorgarse por escritura pública] ser inscrita en el Registro Conservatorio; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción”. Ambos requisitos serían solemnidad del contrato de hipoteca. SOMARRIVA¹⁶⁶, en cambio, es de la opinión de que la solemnidad del contrato de hipoteca es una sola: su otorgamiento por escritura pública, y que mientras el artículo 2409 se refiere al contrato de hipoteca, el artículo 2410 lo hace a la hipoteca en cuanto derecho real. Según el autor, “[c]ierto es que este artículo [2410] establece que la hipoteca deberá inscribirse en el Registro Conservatorio y que sin ello no tendrá valor alguno; pero el error de los intérpretes radica en creer que esta

¹⁶⁵ ALESSANDRI R., A. Ibid. pp. 34-35.

¹⁶⁶ SOMARRIVA, M. 1943. op. cit. pp. 342 y ss.

disposición se refiere al contrato hipotecario, cuando en realidad se ocupa del derecho real de hipoteca, para cuya existencia no hay duda que se requiere inscripción, porque ella representa la tradición del derecho”¹⁶⁷. Desde esta postura, entonces, el contrato hipotecario generaría el derecho personal del acreedor de exigir al otorgante su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, inscripción que haría las veces de tradición del derecho, mas no sería realmente una solemnidad del primero. Ésta es la doctrina que defienden también MERY¹⁶⁸ y DÍEZ¹⁶⁹.

Por nuestra parte, adherimos con la opinión recién señalada. El contrato hipotecario es solemne, y de él nace el derecho para solicitar al otorgante su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, siendo ésta la tradición del derecho, de forma similar a lo que sucede en el caso de la compraventa de inmuebles, pues ello es lo que mejor se compadece con la distinción que hace nuestro derecho entre título y modo de adquirir, como lo señala DIEZ¹⁷⁰ siguiendo a SOMARRIVA, y mejor se adecúa a los objetivos declarados en el Mensaje de nuestro Código Civil, el cual afirma: “[I]a transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para estos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras

¹⁶⁷ SOMARRIVA, M. Ibid. p. 346.

¹⁶⁸ MERY B., R. op. cit. pp. 143 y ss.

¹⁶⁹ DIEZ, R. op. cit. pp. 55 y ss.

¹⁷⁰ DIEZ, R. Ibid. p. 55.

ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, no tiene respecto de terceros existencia alguna”.

5.2. Personas que deben concurrir con su consentimiento

El caso más simple que podría presentarse es el de una persona que, cumpliendo con los requisitos para ser beneficiario en una hipoteca inversa, sea dueño único de un inmueble , y viva solo en él. En esta situación, será sólo el dueño quien deba, además de la institución financiera otorgante del crédito, evidentemente, prestar su consentimiento.

Sin embargo, es probable que en muchos casos el inmueble no tenga un único dueño, por ejemplo, al ser de dominio de personas casadas en sociedad conyugal. En este caso, al tratarse de bienes raíces sociales, por directa aplicación del artículo 1749 del Código Civil, el marido, pese a ser administrador de la sociedad, deberá contar con autorización de la mujer, la que deberá constar en la misma escritura pública por la cual se realice la operación - solemnidad que vimos sería exigible a la hipoteca inversa-. En esta segunda hipótesis, entonces, será la aquiescencia de ambos cónyuges la que deba existir.

En situaciones de copropiedad, como podría ser el caso de hermanos que hayan adquirido un inmueble como herencia de su(s) padre(s) o madre, consideramos posible el otorgamiento de una hipoteca inversa, en la medida que la garantía hipotecaria recaiga sobre todo el inmueble¹⁷¹, debiendo concurrir con su voluntad todos los propietarios, esto aunque se haya designado a uno de los copropietarios como administrador, pues el artículo 2078 -aplicable a la comunidad por remisión del artículo 2305- prohíbe al administrador, entre otros, hipotecar bienes sociales sin el consentimiento de los demás. Ahora, si bien el Código Civil en su artículo 2417 autoriza para constituir una hipoteca sobre la cuota que se tenga sobre un inmueble común, al igual que el caso planteado, y como ya tuvimos la ocasión de revisar al respecto en el apartado de bienes susceptibles de hipoteca inversa, consideramos que dicha cuota no sería conveniente hipotecarla “inversamente”. En este caso, con todo, deberá tenerse presente lo dicho respecto de los requisitos que deba cumplir el sujeto pasivo del crédito.

De exigirse, además, que sea la residencia principal del deudor, entonces sí deberá tratarse del inmueble en su totalidad, y no la cuota sobre éste; siendo la misma “la porción ideal, determinada o determinable, que cada comunero tiene en el objeto de la comunidad”¹⁷², sería ciertamente sorprendente que alguien pudiera vivir en ella. En este caso, empero, el monto del crédito se calcularía de

¹⁷¹ Véase 3 apartado del presente capítulo.

¹⁷² PEÑAILILLO, D. op. cit. p. 79.

todas formas sobre el valor del inmueble, y se dividiría entre los dueños del mismo, de modo que resultaría dudosa su conveniencia individual.

Ahora, puede ocurrir que no todos los comuneros cumplan con los requisitos para que pueda concedérseles una hipoteca inversa, ya sea porque no tengan la edad mínima requerida o bien porque el inmueble no sea su residencia principal, en caso de exigirse, como podría ser el caso en que un inmueble sea de propiedad de un padre o madre y sus hijos, luego de la muerte de uno de los cónyuges. Consideramos que dicha operación podría realizarse si quienes no cumplen con los requisitos concurren como terceros poseedores de la cosa hipotecada, es decir, consintiendo en que la hipoteca recaiga sobre toda la cosa, para evitar posibles conflictos futuros con ellos. Esto porque -como se ha desarrollado en la sección sobre los intervinientes en la figura- para ser deudor en la hipoteca inversa, es decir, del contrato principal que es el crédito, se deberá cumplir, primeramente, con los requisitos de edad y con aquellos que las partes estipulen, como el de residencia. Así, podrá un hijo hipotecar su casa para que su padre o madre obtengan una hipoteca inversa, pero deberá concurrir con su consentimiento expreso.

Por otra parte, para ser beneficiarios será conveniente que éstos cumplan con los mismos requisitos que los deudores, empero como concluimos al hablar de ellos, serán finalmente las partes quienes tomen dicha decisión.

Es relevante además tener presente que si bien todos los deudores del contrato principal serán beneficiarios, debiendo reunir los requisitos para ello, no es necesario que todos los beneficiarios sean deudores en el crédito, como se ha dicho más arriba. Se ha revisado el caso del cónyuge no dueño del inmueble objeto de la hipoteca inversa, pero que reside en el mismo y cumple con la edad requerida, como asimismo podría darse la situación especial de un menor que vive en casa de quienes constituyen la hipoteca, y para el cual, se produzca un estado de necesidad que justifique que sea denominado beneficiario, extendiendo eventualmente el plazo de exigibilidad aun más allá de la muerte de sus antecesores hasta su mayoría de edad, pues finalmente la evaluación de quienes serán beneficiarios la tendrán las partes.

En todos los casos, el consentimiento para el crédito deberá ser otorgado por quienes queden obligados a su pago, como también por el tercer poseedor que consienta en que se constituya la hipoteca inversa en su inmueble, es decir, los dueños del inmueble en ambas situaciones referidas. De todas formas deberán concurrir los demás beneficiarios, según el viejo aforismo de que nadie puede adquirir derechos en contra de su voluntad, además que éstos adquirirán también ciertas obligaciones frente al acreedor, cuyo incumplimiento podría acarrear la exigibilidad del crédito.

En conclusión, deberán prestar siempre el consentimiento todos los dueños del inmueble hipotecado. Sin su aquiescencia afirmamos que no será aconsejable la realización de la operación, puesto que la garantía es conveniente que sea sobre el inmueble en su totalidad. Asimismo, deberán concurrir quienes sean beneficiarios adicionales -los que a nuestro parecer deberán contar con la edad suficiente, y justificar un estado de necesidad que amerite su designación-, teniendo presente que, no obstante, ellos no serán obligados al pago del crédito, pero sí adquirirán de cara al acreedor ciertas obligaciones en caso de supervivir al o los deudores del crédito.

5.3. Protección del consentimiento

Al hablar de protección del consentimiento, debemos ubicarnos conceptualmente en el ámbito precontractual, momento en que aquél se forma. Como una primera medida, más bien formal, para hacer frente al riesgo dicho podemos señalar la solemnidad ya referida, pues ella obligará a una mayor reflexión por parte de los contratantes, favoreciendo la espontaneidad y seriedad de la manifestación de sus voluntades.

Más allá de lo anterior, los mayores obstáculos pueden provenir de la asimetría de información que probablemente existirá en perjuicio del consumidor, pues en la generalidad de los casos se tratarán de no expertos en

materias jurídicas ni financieras, lo que podría repercutir negativamente para alcanzar el ideal de un consentimiento libre y espontáneo. Dicha asimetría es reconocida por el profesor BARROS, para quien en relaciones entre expertos y legos, como sería nuestro caso, “no se puede esperar que el lego iguale la información del experto por razones de racionalidad económica (porque se recurre al especialista precisamente para disminuir los costos de transacción que supone hacerse de la información por su propia cuenta); pero también y por la misma razón, porque cuando se contrata con un profesional que tiene los conocimientos de los cuales se carece, se tiene la expectativa de que éste llenará de buena fe ese vacío. (...) Por su propia posición, el experto tiene el deber de compartir la información y no puede retenerla para sí a la manera de un activo que le otorga una ventaja estratégica en la negociación”¹⁷³; razones de justicia y de eficiencia llevarían a esta conclusión. En cuanto a las relaciones de consumo, el mismo autor también identifica deberes positivos de información, basados por un lado en un argumento económico, según el cual sería socialmente más eficiente que la información se proveyera como un bien público, permitiendo a la vez su procesamiento por expertos y servicios públicos, y, por otro lado, en un argumento de justicia conmutativa, de modo que “quien pone en circulación bienes o servicios tiene el deber de buena fe de reducir las asimetrías de información de consumidores e inversionistas. Éstos tienen al contratar una expectativa normativa, fundada en la confianza, que el

¹⁷³ BARROS, E. 2009. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 1022.

proveedor o emisor de valores proporcionará toda la información esencial acerca de los bienes o servicios ofrecidos al público”¹⁷⁴.

En nuestro ordenamiento, las asimetrías de información han sido afrontadas, especialmente, desde la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (“LPC”). Así lo reconoce también el profesor DE LA MAZA, afirmando que: “En la ley 19.496 -en general, en las reglas de protección de los consumidores- la asunción es exactamente la inversa [a la del derecho común de contratos]: la desigualdad de las partes, en términos de que una de ellas resulta incapaz de tutelar adecuadamente sus intereses en la negociación del contrato. En otras palabras, se asume la existencia de una desigualdad en la posición negociadora de las partes”¹⁷⁵. En este sentido, ya en su artículo 3º letra b) establece como un derecho básico del consumidor el acceso “a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos”, junto con el deber del mismo de informarse responsablemente al respecto. Para el citado autor, esta norma establecería un fuerte deber precontractual de suministrar información para el proveedor, de modo que “el riesgo del error del consumidor es soportado por el proveedor”¹⁷⁶.

¹⁷⁴ BARROS, E. Ibid. p. 1024.

¹⁷⁵ DE LA MAZA, I. 2010. El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (2):25-26.

