

LA HIPOTECA INVERSA VINCULADA A SEGUROS

REVERSE MORTGAGE LINKED TO INSURANCE

*FÉLIX BENITO OSMA**

Fecha de recepción: 1 de octubre de 2024
Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2024
Disponible en línea: 30 de diciembre de 2024

Para citar este artículo/To cite this article

BENITO OSMA, Félix. *La Hipoteca Inversa vinculada a Seguros 61* Rev.Ibero-Latinoam. Seguros, 99-118 (2024). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris61.hivs>

doi:10.11144/Javeriana.ris61.hivs

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Mercantil y Derecho de Seguros en la Facultad de Ciencias Jurídicas y en la Escuela de Postgrado de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Secretario General de SEAIDA (Sección Española de AIDA-Asociación Internacional de Derecho de Seguros-). Miembro del Consejo de Presidencia de AIDA Mundial. Contacto: felix.benito.osma@uc3m.es; <https://fbenitosma.blogspot.com/> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4660-2969>



RESUMEN

El presente trabajo trata de poner de relieve la transparencia como principio general del derecho y del mercado de aplicación directa a las relaciones con o sin consumidores, especialmente en el caso de consumidores vulnerables tras la covid 19, así como su impacto en las hipotecas inversas vinculadas a seguros de previsión, junto con la incidencia de la Ley 8/2021, sobre discapacidad.

Palabras Clave: transparencia, hipoteca inversa, consumidor vulnerable, covid 19, pensiones, seguros, discapacidad.

ABSTRACT

This paper tries to highlight transparency as a general principle of law and of the market that is directly applicable to relationships with or without consumers, especially in the case of vulnerable consumers after covid 19, as well as its impact on linked reverse mortgages to pension insurance, along with the impact of Law 8/2021, on disability.

Keywords: transparency, reverse mortgage, vulnerable consumer, covid 19, pensions, disability, insurance.

SUMARIO:

I. LA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE BIENES Y SERVICIOS. 1. La Transparencia como principio general en el Mercado. II. LOS CONSUMIDORES TRAS LA COVID 19. 1. La vulnerabilidad con la COVID 19. 2. El consumidor vulnerable. 3. La igualdad y no discriminación del consumidor vulnerable III. LA HIPOTECA INVERSA. 1. La hipoteca inversa típica. 2. La hipoteca inversa atípica. 3. La hipoteca inversa con la Ley 8/2021.

I. LA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE BIENES Y SERVICIOS

1. La Transparencia como principio general en el Mercado

El principio de unidad de mercado debe garantizar el denominado “*Derecho del mercado*”¹. *Ese mercado se inspira en principios fundamentales: <<libertad de empresa, libre competencia, protección de los consumidores y transparencia>>*². Precisamente, la tendencia y la estrategia europea consiste en que la protección de los intereses generales³ y la de los consumidores adquiera un mayor protagonismo político legislativo en cualquier actividad dentro del mercado único interior.

Desde esta perspectiva, la transparencia constituye un principio general, social, económico, jurídico y de orden público⁴.

La transparencia responde a un valor o principio informador del Derecho y de respuesta al constitucionalismo económico y social dentro de un nuevo paradigma del mercado⁵. En particular, este principio queda representado principalmente con

¹ OLIVENCIA, M., “Un Código Mercantil en el siglo XXI”, *El Derecho Mercantil en el umbral del Siglo XXI. Libro Homenaje al prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, 2010, p. 59: <<El mercado se concibe como un ámbito en el que concurren ofertas y demandas de bienes y de servicios, a través del cual se canaliza el tráfico de éstos, desde el productor inicial al consumidor final, incluyendo las operaciones económicas de producción, transformación (fabricación), intermediación (comercialización) y circulación (transporte). Un concepto económico descriptivo, susceptible de reconducir a unidad el sector de la realidad social regulado por el Derecho Mercantil>>. Sobre la necesidad de configuración del mercado Derecho del Mercado –general y especial–, vid. EMBID IRUJO, J.M., “Mercado y empresa ante el Derecho Mercantil”, *Liber amicorum prof. José María Gondra Romero*, Marcial Pons, 2012, p. 146.

² Así lo ha considerado BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 15ª ed., Aranzadi, 2014, p. 616.

³ Como decía CHULIÁ, V., “Las misiones del Derecho Mercantil en el Siglo XXI”, *Un Código Mercantil en el siglo XXI*, *El Derecho Mercantil en el umbral del Siglo XXI. Libro Homenaje al prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, 2010, p.92, en el Derecho Mercantil del SXII existen más intereses que proteger que hasta ahora, que quedaban ajenos a las instituciones mercantiles dentro de esas dos acepciones de este Derecho.

⁴ BENITO OSMÁ, F., *La Transparencia en el Mercado de Seguros*, Comares, 2020.