¹⁷⁶ DE LA MAZA, I. Ibid. p. 43.

Adicionalmente, en el inciso segundo del artículo 3° citado se señalan derechos específicos para el consumidor financiero, introducidos por la Ley N° 20.555 (modificación conocida también como “Sernac Financiero”), que en parte particularizan los derechos básicos del inciso anterior. Así, en lo que atañe al tema en comento, en las letras a) y b) del inciso segundo referido se señalan como derechos:

“a) Recibir la información del costo total del producto o servicio, lo que comprende conocer la carga anual equivalente a que se refiere el artículo 17 G, y ser informado por escrito de las razones del rechazo a la contratación del servicio financiero, las que deberán fundarse en condiciones objetivas.

b) Conocer las condiciones objetivas que el proveedor establece previa y públicamente para acceder al crédito y para otras operaciones financieras.”

Las normas citadas tienden a la entrega de información a los consumidores, y son plenamente aplicables para el caso de la hipoteca inversa, en cuanto operación financiera generada en el contexto de una relación de consumo.

Sin embargo, no es sólo la falta de información suficiente lo que puede atentar contra la adecuada formación del consentimiento por parte del

consumidor. DE LA MAZA reconoce un segundo riesgo: el de racionalidad limitada del consumidor¹⁷⁷, esto es, que, aun contando con la información, es posible que no pueda procesarse y entenderse cabalmente. Frente a ello es que resultan útiles herramientas tales como la invalidez de ciertas cláusulas, la posibilidad de desistimiento para el consumidor, y el establecimiento de cargas de informarse para el mismo.¹⁷⁸ Como manifestación de ello, entre nosotros, el artículo 16 LPC establece un listado de cláusulas que no serán válidas en los contratos de adhesión:

“Artículo 16.- No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

- a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen;
- b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones

¹⁷⁷ DE LA MAZA, I. Ibid.. p. 28.

¹⁷⁸ DE LA MAZA, I. Ibid.. pp. 35 y ss.

adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica;

c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables;

d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio;

f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato, y

g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que

pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.”

Ya vimos las dificultades para calificar al contrato de hipoteca inversa como uno de adhesión desde la perspectiva civil. Sin embargo, no sucede lo mismo dentro del derecho del consumidor, de modo que la disposición transcrita arriba le resultaría también aplicable, al igual que a los demás mutuos hipotecarios -y, en general, las operaciones bancarias o financieras que se generan en una relación de consumo-. En este sentido ha caracterizado DE LA MAZA los contratos de adhesión en base a siete elementos: (1) el documento es una forma impresa, con una pluralidad de términos y aspira a ser un contrato; (2) ha sido redactado por o a nombre de una de las partes; (3) la parte redactora participa en numerosas transacciones del mismo tipo y las realiza rutinariamente; (4) la forma es presentada al adherente con la prevención de que sólo unos pocos términos podrán ser modificados, manteniéndose el grueso de ella; (5) luego de llegar a acuerdo sobre los términos negociables, al adherente debe firmar la forma; (6) la parte adherente realiza un número reducido de dichas transacciones; y (7) la principal obligación del adherente en la transacción total es el pago de una suma de dinero.¹⁷⁹ Así, aunque el consentimiento fuera deficiente, por no haberse entendido la información

¹⁷⁹ DE LA MAZA, I. 2003. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri (1):111-112.

entregada, no haberse analizado detenidamente por ser de un excesivo volumen, o cualquier otra causa, si el contrato contiene cláusulas que puedan considerarse incluidas dentro de alguna de las categorías señaladas más arriba, ellas adolecerán de nulidad absoluta, y se excluirán manteniendo el resto del contrato vigente, de ser posible, o, en caso contrario será anulable el contrato en su totalidad, según lo señala el artículo 16 A LPC.

Todavía dentro de la Ley N° 19.496, podemos citar, por ejemplo, como normas protectoras del consentimiento: la necesidad de que los contratos de adhesión cuenten con una escritura legible, un tamaño de letra de 2,5 milímetros y se encuentren en idioma castellano (artículo 17 LPC); la especificación del contenido mínimo que debe tener todo contrato de adhesión de servicios financieros en general (artículo 17 B LPC); el deber de que en los mismos se contenga una hoja resumen inicial con las principales cláusulas del contrato (artículo 17 C LPC); el deber de los proveedores de productos financieros de informar la Carga Anual Equivalente (CAE) en las operaciones de crédito, además de informar en toda cotización “los precios, tasas, cargos, comisiones, costos, tarifas, condiciones y vigencia de los productos ofrecidos conjuntamente”, como asimismo la comparación con su contratación por separado (artículo 17 G LPC); la prohibición de realizar ventas atadas (artículo 17 H LPC); y la prohibición de la entrega de información que induzca a confusión y de la publicidad engañosa (artículo 17 L LPC). Detallada atención

recibe la publicidad y la información que debe entregarse al público en los artículos 28 y siguientes. En cuanto a los créditos al consumidor, la LPC exige lo siguiente en su artículo 37:

“En toda operación de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor, el proveedor deberá poner a disposición de éste la siguiente información:

a) El precio al contado del bien o servicio de que se trate, el que deberá expresarse en tamaño igual o mayor que la información acerca del monto de las cuotas a que se refiere la letra d);

b) La tasa de interés que se aplique sobre los saldos de precio correspondientes, la que deberá quedar registrada en la boleta o en el comprobante de cada transacción;

c) El monto de los siguientes importes, distintos a la tasa de interés:

1. Impuestos correspondientes a la respectiva operación de crédito.

2. Gastos notariales.

3. Gastos inherentes a los bienes recibidos en garantía.

4. Seguros expresamente aceptados por el consumidor.

5. Cualquier otro importe permitido por ley;

d) Las alternativas de monto y número de pagos a efectuar y su periodicidad;

e) El monto total a pagar por el consumidor en cada alternativa de crédito, correspondiendo dicho monto a la suma de cuotas a pagar, y

f) La tasa de interés moratorio en caso de incumplimiento y el sistema de cálculo de los gastos que genere la cobranza extrajudicial de los créditos impagos, incluidos los honorarios que correspondan, y las modalidades y procedimientos de dicha cobranza.”

Como puede apreciarse, todas son normas que protegen al consumidor para que, en definitiva, puedan prestar su consentimiento libre e informadamente, y hacer efectivo el derecho básico más arriba revisado: a acceder a una información veraz y oportuna.

La protección, sin embargo, no ha venido solamente de la ley, sino que la SBIF ha emitido también Circulares sobre buenas prácticas de contratación (Circular N° 3.505 de 2010, modificada y complementada por la Circular N° 3.513 del mismo año). En dichos instrumentos se identifican una serie de cláusulas utilizadas en contratos de adhesión de productos financieros como contrarias a la equidad, en relación a lo señalado en el artículo 16 LPC ya citado, haciendo también énfasis en la imposibilidad de condicionar créditos a largo plazo a la contratación de otros productos, y en la necesaria opcionalidad para el consumidor de la cláusula de garantía general hipotecaria.

Finalmente, podemos señalar que en otras latitudes, específicamente en los Estados Unidos, como se ha mencionado ya, se ha establecido la obligación de asesoramiento jurídico por parte de los consumidores¹⁸⁰. Una medida como ésta, inexistente en nuestro país para la contratación de mutuos hipotecarios, sin duda que favorece un entendimiento completo de los derechos y obligaciones por parte de los consumidores, mas encarece la contratación a un nivel que nos parece inadecuado. Consideramos que, no obstante ser un mecanismo de utilidad, no sería necesario aplicarlo en Chile, en primer lugar, por el costo asociado, lo que operaría como un desincentivo a la utilización de la hipoteca inversa y restringiría el público que podría hacerlo y afrontar dicho costo. En segundo lugar, como hemos visto, la legislación protege el

¹⁸⁰ Véase el apartado 2.2 del capítulo I.

consentimiento de los consumidores, en nuestra opinión en un nivel suficiente, incluso asegurándolos en cuanto a que si alguna cláusula resultara contraria a la equidad o la buena fe, podrá ésta ser impugnada, solicitando se declare su nulidad. Adicionalmente, el derecho común también establece mecanismos de protección del consentimiento, como enseña BARROS: “El incumplimiento de deberes de información puede dar lugar a un vicio del consentimiento, en cuyo caso el demandante suele tener la acción rescisoria y una acción indemnizatoria por los perjuicios derivados de la nulidad. Pero aunque ello no ocurra, sea porque el error no es sustancial, sea porque el dolo no resulta determinante en la decisión de contratar, la acción indemnizatoria tiene por fundamento un deber de cuidado que no deriva del contrato propiamente tal”¹⁸¹. Así, un asesoramiento obligatorio estimamos que traería más trabas que beneficios, teniendo en cuenta la protección que actualmente existe en materia legal. Por supuesto, no sería lícito a la institución financiera impedir que el consumidor se asesore; en ese sentido consideramos más apropiada la regulación que vimos existe en el Reino Unido, donde, de conformidad con el Código de Conducta del ERC, el consumidor puede libremente contratar asistencia jurídica, caso en el cual el tercero deberá certificar que el consumidor ha efectivamente comprendido la institución y sus implicancias, antes de la contratación.

¹⁸¹ BARROS, E. op. cit. pp. 1015-1016.

Con todo, la elevada edad de los solicitantes de una hipoteca inversa puede exigir algunas consideraciones especiales, pues podría dificultárseles una comprensión acabada de la figura. Si bien no creemos conveniente el establecimiento de la obligación de contar con asesoría jurídica, sí será útil y hasta necesario que exista información disponible al público, más allá de la publicitada por los bancos o instituciones financieras que otorguen el producto. Al respecto deberá tener un rol activo el SERNAC, no sólo en cuanto a la fiscalización del cumplimiento de la regulación, sino que difundiendo la información de necesaria para hacer efectivo el derecho básico -aunque bastante programático- que se consagra en el artículo 3º letra f) de la Ley Nº 19.496, a una educación para un consumo responsable.

6. Exigibilidad del crédito y ejecución del bien

Como pudimos revisar en los apartados anteriores, la exigibilidad de la deuda se produce al momento de fallecer el deudor y, por regla general en el derecho comparado, cuando éste deja de ocupar la vivienda que garantiza la deuda como su residencia principal, es decir, si se cambia de casa, transfiere el dominio de la propiedad o simplemente la abandona. Asimismo, se contempla que en caso de existir beneficiarios, como sucede en los ordenamientos jurídicos estudiados, su exigibilidad se encuentra sujeta al cumplimiento de los mismos requisitos por parte de ellos.

La regla general de los actos jurídicos en nuestro ordenamiento es que éstos sean puros y simples, es decir, que produzcan sus efectos inmediatamente, no obstante lo anterior, las partes, mediante su voluntad, pueden acordar elementos accidentales que vienen a modificar esta regla, introduciendo modalidades tales como el plazo, la condición o el modo.¹⁸² En el caso de la hipoteca inversa se ha determinado que el pago de la deuda es exigible sólo una vez fallecido el deudor, por lo que siempre estaría sujeta al cumplimiento de dicho plazo. El artículo 1494 del Código Civil nos señala que el plazo “es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación”, que en este caso se trataría de un hecho futuro y cierto, pero indeterminado: la muerte del deudor. Este es un plazo suspensivo¹⁸³, pues el derecho del acreedor sobre lo que se le adeuda existe, éste ha nacido pues hay certeza de la llegada del día, sin embargo, es la exigibilidad del cumplimiento de la obligación la que se encuentra suspendida hasta el momento en que el deudor, o el último de sus beneficiarios si es que así se hubiese pactado, fallezcan. Recién entonces podrá reclamar lo que se le adeuda, sin perjuicio de lo que suceda en caso de que el deudor hipotecante incumpla alguna de las obligaciones que se les han impuesto, situación que trataremos más adelante, y que podría producir la caducidad inmediata del plazo si así se acuerda.

¹⁸² Para ver este tema en profundidad revisar:

ALESSANDRI, A. SOMARRIVA, M. VODANOVIC, A. 2009b. op. cit. pp. 375-389

¹⁸³ Para un mayor desarrollo sobre los plazos suspensivos véase ABELIUK, R. op. cit. pp. 471-472.

El plazo de exigibilidad impuesto en esta figura, configura un elemento de la esencia del mismo, pues, como mencionamos anteriormente, uno de los objetivos que busca la hipoteca inversa es que las personas de la tercera edad puedan aumentar sus ingresos líquidos a través de un crédito garantizado con una hipoteca que recaee sobre un inmueble, que puede ser su vivienda principal, y que sea ésta la que satisfaga la deuda en caso de que sus herederos opten por no pagarla. Así, una de las grandes ventajas que presenta la hipoteca inversa es que genera un efecto similar al de la venta del inmueble para el propietario, en cuanto obtiene ingresos que provienen del valor comercial de su casa, pero sin perder sobre ésta sus derechos como dueño. Estimamos por ello que la figura perdería su calidad de hipoteca inversa si no estuviese sujeta a la modalidad señalada, y que por lo demás importaría un perjuicio aun mayor a la situación del deudor, contrayendo una deuda que producirá la pérdida del inmueble con su posterior ejecución.

Si la deuda se hace exigible necesariamente al momento de fallecer el deudor, serán sus herederos quienes deberán pagarla, ya que son los continuadores legales del causante y, por tanto, los obligados al pago. De todas formas, resulta lógico que ellos puedan tener la opción de decidir hacerlo o no, puesto que el acreedor podrá siempre hacer efectiva la deuda sobre lo obtenido del remate de la propiedad preferentemente. Sin embargo, resulta de suma

importancia delimitar cómo responderán los herederos, si con todo el patrimonio del fallecido o limitando la garantía sólo al inmueble, lo que analizamos también al tratar la situación de los herederos.

El momento de la exigibilidad no sólo es relevante para resguardar los objetivos de la institución, sino que además se encuentra ligado al de la ejecución del bien en caso de no ser satisfecha la deuda. Como ya mencionamos, el acreedor beneficiado con la hipoteca tiene sobre la cosa, en virtud de este derecho, la facultad de solicitar la realización del inmueble para pagarse su crédito con lo obtenido. No obstante, debido al carácter accesorio de la hipoteca, el ejercicio de esta acción se encuentra supeditado al momento en que la obligación personal sea exigible, que en este caso en particular sería el momento de la muerte del deudor oportunidad en la cual puede optar por ejercer la acción real o la personal conforme lo establecen los artículos 2397 y 2425 de nuestro Código Civil.

Es preciso, por tanto, tener presente que en la hipoteca inversa el derecho que nace para el acreedor de solicitar la restitución de lo adeudado, estará siempre sujeta a un plazo suspensivo, el cual es el momento de la muerte del deudor o de sus beneficiarios.

6.1. Incumplimiento de la obligación

En los términos en que se ha configurado la hipoteca inversa en el extranjero, se han establecido formas de incumplimiento de lo pactado distintas de la mora en el pago, lo cual se encuentra estrechamente ligado al hecho de que se constituya la hipoteca sobre el inmueble que sirva de vivienda principal al deudor, situación que ha sido matizada en algunos ordenamientos, ampliando algunas circunstancias como vimos respecto al caso español; sin perjuicio de lo cual en la generalidad de los países es así. Esta decisión lleva consigo el hecho de que la venta, abandono¹⁸⁴, o cambio de casa produzca el incumplimiento de lo pactado y, por tanto, autorizaría al acreedor para exigir inmediatamente la deuda. Dicha situación producirá que en los casos de haberse optado por pagos mensuales o de una línea de crédito, se suspendan los pagos posteriores y se haga exigible la deuda hasta el monto al cual ascienda, con los intereses hasta ese momento, la que en caso de no obtenerse por medios directos también podrá ser satisfecha haciendo efectivo su derecho de pagarse con lo obtenido de la venta del inmueble en pública

¹⁸⁴ Como se ha visto, en algunos ordenamientos se ha establecido un plazo luego del cual el inmueble se entienda abandonado, por ejemplo, en los Estados Unidos se ha estimado prudente fijarlo en doce meses. Sin embargo, en nuestra opinión no es necesario que exista un plazo común para todas las hipotecas inversas -aunque, claramente, será un elemento a considerar en la redacción del contrato-, sino que es posible dejar dicha decisión al mercado y que pueda utilizarse por las instituciones financieras como un elemento diferenciador al ofertar el producto. Por lo anterior es que nos hemos abstenido de proponer un plazo específico al respecto. De todas formas, este plazo, en cuanto cláusula contractual, estará sujeto a los requisitos que la Ley N° 19.496 establece para las cláusulas abusivas en contratos de adhesión, de los cuales forma parte la hipoteca inversa, como hemos visto al tratar el consentimiento y su protección.

subasta. En el caso que se haya optado por el pago de una suma por una sola vez, se exigirá el total de lo solicitado con la misma opción anterior.

Estas circunstancias operan como elementos de accidentales de este contrato, y se encuentran directamente ligadas al hecho de que la constitución de la hipoteca recaiga sobre el inmueble que sea la vivienda principal del deudor. Si dicho bien deja de detentar esa calidad, ya sea por la enajenación del inmueble a un tercero, el abandono del mismo -lo que implicaría que no se mantengan al día los impuestos y las cargas de la cosa-, o la mudanza del deudor hipotecante, por la concesión del uso y goce a un tercero, se entiende incumplido el contrato. . Empero, este carácter no esencial ha permitido en el derecho extranjero acordar que en cualquiera de los casos anteriores existan otras posibilidades además de hacer caducar el plazo, por ejemplo, que se otorgue otra garantía suficiente, como sucede en el caso español, situación que además se reitera en nuestro ordenamiento tratándose de la hipoteca común. Así, el artículo 2427 de nuestro Código Civil señala que: “Si la finca se perdiere o se deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le de otra seguridad equivalente; y en defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda ilíquida, aunque esté pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuera ilíquida, condicional o indeterminada.”

El incumplimiento de estas cláusulas de estilo en el contrato de hipoteca inversa, producirán efectos diferentes dependiendo de la modalidad de pago que se haya optado por parte del deudor para recibir la cantidad solicitada, no obstante la consecuencia más importante y que afectará a la hipoteca inversa sin importar el modo es que producirá la caducidad del plazo. Ella provocará que la deuda se torne inmediatamente exigible, y que pase a ser una obligación pura y simple, en la cual el acreedor podrá demandar lo que se le adeuda desde el momento en que se contravenga lo acordado.

En el caso de que se tratase del incumplimiento de las obligaciones destinadas a mantener el inmueble en buen estado, como pagar los impuestos y contribuciones, hacer las reparaciones necesarias, etc., la caducidad operará por disposición de la ley, disponiendo el artículo 1496 N° 2 del Código Civil que: “El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: (...). 2º. Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones”. Esta disposición debe entenderse en armonía con el artículo 2427 ya mencionado, según el cual el deudor podrá mejorar su situación mejorando la hipoteca, u otorgando garantías suficientes para su pago, que en este caso sería el pago de las cargas de las cosas o el compromiso a realizar las mejoras, lo cual de no

realizarse autorizará al acreedor para exigir la deuda inmediatamente.¹⁸⁵ En cambio, en caso de que se tratase de la venta del inmueble o el abandono de la vivienda, como se entiende que no constituyen un deterioro o pérdida de la cosa, y, por tanto, no implican una disminución de la garantía conforme a las reglas generales, sólo podría acordarse en estas circunstancias opere la caducidad del plazo a través de lo que en nuestro ordenamiento se ha denominado cláusula de aceleración, que es una forma de pactarla por acuerdo expreso de las partes.

Normalmente, la cláusula de aceleración opera dando por vencido el plazo, y genera que todo o parte de la obligación sea exigible actualmente en el evento de cumplirse una condición¹⁸⁶, que para efectos de la hipoteca inversa podría ser la venta del inmueble o la no permanencia en el mismo por un periodo de tiempo que manifieste una intención de mudarse, al igual que en los sistemas foráneos. Empero, como ya hemos tenido la ocasión de revisar, el contrato de hipoteca inversa puede revestir la forma de un contrato unilateral, cuando se trata de que se otorgue una sola suma de dinero, en la que sólo se generará obligaciones al deudor hipotecante, entre ellas la más importante de restitución, o de un contrato bilateral, en el caso de optarse por el pago de sumas periódicas o una línea de crédito, generando obligaciones para ambas partes, siendo la institución financiera quien resulta obligada a hacer pagos periódicos

¹⁸⁵ ABELIUK, R. op. cit. p. 478.

¹⁸⁶ ABELIUK, R. Ibid. p. 475.

al deudor. Lo anterior hace necesario realizar una precisión con respecto a esta cláusula, pues ella opera normalmente en los casos en que se trate del pago fraccionado de lo que se adeuda, pues aceleraría la exigibilidad y la liquidación de la deuda a dicho momento.¹⁸⁷

En el primer caso, en una hipoteca inversa en la que la deuda se entrega en una sola suma de dinero, no existirán pagos fraccionados para ninguna de las partes, ni por parte del acreedor, quien no tiene obligaciones impuestas por el contrato, como tampoco por parte del deudor, pues una vez que él fallezca, los herederos están obligados al pago completo de la deuda, sin perjuicio de la libertad de la institución de otorgarles alguna facilidad de pago. Es por ello que en este caso la cláusula de aceleración producirá el efecto hacer exigible la deuda completa en caso de incumplimiento, pues ésta se le entregó íntegramente al deudor al momento de la celebración del contrato, con la posibilidad de pagarse con la venta del inmueble en pública subasta. Al haberse adelantado el momento de la exigibilidad del crédito, no obstante se deba reintegrar la deuda en su totalidad, el momento del incumplimiento determinará también hasta cuándo deban calcularse los intereses pactados, de modo que éstos no podrán seguirse sumando, sin perjuicio de los intereses moratorios que se hubieren acordado previendo esta circunstancia o que la deuda total se reajuste al momento de su pago.

¹⁸⁷ RAMOS P., R. 2008. De las Obligaciones. 3ª ed. Santiago. LegalPublishing. pp. 227-229; ABELIUK, R. op. cit. pp. 475-477.

Por otra parte, cuando se trata del caso de la hipoteca inversa como contrato bilateral, como es la institución financiera quien realiza pagos periódicos al deudor del monto solicitado, al momento de producirse el incumplimiento que da lugar a la caducidad del plazo, lo más probable es que no se haya entregado la suma total que en el contrato se había acordado, por lo que **sólo se hará exigible la deuda hasta el monto que se haya entregado al deudor hasta ese momento, y no por la totalidad de lo acordado**. Una consecuencia de lo anterior será que se exima a la institución financiera de su obligación de seguir realizando los pagos acordados, pues no se justifica que se le exija que siga cumpliendo sus obligaciones si la contraparte no lo ha hecho, una especie de “condición de contrato no cumplido”, similar a la excepción de contrato no cumplido propia de los contratos bilaterales¹⁸⁸. Como la cláusula de aceleración que conocemos opera normalmente en los mutuos que son unilaterales -en los cuales la institución financiera no realiza pagos periódicos-, será necesario agregar en esta modalidad de pago del contrato de hipoteca inversa que la cláusula de aceleración produzca este efecto, el cual, además, va en beneficio de la institución financiera, y se encuentra en plena concordancia con nuestra legislación. Si, tratándose de una hipoteca inversa bajo la modalidad de pagos periódicos por parte de la institución financiera, ya se ha realizado la totalidad de éstos, aun así el momento de hacerse efectiva la cláusula de aceleración

¹⁸⁸ ABELIUK, R. op. cit. p. 75.

comentada determinará hasta cuándo puedan sumarse intereses a la deuda, de igual forma que lo señalado para la modalidad de una suma única. Por supuesto, este límite temporal para el cálculo de los intereses también operará para la cantidad que haya sido efectivamente prestada, si aún no se han producido la totalidad de los pagos.

Si se tratare, finalmente, del caso en que el dinero es prestado bajo la modalidad de una línea de crédito a disposición del deudor, la situación sería similar a aquella en que se realicen pagos periódicos, haciendo el incumplimiento del deudor y la consecuente aplicación de la cláusula de aceleración exigible la deuda por la cantidad que se haya efectivamente prestado, más los intereses pactados, eximiéndose asimismo el acreedor de su obligación de mantener la línea de crédito para el deudor. Quedará determinado, al igual que en los casos anteriores, el momento hasta el cual deban calcularse los intereses, se haya o no alcanzado algún límite fijado para la cantidad a ser puesta a disposición.

En todo caso es conveniente resguardar los intereses del acreedor incluyendo estas cláusulas, que contienen obligaciones inherentes a la figura en cuestión y que permiten hacer exigibles sus derechos en caso de contravención en tiempo oportuno, situación que es, como dijimos, totalmente acorde con nuestro ordenamiento. En cuanto a la inclusión del efecto señalado en el

párrafo anterior, debe permitirse a la institución eximirse de seguir cumpliendo con los pagos de hacerse efectiva la cláusula de aceleración cuando se trate de un contrato bilateral, en vez de establecerlo sólo como una obligación de no enajenar que permita al acreedor pedir la resolución del contrato, en virtud de la condición resolutoria tácita. Ello garantizará que pueda exigirse lo pagado y que perviva la hipoteca, situación que no podría producirse si se resolviera el contrato, pues la hipoteca se extinguiría por vía accesoria (artículo 2434 del Código Civil) perdiendo el acreedor sus derechos sobre la cosa para el pago de lo adeudado.

Empero, la prohibición de enajenar como cláusula de aceleración del contrato es necesario revisarla en otro apartado, ya que si bien es una cláusula de estilo de la hipoteca inversa en el derecho comparado, se ha discutido la validez de dicha disposición a lo largo de nuestra historia en referencia a la cláusula de no enajenar en los contratos de hipoteca, tema que pasaremos a revisar a continuación.

6.1.1. Cláusula de no enajenar

La cláusula que dispone que la venta del inmueble en la hipoteca constituye una forma de incumplimiento del contrato no es nueva en nuestro entorno, de hecho, es una cláusula utilizada en la actualidad en la generalidad de los

contratos de mutuo hipotecario, no obstante se ha visto cuestionada su validez, y los efectos que produce no son los de impedir efectivamente la enajenación del inmueble.

La cláusula de no enajenar implica una limitación a la facultad de disposición que tiene el dueño sobre la cosa, el cual se encuentra en conflicto con el principio de la libre circulación de los bienes, contemplado en distintas disposiciones de nuestro Código Civil. Así el artículo 2415 consagra expresamente que “[e]l dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario.” Se ha afirmado, entonces, que éste sería uno de los casos en los cuales el legislador expresamente prohibiría la cláusula de no enajenar¹⁸⁹, sin embargo, nosotros discrepamos de esta afirmación, pues esta disposición no hace más que reafirmar el derecho de persecución y preferencia que tiene el acreedor sobre el bien hipotecado. Independientemente de si se ha estipulado o no la cláusula, si el deudor enajena o grava con segunda hipoteca el inmueble, dichos actos serán válidos aunque se haya convenido lo contrario, sin mermar por ello el derecho de satisfacer su crédito mediante la venta forzosa de la casa, sin importar que el dueño sea diferente del deudor.

¹⁸⁹ PEÑAILILLO, D. op. cit. p. 64.

Nosotros estimamos, que la cláusula o condición de no enajenar es válida¹⁹⁰, y así también lo ha afirmado la jurisprudencia nacional al establecer que: “La cláusula de prohibición de gravar y enajenar que emana de un acuerdo de voluntades priva al dominio de la condición esencial de este derecho, de poder su titular disponer libremente de lo suyo, sustrayendo prácticamente los bienes del comercio humano, lo que contraría las normas consideradas de orden público, en cuanto cada cual puede disponer de lo suyo, sin otra limitación que la impuesta por la ley. El incumplimiento de la referida cláusula importa una infracción a una obligación de no hacer, cuya consecuencia la contempla el artículo 1555 del Código Civil, esto es, la indemnización de perjuicios consiguiente. Dicho incumplimiento no afecta en modo alguno la garantía hipotecaria constituida anteriormente.”¹⁹¹ Así, esta cláusula, si bien no podrá impedir que la venta posterior sea válida, sí generará efectos en caso de su incumplimiento, pues constituye una obligación de no hacer que dará lugar, en los casos de hipoteca inversa, a la caducidad del plazo de exigibilidad e incluso a la indemnización de perjuicios.

En este sentido, nos parece que así como no hay obstáculos en nuestro ordenamiento con respecto a establecer cláusulas de no enajenar en la hipoteca común, tampoco lo habrá en la hipoteca inversa. Caso en el cual,

¹⁹⁰ PEÑAILLO, D. Ibid. Al respecto la doctrina mayoritaria ha declarado la validez de la disposición, aún cuando se ha agregado que no puede estipularse por un tiempo prolongado, debiendo, además, si existir una justificación.

¹⁹¹ TAVOLARI, R. 2010. Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil. Tomo I. p. 461.

habiéndose establecido que el inmueble deba ser la vivienda principal del deudor, si se vende la propiedad se autorizaría de esta forma al acreedor para exigir lo que se le adeudare al momento del incumplimiento, y ponerle fin a sus obligaciones, en el caso de la modalidad en cuotas o línea de crédito, pues la contraparte no cumplió con lo acordado y, por tanto, él tampoco se debe ver atado a dicha situación. Lo anterior sin perjuicio del derecho que le asiste para ejercer la acción de desposeimiento contra el tercer poseedor hipotecario para sacar a remate el inmueble si es que no es restituido lo que se le adeuda.

En cuanto a la justificación que se exige por una cierta parte de la doctrina acerca de la cláusula de no enajenar, podrá ser la certeza para el acreedor de quien poseerá el inmueble contra quien ejercerá la acción de desposeimiento en caso de no cumplirse la obligación. . En cuanto al requisito de ser por un tiempo acotado, también se cumple al tratarse de personas de avanzada edad, a cuya muerte se hará exigible la deuda y los herederos pueden elegir qué camino tomarán para satisfacer lo adeudado.

Estas razones nos llevan a descartar un eventual conflicto entre esta condición o cláusula de estilo de los mutuos hipotecarios en general y las reglas de nuestro ordenamiento, ya que se trata de una convención que deriva del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. No atenta contra el principio de la libre circulación de los bienes, puesto que el deudor en todos los

casos podrá hacer uso de su facultad de disposición sobre la cosa, no obstante deberá responder ante su contraparte por no respetar lo acordado, lo que además en el caso de la hipoteca inversa atenta contra la protección de la habitación del grupo familiar y personal, que se encuentra en una situación de desprotección.

Si bien, hemos tratado estas cláusulas de estilo que operan como formas de incumplimiento en la hipoteca inversa del derecho comparado, las cuales se han contemplado especialmente por su relación con el requisito de que el inmueble que se hipoteca en esta figura sea la vivienda principal del deudor. Despejando las dudas sobre eventuales conflictos que pudieran presentarse en su aplicación en nuestro país, hemos de hacer presente que en esta materia también primará el principio de la libertad contractual de las partes para agregar o quitar aquellas disposiciones que estimen más acordes a sus necesidades, por tanto, podrán hacer uso de éstas u de otras formas de incumplimiento que la práctica comercial adopte.

CAPÍTULO III. REGLAS ESPECIALES DE POSIBLE APLICACIÓN EN CHILE

1. Límite del crédito

Hemos visto que en la hipoteca inversa no es posible conocer desde un inicio el monto al cual ascenderá la cantidad debida, pues la deuda devengará intereses en general hasta el momento en que se verifique la muerte del deudor, plazo que como ya vimos reviste la característica de ser indeterminado, de modo que resulta de especial relevancia revisar la cuestión sobre si debe existir un límite del crédito. Sin perjuicio de lo señalado, aunque dicha suma sea en principio indeterminada, el contrato deberá contener aquellas reglas que permitan determinar dicha cantidad, como expresar el capital prestado, el tipo de interés y la tasa correspondiente.

Sucedee, además, que en la hipoteca inversa el otorgamiento del crédito depende principalmente del valor que se pueda llegar a obtener del inmueble otorgado en garantía, dado que en buena medida se prescinde del análisis de los ingresos del sujeto pasivo del crédito, pues es muy posible que éstos sean bajos y en su tiempo restante de vida disminuyan aún más, satisfaciéndose realmente el crédito con el producto del remate del inmueble. Recordemos que uno de los objetivos de esta figura es justamente que una persona mayor pueda

obtener financiamiento contra el valor del activo ilíquido inmueble sin tener que venderlo y sin tener que dejar de aprovecharlo. Por tanto, el monto que finalmente se otorgue al solicitante lógicamente estará relacionado con el valor comercial de la vivienda principal del deudor solicitante. Es decir, tanto el capital prestado como los intereses deben ser calculados en función de lo que se podría obtener de la venta del inmueble, no obstante el riesgo de que la persona llegue a vivir más tiempo de lo estimado, la complejidad de una tasa de interés cambiante, o de que el inmueble se desvalorice por alguna circunstancia sobreviniente del mercado¹⁹² sean circunstancias que se deben tener en consideración al momento de regular esta institución.

En este sentido, la experiencia comparada ha propuesto como solución a este problema el que estos créditos sean entregados con la limitación de que el monto finalmente exigible nunca pueda exceder el valor de la propiedad. Así, en el sistema norteamericano se les ha denominado *nonrecourse loan* haciendo referencia a esta característica, donde, además, el préstamo sólo puede ser cobrado con lo obtenido del remate del inmueble hipotecado y no con otros bienes de la heredad. Por tanto, lo primero que debemos tener claro es que para evitar el riesgo de patrimonio negativo será necesario limitar la cantidad adeudada, en cuanto a lo que pueda efectivamente exigirse al deudor que pague, al valor comercial de la vivienda, incluido el capital, intereses y costos

¹⁹² TAFFIN, C. op. cit. p. 3.

asociados. De hecho, en el mismo país, para calcular la suma que se concederá al deudor, existe el *maximum claim amount*, establecido por la FHA, que determina los montos máximos y mínimos que se pueden otorgar por concepto de hipoteca inversa, los que varían en cada Estado, pues se determina normalmente tomando en consideración una media de los precios de ventas durante un año en cada lugar.¹⁹³

La cantidad que pueda llegar a obtenerse siempre dependerá de la modalidad que se escoja para recibirla, la edad del solicitante y sus beneficiarios, el tipo de interés y el valor comercial del inmueble, con un tope que permita en principio calcular los factores anteriores de tal manera que no se exceda en ningún caso el valor de la propiedad a modo de evitar aquellos problemas generados en el pasado. Ahora, si lo que una persona busca es recibir pagos periódicos siempre hasta el momento de su muerte será recomendable que se negocie dicha situación mediante la contratación de una renta vitalicia, mas no creemos que el crédito de la hipoteca inversa deba extenderse más allá del valor del inmueble para garantizar pretensiones de seguridad social, aun cuando sea una consideración importante. Recordemos lo que realmente motiva estos créditos es obtener ingresos líquidos del inmueble que es su propiedad.

¹⁹³ SHAN, H. op. cit. pp. 24-25.

Sin embargo, el hecho de que se determine que el préstamo sea limitado en un porcentaje al valor comercial de la propiedad, no impide necesariamente que la deuda pueda seguir aumentando hasta superar el valor del inmueble, sino que dicha disposición limita la cantidad efectiva que podrá percibir el acreedor, y por tanto la responsabilidad del deudor en cuanto a lo que puede llegar a pagar al momento de hacerse exigible la deuda.

Empero, podría acontecer en la realidad que alguna de las circunstancias mencionadas más arriba se produzca y el monto adeudado exceda en la práctica al valor de la propiedad, de lo que surge la interrogante de quién deberá hacerse cargo de ese riesgo. Al respecto se han planteado dos grandes propuestas: regularlo mediante la contratación de un seguro por parte del deudor de forma obligatoria, el cual puede ser administrado por instituciones privadas o estatales, en este último caso como sucede con las HECM estadounidenses, o dejar dicha decisión a la libertad de las partes cuya no contratación desencadenará que el riesgo deberá ser asumido por las instituciones financieras, como se ha decidido hacerlo en España.

Cuestión aparte es aquella sobre el límite de los bienes en los cuales podría hacerse efectiva la hipoteca inversa, postulándose por un lado, en los préstamos HECM, que sólo puede hacerse efectiva la deuda sobre el bien hipotecado, mientras que en el derecho español se ha optado porque pueda

hacerse exigible en la universalidad de bienes del patrimonio del causante. Como ya vimos, la primera opción restringiría el derecho de prenda general que asiste a cualquier acreedor que revista dicha calidad en nuestro ordenamiento. Si bien es cierto que el préstamo se otorga teniendo en consideración el inmueble objeto de la hipoteca inversa, el derecho real de hipoteca no obsta a la garantía general sobre el patrimonio del deudor, en virtud de la deuda principal y personal que adquiere.

Siendo los herederos los sucesores legales del causante, serán en la generalidad de los casos ellos los que respondan de la deuda, que por regla general se hará exigible con la muerte del deudor, mas no existe justificación alguna para beneficiarlos en este caso y limitar el derecho de los acreedores permitiendo la exigibilidad del crédito sólo sobre el bien hipotecado, haciendo excepción de lo que sucedería con una hipoteca común. Este tema ya lo abordamos de manera más profunda en el apartado de la responsabilidad de los herederos en la hipoteca y nos remitimos a lo ya dicho. No obstante, consideramos conveniente que se estipule expresamente que dicha deuda se extienda exclusivamente al patrimonio del causante, pues, aunque los herederos disponen del beneficio de inventario al aceptar la herencia, lo que limita su responsabilidad, es preferible prever dicha situación, y evitar problemas en cuanto a los intereses de los herederos de cargar su patrimonio propio con una deuda que no les aprovechó, y que en este caso comenzaría a

perjudicarlos. Además, dado el carácter personal que toma en consideración la institución será mejor dejarlo limitado expresamente sólo al patrimonio del causante y no al de sus herederos.

Adicionalmente puede establecerse, como se ha insinuado a lo largo de este trabajo, una limitación del monto exigible equivalente al valor del inmueble considerado al momento de contratar. De esta forma se hace frente a algunos riesgos ya mencionados, como la desvalorización del bien por causas no imputables al deudor, sin vulnerar el derecho de prenda general del acreedor. Podrá así, en caso de no alcanzar a satisfacer su crédito con el producto del remate, perseguir la diferencia en el resto del patrimonio del deudor, pero limitándose la responsabilidad a cierto monto. Las limitaciones de responsabilidad no son ajenas a nuestro ordenamiento, y en este caso particular cobraría más sentido considerando que la hipoteca inversa es, en principio, la liquidación del valor del inmueble.

2. Seguro

Visto el riesgo de que la deuda sobrepase el valor comercial del inmueble, la regulación de la contratación de un seguro que cubra el riesgo de patrimonio negativo en la hipoteca inversa es uno de los grandes temas que rodean a esta figura, sobre todo considerando el gran impulso que ha recibido dicha institución

en el mercado norteamericano con el establecimiento del seguro de la FHA. Contar con dicho instrumento beneficiaría tanto al deudor como al acreedor del crédito, pues al establecer que la deuda no pueda extenderse más allá del valor comercial del inmueble, cualquier exceso que pueda producirse debería en principio -sin sistema de seguro- ser cubierto por la institución financiera, lo que implicaría un desincentivo para dichas entidades a ofrecer estos productos, perjudicándose la oferta y la competencia en el otorgamiento de estos créditos. O de acontecer lo contrario, se cargaría excesivamente el patrimonio del deudor, pudiendo perjudicar a sus herederos. De esta forma, consideramos necesario que se protejan los intereses de ambas partes, tanto con el establecimiento de un límite que opera en directo beneficio de los deudores y sus herederos, así como el establecimiento de un seguro que cubra la posibilidad de que el préstamo exceda valor máximo.

Fueron múltiples los problemas que se generaron en los sistemas extranjeros debido a la falta de mecanismos en un inicio que previnieran este riesgo. Así, HAMMOND señala que en las primeras hipotecas inversas disponibles en el mercado estadounidense, al no encontrarse aseguradas, los prestamistas debían necesariamente limitar el plazo de la hipoteca a un cierto período de tiempo, que por lo general era de 5 a 10 años, haciéndose exigible al término de dicho plazo. Esta circunstancia era preventiva, pues los acreedores no deseaban cargar con el riesgo de sobrevida del deudor, pero por

otra parte no satisfacía la pretensión de los deudores de mantener su vivienda principal hasta el término de su vida, ya que si el préstamo se hace exigible antes de su muerte es muy probable que la pierdan¹⁹⁴. Si bien es cierto que este riesgo se ha eliminado desde la perspectiva del deudor limitando el monto de lo exigible al valor de la propiedad, dicha posibilidad seguirá abierta para el prestamista, quien por razones económicas no estará dispuesto a asumirlo, pues antes de existir la disposición que impone el límite de la cantidad prestada quién debía asumir el exceso en el pago era el público deudor¹⁹⁵.

El riesgo de que el valor de la garantía no alcance para cubrir el crédito no constituye sólo un desincentivo a la contratación del producto ni representa únicamente una pérdida para la institución financiera que lo haya otorgado, sino que, de producirse dicha situación de manera generalizada, ello podría llevarnos a una situación similar a la vivida en los Estados Unidos para la llamada “crisis *subprime*”, en la cual los bancos e instituciones financieras sufrieron grandes pérdidas ante la incapacidad de recuperar los fondos prestados.¹⁹⁶ Si a ello se le suma un desarrollo del mercado secundario de los créditos hipotecarios, a través, por ejemplo, de su securitización, se ve la importancia de mitigar dicho riesgo.

¹⁹⁴ HAMMOND, C. op. cit. p. 87

¹⁹⁵ WILLIAMS, P. 2012. Equity release - attitudes and perceptions. En: GERMAN, L. (Ed.) Making the most of equity release: perspectives from key players. Londres. The Smith Institute. pp. 83-84.

¹⁹⁶ Véase a modo referencial ZURITA, J. y RODRÍGUEZ, J. 2008. La crisis de los créditos hipotecarios en Estados Unidos: algunas consideraciones. Revista Análisis Económico vol. XXIII (54):331-348. [en línea] <www.redalyc.org> [consulta: 28 de noviembre de 2013]

Existe escasa información disponible respecto a la contratación del seguro en otras legislaciones distintas a la norteamericana, cuando no se trata de una modalidad de hipoteca donde los pagos se realicen de forma vitalicia. Como ya sabemos, los pagos pueden ser realizados en una sola suma, por medio de una línea de crédito o realizando pagos periódicos, siendo en esta última opción en la cual se aconseja tomar el seguro¹⁹⁷, no obstante el riesgo de que los intereses devengados provoquen que se sobrepase el valor de la propiedad al vivir más del tiempo estimado el deudor, o la devaluación de la propiedad, estén siempre presentes en cualquier modalidad de la hipoteca inversa.

Es por ello que consideramos conveniente para resguardar los intereses de ambas partes establecer un seguro que cubra el riesgo de sobrevida y de devaluación de la propiedad. Ahora, la obligatoriedad de la contratación de dicho seguro es algo que se ha resuelto de distinta forma dependiendo de los ordenamientos.

En nuestro país, los seguros asociados a los créditos hipotecarios pueden ser contratados de forma voluntaria por los solicitantes. No obstante, las instituciones normalmente exigen la contratación del seguro de desgravamen, sismo e incendio para otorgar los créditos, siendo éste último de contratación

¹⁹⁷ LUQUE, M. op. cit. pp. 230-232.

obligatoria en los casos de tratarse de créditos hipotecarios otorgados con letras de crédito y de los mutuos hipotecarios financiados con la emisión de bonos sin garantía especial¹⁹⁸⁻¹⁹⁹. Asimismo en el caso de los créditos hipotecarios endosables se debe contratar el seguro de desgravamen.²⁰⁰ Por lo que cualquier opción que se tome en ese sentido será dejada a la conveniencia de las instituciones, mas tratándose de instrumentos que transen con fondos distintos a los de las mismas instituciones que otorgan los créditos, puede llegar a ser necesario su establecimiento de forma obligatoria.

Lo que no podría realizarse por la institución financiera es obligar al consumidor a contratar el seguro con ellos sujetando la venta del producto principal a la contratación del mismo, situación que resultaría contraria a la Ley N° 19.496 sobre protección del consumidor, la que establece en su artículo 17 H que: “Los proveedores de productos o servicios financieros no podrán ofrecer o vender productos o servicios de manera atada. Se entiende que un producto o servicio financiero es vendido en forma atada si el proveedor: a) Impone o condiciona al consumidor la contratación de otros productos o servicios adicionales, especiales o conexos, y b) No lo tiene disponible para ser

¹⁹⁸ BANCO CENTRAL DE CHILE. Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile. Capítulo II A.1. Normas sobre operaciones hipotecarias con letras de crédito.

¹⁹⁹ BANCO CENTRAL DE CHILE. Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile. Capítulo II A.2. Normas sobre mutuos hipotecarios para la vivienda otorgados con recursos provenientes de la emisión de bonos sin garantía especial.

²⁰⁰ SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS. Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Capítulo 8-4. Mutuos Hipotecarios Endosables.

contratado en forma separada cuando se puede contratar de esa manera con otros proveedores, o teniéndolos disponibles de esta forma, esto signifique adquirirlo en condiciones arbitrariamente discriminatorias.”

Es relevante la decisión de establecer dicho seguro, y en nuestra opinión necesaria para que el producto pueda ser rentable para ambas partes, pues no podemos olvidar que, a fin de cuentas, este será un producto financiero que no se sustentará por caridad sino por los distintos intereses económicos que confluyen. De tal manera, consideramos que debe establecerse su contratación al igual como se ha establecido para la hipoteca común el seguro de desgravamen y de sismo e incendio.

En ese sentido, el sistema norteamericano ha sido pionero en el establecimiento de los créditos garantizados por la FHA, sistema que ha potenciado el mercado de estos productos, siendo los únicos HECM que permanecen vigentes actualmente en ese país. Dicho seguro, como tuvimos la ocasión de revisar en el apartado de hipoteca inversa en el mundo, no sólo cubre el riesgo de patrimonio negativo, sino que también el de insolvencia de la institución acreedora, para que continúe en este caso realizando los pagos a que la institución se había obligado. No consideramos, sin embargo, necesario para ello que alguna institución estatal como la *Federal House Administration* intervenga en la administración del sistema del seguro, ya sea para prevenir el

riesgo de patrimonio negativo, ya sea el de insolvencia de la institución acreedora, pues el mercado de seguros que poseemos puede proporcionar las herramientas necesarias para cubrir dichos riesgos.

CAPÍTULO IV. UN MODELO PROPUESTO PARA CHILE

A través de la presente memoria hemos mostrado cuáles son las formas que reviste el contrato de hipoteca inversa en el derecho anglosajón, tomando en consideración los casos de el Reino Unido y Estados Unidos, así como también en la experiencia del derecho continental, siendo en este sentido nuestro principal modelo la promulgación de la Ley 41/2007 de 07 de diciembre en España. Basados en esta experiencia comparada, y habiendo analizado la posibilidad normativa para la introducción de la hipoteca inversa en Chile, es que podemos caracterizar a grandes rasgos lo que sería un modelo para su implementación.

Debe tenerse claro, en primer lugar, que la hipoteca inversa, en cuanto a su naturaleza jurídica, reviste la forma de un crédito de dinero especial que necesariamente debe contar con una garantía hipotecaria, situación que se encuentra clara en el sistema español y francés, que se han encargado de definir las expresamente como tales²⁰¹. No obstante, la variedad de productos disponibles en el mundo anglosajón, especialmente el británico, ha llevado a algunos autores a confundir el género con la especie, denominando hipoteca inversa a otros productos de *equity release*, lo cual constituye un grave error

²⁰¹ Véase más información sobre la hipoteca inversa en Francia en RÍOS, S. op. cit. pp. 111-112.

conceptual, pues ven en la hipoteca un mecanismo mediante el cual se podría transferir la propiedad de la cosa hipotecada al acreedor. Esta situación ha sido históricamente rechazada, pues la prohibición del pacto comisorio, reconocida en nuestro ordenamiento en el artículo 2397 de nuestro Código Civil, impide que por la constitución de la garantía hipotecaria el acreedor pueda llegar a ser dueño del inmueble, sin perjuicio de lo cual pueda llegar a adquirirla en pública subasta a falta de otros postores (artículo 499 del Código de Procedimiento Civil).

Desde esta perspectiva, concluimos que le sería plenamente aplicable a la hipoteca inversa la normativa que rige el mutuo crediticio en nuestro país, así como las reglas atinentes a la constitución de hipoteca, siendo en el caso dos figuras que no podrían subsistir la una sin la otra. Ahora, este mutuo crediticio es especial, pues la hipoteca inversa es una figura nueva, como dijimos más arriba innominada, que altera la estructura regular del mutuo, en el cual normalmente el acreedor entrega una cantidad que deba restituida en el plazo acordado. En cambio, cuando se pacte la entrega del monto prestado en la hipoteca inversa, ésta podrá realizarse, además de la entrega en una suma única -situación que es la habitual entre nosotros-, a través de montos periódicos o de una línea de crédito, transformando en bilateral la relación entre las partes, lo que es perfectamente posible por el principio de la libre contratación y la autonomía de la voluntad de las partes.

En cuanto a su objeto, vimos que al tener la hipoteca inversa un carácter vitalicio, aunque se hubiere alcanzado el límite del monto a entregar, se seguirán devengando intereses hasta el momento de la muerte del deudor, por lo que la determinación exacta del monto adeudado no podrá realizarse sino al momento de liquidarse la deuda, con las reglas contenidas en el contrato. De manera similar a lo que sucede en el caso de las hipotecas constituidas con cláusulas de garantía general, el monto será perfectamente determinable al momento de su exigibilidad. El monto exigible de la deuda, sin embargo, consideramos que no debería superar el valor comercial del inmueble, lo que tendría que acordarse al momento de la contratación, aunque nada obsta a que para tales efectos se pacte reajustabilidad, por ejemplo, estableciendo dicho valor en Unidades de Fomento.

A ello debemos agregar que el deudor deberá poder conocer el estado de la deuda al momento de la consulta, es decir, el monto adeudado en caso de liquidarse en ese momento; sin olvidar que deberá darse cabal cumplimiento también a lo dispuesto por la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos del consumidor, con especial atención a que se tratará de un contrato de adhesión al cual se le aplicarán, adicionalmente, las normas introducidas por la reforma del “Sernac Financiero”.

En cuanto a la cosa sobre la que recaerá el derecho de hipoteca, vemos que en principio son susceptibles de hipotecarse los bienes que se encuentran contemplados en la amplitud de posibilidades que nos entrega nuestro Código Civil. Con esta situación se toma distancia de la práctica en el derecho comprado, en el cual se ha dispuesto que debe tratarse de un inmueble de propiedad del deudor que además revista la característica de ser su vivienda principal, su lugar de habitación común, lo que pareciera responder a la necesidad de resguardar el lugar donde vive el deudor hasta el momento de su muerte. Por lo anterior, se estima que extender los beneficios establecidos en pos de ello a otros inmuebles, haría que disposiciones como el beneficio del plazo de exigibilidad carecieran de todo sentido²⁰². Dicha exclusividad, como se dijo en su momento, también se encuentra en otras disposiciones de moderna introducción en nuestra legislación, en especial en el ámbito del derecho de familia y sucesorio, mediante la protección de la residencia principal de la familia, de aquel inmueble y los bienes que lo guarnecen, como es el caso de la declaración de bien familiar y de la preferencia para su adjudicación que tiene el cónyuge sobreviviente al momento de la partición de la herencia. No obstante ello, no existen en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones que obliguen a restringir necesariamente el objeto de esta hipoteca, por lo cual primará en esta materia la libertad contractual de las partes, siendo ellas finalmente quienes decidirán si se limita a respectivos bienes y de qué forma.

²⁰² ZURITA, I. loc. cit. pp. 1281-1283. LUQUE, M. loc. cit. pp. 226-228

En ese sentido, estimamos que lo que prima en la hipoteca inversa es que las personas mayores puedan tener acceso al crédito, y con ello aumentar sus ingresos, sin ver por ello perjudicada su situación económica actual. Restringir el objeto a un cierto bien podría disminuir sus posibilidades de constitución, y por tanto de alcanzar ese objetivo. Sin perjuicio de ello, será importante, y creemos que esta tarea la tienen los agentes del mercado, tener en consideración que el desarrollo de la figura en el exterior ha estado marcada por tener el inmueble dicha característica, con las consecuencias que ello conlleva, razón por la cual aun cuando afirmamos que no es necesario que la introducción de la figura en nuestra país se realice con dicha imposición, analizamos igualmente cómo debería hacerse si ello se decidiera. Al respecto, las normas acerca de la determinación del domicilio nos serán útiles para determinar el inmueble que revista la característica de ser su vivienda principal, situación que podría ser relevante además para otras disposiciones de la hipoteca inversa si así se estableciera.

La hipoteca inversa, en relación a su público objetivo, se encontraría restringida a un sector específico de la población, el grupo que se encuentra en etapa de jubilación. Así, la determinación del límite de edad es relevante, en especial considerando los riesgos que derivan de su carácter vitalicio, por lo que proponemos como edad mínima para su otorgamiento los 65 años, pues

ésta es actualmente la edad de jubilación de los varones en nuestro país, y probablemente lo sea para las mujeres en el tiempo próximo.

Asimismo, son de suma importancia los herederos del deudor, ya que como la hipoteca inversa es una hipoteca y no implica una transferencia del dominio, éstos heredan la deuda como cualquier otra que hubiese gravado el patrimonio del deudor, y si no la pagan al momento de la exigibilidad se podrá hacer efectiva la garantía. Si bien en principio pareciera existir un conflicto entre los intereses de ambos, nuestra legislación en materia sucesoria entrega las herramientas necesarias de protección tanto a herederos como acreedores, de tal forma que no se grave más allá de lo que corresponde a los primeros, pero sin perjudicar el derecho de los segundos. De hecho, además de su preferencia en el pago con el inmueble hipotecado, si éste no alcanza a cubrir la deuda podrán concurrir como valistas en el resto de los bienes que conformen el patrimonio del causante según las reglas generales, pero, como se ha venido afirmando, con el límite de que la deuda no exceda el valor comercial del inmueble determinado al momento del otorgamiento del crédito, ni mucho menos afecte el patrimonio personal de los herederos.

Mención aparte merece la designación de beneficiarios en la hipoteca inversa, situación que ha obedecido en otras legislaciones a los mismos fines que la designación del bien objeto de la hipoteca inversa como aquel inmueble

que sea la vivienda principal del deudor, pues no sólo se buscaría proteger al deudor principal de la pérdida de dicho bien, sino que también a quienes integren su núcleo familiar y que se encuentran en la misma situación que él, a quienes sería injusto desatender. En este sentido es menester tener en consideración que dicha designación en nuestro ordenamiento no tiene en principio restricciones, por lo que serán las partes quienes decidirán si éstos deben establecerse y los requisitos que deban cumplir. Para ello pueden tenerse a modo de ejemplo otras instituciones ya existentes que se han impuesto en pos de beneficiar a terceros que puedan verse involucrados. No obstante ello, aquellas personas que se designen como beneficiarios debieran cumplir con los mismos requisitos que el deudor principal, en cuanto al límite de edad y otras condiciones que se le exijan, debiendo conservar dicha situación durante el plazo acordado para la exigibilidad de la deuda, el cual podrá exceder la fecha de muerte del deudor.. Así, estimamos también conveniente que aquel cónyuge que cumple con los requisitos anteriores, pero que no sea copropietario del inmueble -pues de lo contrario deberá concurrir con su consentimiento como deudor principal en el contrato- sea un beneficiario forzoso de la hipoteca inversa, de tal manera que si sobrevive a su cónyuge vea resguardada su habitación, situación que además será compatible con los derechos de adjudicación y usufructo vitalicio que tiene el cónyuge sobreviviente en nuestro ordenamiento. De igual forma creemos que debiera ser beneficiario forzoso el menor de edad que habite el inmueble, hasta el

cumplimiento de su mayoría de edad. La relevancia de estas recomendaciones viene dada porque de adoptarse la postura contraria se privaría probablemente de vivienda a quienes la compartieron con el deudor durante su vida, y para quienes resultaría a lo menos difícil buscar un nuevo lugar para establecerse.

Respecto a la formación del consentimiento y su protección, contamos en nuestro país con los mecanismos adecuados en cuanto a la protección de los consumidores, toda vez que este producto, el cual podrá ser ofrecido por las instituciones bancarias, cajas de compensación, y otras entidades crediticias, será un producto financiero que desde la perspectiva del derecho del consumidor revestirá la forma de un contrato de adhesión, el cual se encuentra latamente regulado por las normas de la Ley N° 19.496 y la normativa bancaria dictada al respecto por la SBIF.

El derecho de los consumidores a la información veraz y oportuna, y los variados deberes de información, cuya base es el principio de la buena fe contractual, que se consagran a través de nuestro ordenamiento y de la ley ya mencionada, garantizará que no sea necesario establecer la obligación de asesorarse por expertos financieros y legales como sucede en la legislación norteamericana. Esto en principio sólo encarecería el producto para el consumidor, ya que el peso de informar adecuadamente en el tiempo y forma recaerá sobre las instituciones financieras, quienes deberán tomar todos los

resguardos necesarios para asegurar que el cliente, persona de la tercera edad, pueda comprender a cabalidad el producto que se encuentra adquiriendo. Sin perjuicio de ello, asignamos un rol preponderante en este sentido al SERNAC, quien estimamos deberá participar activamente en la producción y entrega de información al público, estudio y actuación preventiva ante posibles prácticas abusivas de las instituciones otorgantes de estos créditos.

La exigibilidad de la deuda se produciría al fallecer el deudor o el último de sus beneficiarios, momento en el cual se liquidará la misma. Esta característica es la que otorga el carácter de vitalicio al producto. No obstante, al igual que como sucede en la mayoría de las obligaciones sujetas a plazo, el incumplimiento de las obligaciones acordadas dará lugar a la caducidad del mismo. Situación que en la hipoteca inversa se ha configurado en el derecho extranjero si el deudor deja de ocupar el inmueble como su vivienda principal o si pierde la propiedad sobre el mismo ya sea de forma voluntaria o forzosa, y también en caso de que no continúe realizando la mantención necesaria al mismo. Esto será necesario pactarlo expresamente a través de cláusulas de aceleración en los dos primeros casos, pues la inobservancia a la obligación de mantener la cosa en buen estado de tal forma que sirva a su fin de garantía, caducará el plazo por disposición de la ley. Será necesario, además, que tratándose de la hipoteca inversa que revista la característica de contrato bilateral, dicha cláusula de aceleración faculte a la institución financiera a no

continuar realizando las entregas a que se había obligado, para que no tenga que recurrir a la resolución del contrato para poner término a sus obligaciones.

Finalmente, la necesidad de establecer como límite del crédito el valor comercial del inmueble para evitar el riesgo de patrimonio negativo, es imperante. Lo contrario llevó a que existieran muchos problemas en el pasado, tanto para las instituciones financieras, que no veían satisfechos sus créditos por el exceso, como a los herederos, quienes se veían completamente sobrepasados por la deuda. Esta cantidad sólo podrá ser exigible en el patrimonio del causante, y si es que no alcanzare a cubrirse con lo obtenido del remate del inmueble, el acreedor concurrirá como valista en los demás bienes, pero nunca en el patrimonio personal de los herederos, resguardando el derecho de prenda general del acreedor y el de la posteridad del deudor. Hacemos presente además que resultará conveniente establecer un seguro en beneficio de la institución otorgante del crédito, para cubrir los intereses que se devenguen por sobre el límite del valor comercial del inmueble, dada la dificultad de calcular con anticipación el monto final del crédito por su carácter vitalicio, en atención a los riesgos derivados de que los créditos no puedan ser satisfechos de forma generalizada.

En cuanto al marco normativo de la hipoteca inversa, al tratarse de un producto financiero cuya base jurídica será la de un crédito hipotecario, no

creemos necesario que se realice una reforma a nivel de una disposición de rango legal como se hizo en España. Esta figura no requiere para su introducción que se realicen reformas legislativas a las normas que rigen los créditos ni a las de la hipoteca, pues como ha afirmado el profesor RÍOS, no se trata de una nueva hipoteca sino que de un nuevo producto bancario.²⁰³ Es por ello que en materias que no son de la esencia del producto, como qué tipo de bienes pueden ser objeto de la hipoteca inversa, o la imposición de beneficiarios -temas que la práctica comercial ha ido delimitando en el derecho anglosajón, o que se han impuesto mediante reformas legales, como el caso de España y Francia- estimamos que debe primar la libertad contractual. Serán las normas generales actualmente vigentes, las del mutuo crediticio y la hipoteca, quienes entregarán el marco regulatorio sin necesidad de modificaciones. Por lo mismo, no debe descartarse actualmente que también sea posible que dichas restricciones se impongan contractualmente, por decisión de las partes involucradas. No obstante lo anterior, como se trata de un contrato innominado nuevo en nuestro país, es conveniente regular sus condiciones a través de disposiciones que uniformen el tratamiento de la misma, a nivel de las instituciones que otorguen estos créditos, como los bancos, cooperativas de ahorro y crédito, y cajas de compensación, en lo relativo a: montos mínimos y máximos del crédito, el cual no debería exceder del valor comercial del inmueble; rango de edad de los solicitantes y beneficiarios; modalidades de

²⁰³ RÍOS, S. op. cit. p. 111.

entrega de lo solicitado; plazo de exigibilidad con sus condiciones de caducidad anticipada (lo que es muy relevante como ya se explicó en su momento); contratación del seguro y otras materias que resulten esenciales en pos de los objetivos del producto.

Lo anterior se puede lograr mediante la dictación de normas administrativas de carácter general y circulares, impartidas por las Superintendencias a cargo de dichas instituciones, las que deberán ser transversales a todas las entidades que otorgarán estos créditos, de tal manera que se garantice uniformidad en los productos entregados, creando un mercado sólido que permita a ambas partes tener la confianza suficiente de que se cumplirán las condiciones.

CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha pretendido trazar los lineamientos básicos para la implementación de la hipoteca inversa en Chile, estudiando la legalidad de su introducción y algunos eventuales problemas que podrían suscitarse. Al respecto podemos afirmar que como resultado de la investigación no se vislumbran objeciones de legalidad, y que nuestro ordenamiento, construido en lo concerniente al derecho privado sobre la base de la autonomía de la voluntad, se encuentra preparado para la recepción de esta figura.

Se han descartado posibles conflictos con otras instituciones que buscan resguardar los intereses del cónyuge sobreviviente y los demás herederos, siendo el mayor obstáculo que identificamos el aspecto sociológico que implica una tradición cultural de no aprovechar lo adquirido a lo largo de la vida para dejarlo como herencia a la descendencia, tendencia que no obstante va en retroceso en naciones como el Reino Unido²⁰⁴. La hipoteca inversa, con todo, al ser un tipo de hipoteca, les brinda a los herederos la posibilidad de mantener el inmueble en su patrimonio si pagan la deuda con anterioridad a la ejecución de la garantía, situación que no sería posible mediante otros mecanismos de

²⁰⁴ ROWLINGSON, K. 2005. Attitudes to housing assets and inheritance. [en línea] <http://www.cml.org.uk/cml/filegrab/pdf_pub_hf_10-2005.pdf.pdf?ref=3270> [consulta: 17 de abril de 2014]

“*equity release*”, que no llevan asociadas la constitución de una hipoteca, sino que implican directamente una transferencia parcial o total de la propiedad del inmueble en la actualidad o al momento de fallecer el solicitante, lo que podría facilitar su recepción pese a las consideraciones culturales expresadas.

Avizoramos, entonces, un panorama positivo desde una perspectiva jurídica para la introducción de la hipoteca inversa en nuestro país, pues como pudimos revisar a través de este trabajo contamos con los mecanismos legales necesarios para su configuración como contrato innominado compuesto de un crédito de dinero especial garantizado por una hipoteca. Así también disponemos de principios adecuados y un contexto legislativo idóneo para dar protección a los intereses del consumidor, que al tratarse de una persona en edad de jubilación requerirá probablemente de un mayor resguardo.

Estimamos que la hipoteca inversa es un instrumento financiero que permitirá abrir las puertas en nuestro país a aquellos productos dirigidos a las personas de la tercera edad, quienes tienen un restringido acceso al crédito, y que les permitan obtener ingresos líquidos del valor de su inmueble sin el riesgo de perderlo durante el resto de su vida, mejorando de esta forma su nivel y calidad de vida. No obstante ello, se deben tener en consideración los resguardos necesarios, como la debida protección del consentimiento, una supervigilancia y fiscalización de las condiciones de otorgamiento y ejecución

del contrato, además de un correcto sistema de seguros para prevenir los riesgos asociados, todo aquello que hemos estimado necesario para que estas instituciones funcionen correctamente en pos de los objetivos que se han planteado.

Ahora es el tiempo de los estudios sociológicos y económicos, que ya han comenzado, y que tendrán el rol de determinar la efectiva conveniencia de la hipoteca y su proyección en el mercado nacional. Aún queda trecho por recorrer, y para ello se requerirá de un esfuerzo conjunto tanto de las instituciones financieras que ofrezcan el producto como del sector público, encargado de darle uniformidad y del eventual establecimiento de normas que den seguridad a ambas partes involucradas. Sin embargo, creemos que no pasará mucho tiempo hasta que veamos la aparición de la hipoteca inversa en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK, R. 2008. Las Obligaciones. Tomo I. 5ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 378.
2. ALESSANDRI R., A. 1918. De la compra-venta i de la promesa de venta. Santiago. Imprenta Litografía Barcelona.
3. ALESSANDRI R., A. 2004. De los Contratos. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
4. ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A. 2009a. Tratado de Derecho Civil. Tomo I. 7ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
5. ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A. 2009b. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. 7ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
6. ALMARZA, K. y JIMÉNEZ, M. 2006. La Hipoteca Revertida: Un mecanismo para aumentar los ingresos de los adultos mayores. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
7. ÁLVAREZ, H. 2009. Hipoteca Inversa. Una alternativa en tiempos de crisis. España. Editorial Lex Nova.
8. BANCO CENTRAL DE CHILE. Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile. Capítulo II A.1. Normas sobre operaciones hipotecarias con letras de crédito.
9. BANCO CENTRAL DE CHILE. Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile. Capítulo II A.2. Normas sobre mutuos hipotecarios para la vivienda otorgados con recursos provenientes de la emisión de bonos sin garantía especial.
10. BARCIA, R. 2010. Las Cauciones Reales. En: Lecciones de Derecho Civil Chileno, Tomo Segundo, De las Fuentes de las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 191-222.
11. BARROS, E. 2009. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
12. BOVET, C. 2008. El sistema de Hipoteca Revertida. Generalidades y experiencias en el mundo. En: SEMINARIO “LA Hipoteca Revertida:

Experiencia Internacional y sus Posibilidades de Aplicación en Chile”. Santiago de Chile, CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. pp. 17-34. [en línea] <<http://www.ciedessweb.cl/ciedess/component/content/article/34-destacados-ciedess-home/204-seminario-la-hipoteca-revertida-experiencia-internacional-y-sus-posibilidades-de-aplicacion-en-chi>> [consulta: 15 de abril de 2014]

13. BRAVO, C. 2005. “El crédito bancario para el acceso a la vivienda”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. [en línea] <http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/bravo_c2/html/index-frames.html> [consulta: 13 de abril de 2014]
14. CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 2008. Hipoteca revertida. Un modelo propuesto para Chile”. En: SEMINARIO “LA Hipoteca Revertida: Experiencia Internacional y sus Posibilidades de Aplicación en Chile”. Santiago de Chile, CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. pp. 89-138. [en línea] <<http://www.ciedessweb.cl/ciedess/component/content/article/34-destacados-ciedess-home/204-seminario-la-hipoteca-revertida-experiencia-internacional-y-sus-posibilidades-de-aplicacion-en-chi>> [consulta: 15 de abril de 2014]
15. COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS. 2012. Yearbook. [en línea] <<http://viewer.zmags.com/publication/d522cdea#/d522cdea/74>> [consulta: 13 de abril de 2014]
16. COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS. 2014a. Taking out a mortgage. [en línea] <<http://www.cml.org.uk/cml/consumers/equityrelease/taking>> [consulta: 15 de abril de 2014]
17. COUNCIL OF MORTGAGE LENDERS. 2014b. What is equity release? [en línea] <<http://www.cml.org.uk/cml/consumers/equityrelease/What>> [consulta: 09 de abril de 2014]
18. CRUZ, C. 2008. Institucionalidad financiera para aplicar la hipoteca revertida en Chile. En: SEMINARIO “LA Hipoteca Revertida: Experiencia Internacional y sus Posibilidades de Aplicación en Chile”. Santiago de Chile, CORPORACIÓN DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. pp. 69-83. [en línea] <<http://www.ciedessweb.cl/ciedess/component/content/article/34-destacados-ciedess-home/204-seminario-la-hipoteca-revertida>>

[experiencia-internacional-y-sus-posibilidades-de-aplicacion-en-chi](#)>

[consulta: 15 de abril de 2014]

19. DE LA MAZA, I. 2003. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri (1):109-147.
20. DE LA MAZA, I. 2010. El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (2):21-52.
21. DIEZ, R. 1991. La Hipoteca en el Código Civil Chileno. Santiago. Paced Editores.
22. EQUITY RELEASE COUNCIL. 2013a. Customer Information Brochure. p. 2. [en línea] <<http://www.equityreleasecouncil.com/document-library/customer-information-brochure/>> [consulta: 17 de septiembre de 2013]
23. EQUITY RELEASE COUNCIL. 2013b. Equity release council rules and guidance. [en línea] <<http://www.equityreleasecouncil.com/ship-standards/rules-and-guidance/>> [consulta: 13 de abril de 2014]
24. EQUITY RELEASE COUNCIL. 2014. What is Equity Release. [en línea] <<http://www.equityreleasecouncil.com/what-is-equity-release/>> [consulta: 15 de abril de 2014]
25. ESPAÑA. 2007. Ley 41/2007 de 7 de diciembre. Boletín Oficial del Estado. 8 de diciembre de 2007. [en línea] <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-21086> [consulta: 13 de abril de 2014]
26. FAUS, M. 2008. Hipoteca inversa. En: Breviario Civil. 2: Derechos Reales Especiales. [en línea] <<http://vlex.com/vid/455104>> [consulta: 15 de abril de 2014]
27. HAMMOND, C. 1993. Reverse Mortgages. A financial planning device for the elders. 1 Elder L.J.74. The John Marshall Law School.
28. HERRANZ G., R. 2006. Hipoteca Inversa y figuras afines. Madrid. Portal Mayores, Informes Portal Mayores, N° 49.

29. HÜBNER, A. 1998. Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de soluciones. Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes, Facultad de Derecho (2).
30. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. 2004. CHILE: Estimaciones y Proyecciones de Población por Sexo y Edad. País Urbano-Rural 1990-2020. p. 24. [en línea] <http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/proyecciones/proyecciones_poblacion.zip> [consulta: 15 de abril de 2014]
31. LÓPEZ S., J. 2005. Los contratos. Parte General. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
32. LUQUE, M. 2009. Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (711):215-260.
33. MERY B., R. 1958. Derecho hipotecario. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
34. MEZA B., R. 1992. Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos. 6ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
35. MEZA B., R. 2011a. Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones. Tomo I. 9ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
36. MEZA B., R. 2011b. Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones. Tomo II. 10ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
37. MILES, S. 2010. La cláusula de garantía general hipotecaria. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
38. MORAND, L. 2002. Legislación Bancaria. 4ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
39. NATIONAL REVERSE MORTGAGE LENDERS ASSOCIATION. 2014a. Features of Reverse Mortgages. [en línea] <<http://www.reversemortgage.org/About/FeaturesofReverseMortgages.aspx>> [consulta: 15 de abril de 2014]
40. NATIONAL REVERSE MORTGAGE LENDERS ASSOCIATION. 2014b. Types of Reverse Mortgages. [en línea] <<http://www.reversemortgage.org/About/TypesofReverseMortgages.aspx>> [consulta: 15 de abril de 2014]

41. NATIONAL REVERSE MORTGAGE LENDERS ASSOCIATION. 2014c. What is a Reverse Mortgage. [en línea] <<http://www.reversemortgage.org/About.aspx>> [consulta: 15 de abril de 2014]
42. NEW RETIREMEN. 2014. Jumbo Reverse Mortgage and Proprietary Reverse Mortgage Loans. [en línea] <<http://www.newretirement.com/Services/Jumbo-Reverse-Mortgage.aspx>> [consulta: 15 de abril de 2014]
43. OSSANDON, J. 2012. Destapando la Caja Negra. Sociologías de los Créditos de Consumo en Chile. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales, ICSO. Universidad Diego Portales. [en línea] <<http://www.icso.cl/noticias/destapando-la-caja-negra-sociologia-de-los-creditos-de-consumo-en-chile/>> [consulta: 15 de abril de 2014]
44. PACHECO, M. 2009 La Hipoteca Inversa: Ventajas e Inconvenientes para los Consumidores. Centro de Estudios de Consumo. [en línea] <<https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2009/6-2009-3.pdf>> [consulta: 15 de abril de 2014]
45. PAÑELLA, R. 2012. Análisis del contrato de mutuo hipotecario a la luz de la ley N° 19.496, sobre la protección de los derechos de los consumidores. [en línea] <<http://www.derechoyconsumo.udp.cl/archivos/Analisis%20del%20contra to%20de%20mutuo%20hipotecario.pdf>> [consulta: 13 de abril de 2014]
46. PEÑAILILLO, D. 2010. Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales. 4ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
47. POTENCIALIDAD DEL desarrollo de hipotecas inversas como complemento pensionario: el caso de Chile. 2013. Por Javier Alonso "et al". Madrid. [en línea] <http://www.bbvaresearch.com/KETD/fbin/mult/WP_1309_tcm346-372400.pdf?ts=1072013> [consulta: 27 de noviembre de 2013]
48. QUESADA, A. 2009. Hipotecas Especiales. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (711):353-368.
49. RAMOS P., R. 2008. De las Obligaciones. 3ª ed. Santiago. LegalPublishing.

50. REYES, B. 2010. Propuesta de un Modelo de Hipoteca Inversa sobre el valor del terreno de la Ciudad de México. [en línea] <<http://www.cnsf.gob.mx/Eventos/Premios/2010%20Seguros/3er.%20Lugar%20Seguros%202010.pdf>> [consulta: 17 de abril de 2014]
51. RANDOM HOUSE WEBSTER'S COLLEGE DICTIONARY. 1991.
52. RIOS, S. 2006. La Reforma del Derecho de Garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto. *Revista Chilena de Derecho Privado* (7):89-116.
53. RIQUELME, P. y VENEGAS, P. 2011. El Estatuto de los Bienes Familiares. Análisis Crítico y Derecho Proyectoado. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
54. ROSSO, G. 1998. Régimen Jurídico de los Bienes Familiares. Santiago. Metropolitana Ediciones.
55. ROWLINGSON, K. 2005. Attitudes to housing assets and inheritance. [en línea] <http://www.cml.org.uk/cml/filegrab/pdf/pub_hf_10-2005.pdf.pdf?ref=3270> [consulta: 17 de abril de 2014]
56. ROZARIO, A. 2012. The state of the equity release market. En: GERMAN, L. (Ed.) Making the most of equity release: perspectives from key players. Londres. The Smith Institute. pp. 11-16.
57. SAAVEDRA, R. 2011. Autonomía de la Voluntad y Protección de la Familia frente a la actual realidad Sucesoria: La búsqueda de nuevos equilibrios entre dos principios fundamentales. En: CORRAL, T. H. "et al". Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2005-2009). Tomo V. Santiago. AbeledoPerrot. p. 629-642.
58. SAFE HOME INCOME PLANS. 2009. Facing the future. Redefining equity release to meet today's social and economic challenges. [en línea] <<http://www.equityreleasecouncil.com/document-library/ship-facing-the-future-discussion-paper/>> [consulta: 17 de abril de 2014]
59. SASKATCHEWAN LAW REFORM COMMISSION. 2006. Report on reverse mortgages. [en línea] <<http://lawreformcommission.sk.ca/reverse-mortgage.pdf>> [consulta: 17 de abril de 2014]

60. SHAN, H. 2009. Reversing the Trend: The Recent Expansion of the Reverse Mortgage Market. En: Finance and Economics Discussion Series. Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs Federal Reserve. Washington D.C.
61. SOMARRIVA, M. 1943. Tratado de las Cauciones. Santiago. Editorial Nascimento.
62. SOMARRIVA, M. 2005. Derecho Sucesorio. Versión de René Abeliuk M. 7ª ed. Tomo I.
63. SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS. Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Capítulo 8-4. Mutuos Hipotecarios Endosables.
64. TAFFIN, C. 2004. Hipoteca Inversa o Vitalicia. Asociación Hipotecaria Española. [en línea] <http://www.unizar.es/eueez/mercadoinmobiliario/files/hipoteca_vitalicia.pdf> [consulta: 17 de abril de 2014]
65. TAVOLARI, R. 2010. Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil. Tomo I. pp. 460-463.
66. TERRY, R. y LEATHER, Ph. 2001. The market for equity release schemes. [en línea] <https://www.cml.org.uk/cml/filegrab/pdf_pub_hf_51-6.pdf.pdf?ref=3317> [consulta: 17 de abril de 2014].
67. THE MONEY ADVICE SERVICE. 2011. Equity release schemes. Raising money from your home. [en línea] <moneyadvice.service.org.uk> [consulta: 17 de septiembre de 2013]
68. UGARTE, J. J. 2010. La nulidad de la cláusula de garantía general hipotecaria. En: TAVOLARI, R. (Director) Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Contratos. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 481-527.
69. USA GOVERNMENT. 2014. Understanding Trusts. [en línea] <<http://www.usa.gov/topics/money/personal-finance/trusts.shtml>> [consulta: 15 de abril de 2014]
70. VIAL, V. 2003. Teoría General del Acto Jurídico. 5ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

71. WILLIAMS, P. 2008. Please release me! A review of the equity release market in the UK, its potential and consumer expectations. [en línea] <<https://www.cml.org.uk/cml/filegrab/Pleasereleaseme.pdf?ref=5799>> [consulta: 15 de abril de 2014]
72. WILLIAMS, P. 2012. Equity release - attitudes and perceptions. En: GERMAN, L. (Ed.) Making the most of equity release: perspectives from key players. Londres. The Smith Institute. pp. 81-88.
73. ZURITA, I. 2008. La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (707):1276-1316.
74. ZURITA, J. y RODRÍGUEZ, J. 2008. La crisis de los créditos hipotecarios en Estados Unidos: algunas consideraciones. Revista Análisis Económico vol. XXIII (54):331-348. [en línea] <www.redalyc.org> [consulta: 28 de noviembre de 2013]