⁵ FONT GALÁN, J. I., “Proyecto de Código Mercantil y paradigma constitucional”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p.84.<< El mercado es, cualquiera que sea el sector del ordenamiento jurídico, un lugar económico y social –institucional, por demás–, un espacio abierto de confluencia y combinación de intereses privados y sociales, sin descartar el interés público; es, sobre todo, el lugar institucional destinado a realizar (o no) el interés general y comunitario, el cual ha de ser interpretado por el Estado y por la sociedad conforme a la Constitución. ¿Cabe dudar que el mercado es y debe ser también uno de los espacios para la Política y no solo para la Economía? Quizás por eso la regla general de dispositividad normativa en materia contractual de la que hace gala el Proyecto (vid. Exposición de Motivos, I-37) merecería alguna matización interpretativa conforme a la Constitución. ¿Es exagerado pensar que las libertades económicas y negociales se identifican y ejercitan en el mercado como poderes económicos privados no pocas veces ejercitados de forma ilícita, por abusiva o antisocial? ¿No sería oportuno embridar la regulación jurídica de las libertades económicas con una más estricta interpretación de la eficacia dispositiva de las normas contractuales que, enlazando con el art. 7.2 CC, garantizara más ajustadamente la sujeción de las relaciones jurídicas en el mercado al paradigma normativo constitucional?>>.

la contratación predispuesta dentro del concepto y del alcance del llamado control de transparencia en el orden público comunitario⁶. Ese concepto de orden público comunitario en el que se integra la protección de los consumidores ha sido declarado reiteradamente por el TJUE⁷.

Este principio de transparencia inspira la contratación predispuesta no negociada entre empresarios y consumidores como entre empresarios, que se inserta en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación⁸ (LCGC). Tanto esta Ley como la jurisprudencia que la interpreta marcan una diferenciación separada relativa a los controles de transparencia, en formal y material; también denominados controles de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) y controles de transparencia y de abusividad (art. 8 LCGC).

El primero de ellos va referido a la forma de la redacción como del tipo lenguaje a emplear- clara, sencilla y comprensible-. También con respecto al modo y medio de presentarse la información⁹ –accesible en cualquier formato legible– como del conjunto de circunstancias en torno al propio contrato a fin de que el adherente medio –consumidor¹⁰ o no consumidor¹¹– pueda tomar una decisión libre, informada,

⁶ Véase, ORDUÑA, F., "Comentario a la STJUE de 3 de marzo de 2020 IRPH: un paso más hacia la consolidación de la transparencia, *Aranzadi digital*, 1/2020, BIB 2020/9508.

⁷ Sobre el concepto de orden público comunitario y su integración de la protección de los consumidores, vid. PÉREZ DAUDÍ, V., "La prueba en el proceso de consumo. Las facultades del juez y las normas de prueba como mecanismo de igualdad de las partes, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2, 2020, p. 298.

⁸ Predisponente profesional (persona física o jurídica que actúe dentro del marco de la actividad profesional o empresarial, pública y privada; y adherente cualquier persona incluido el profesional, actúe o no dentro del marco de su actividad (art. 2)

⁹ Como señala la sentencia 346/2020, de 23 de junio: "La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas, o alternativas de financiación, y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas o alternativas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato".

¹⁰ La noción de consumidor medio se concibe desde la jurisprudencia europea como el consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Dáslerné Rábai, C-26/13, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, apartado 75; de 20 de septiembre de 2017, Adriciu y otros, C-186/16, apartados 46 y 47, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Gusch, C-125/18, apartado 46). Ahora tenemos legalmente otra categoría, persona consumidora vulnerable (art. 3.2 TRLGDCU, de nueva redacción por el art. 1 del Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero). Esa nueva noción surge en la Directiva 2005/29, de 11 de mayo, de prácticas comerciales desleales y en las Directivas 2009/72 y 73, sobre normas comunes en el mercado de interior de electricidad y de gas natural.

¹¹ STS, sala 1ª, núm. 57/2017, de 30 de enero. Ponente: Pedro Vela: «< Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un "tertium genus" que no ha sido establecido legislativamente, pues no se trata de una laguna legal que haya de suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores. (...) Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en

formada y adecuada a sus necesidades e intereses. Este primer control de inclusión o de incorporación ha sido reconducido a un control de conocimiento de la información “cognoscibilidad”¹² que resultará de aplicación en los contratos predispuestos con condiciones generales de contratación incluso entre empresarios¹³. Mientras que el segundo concentrado más en el contenido de las cláusulas desde su objeto incluso desde la causa del contrato tiene una aplicación restringida y limitada únicamente entre empresarios predisponentes y consumidores adherentes¹⁴. Se ha asimilado la falta de transparencia a la abusividad en determinadas cláusulas (cláusula suelo y multidivisa o multimonedas) por entrañar un elemento engañoso o de ocultación de los riesgos para el consumidor¹⁵.

Frente a este doble control legal ha llegado otra categoría de control en el ámbito jurisprudencial que se vincula a la teoría de la sorpresa, de la frustración de expectativas o de la insatisfacción de los legítimos intereses esperados económica y jurídicamente en el contrato predispuesto.

Desde esta nueva perspectiva, no podemos desdoblar la transparencia ni en dos ni en tres subcategorías centrada esta última ahora en cláusulas sorprendentes de condiciones generales y particulares, propiciadas principalmente en los contratos de seguro¹⁶. Quizás la transparencia también quede vinculada con la sorpresa o como ha sido referida con el dolo incidental¹⁷-, como también respecto a la condición de consumidor y de empresario adherente¹⁸.

consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc. Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente>>.

¹² SSTS, sala 1ª 241/2013, de 9 de mayo, 314/2018, de 28 de mayo y 391/2020, de 1 de julio.

¹³ Exposición de motivos de la LCGC: <<Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o –en ciertos casos de contratación no escrita– exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas>>.

¹⁴ Véase sobre este aspecto la jurisprudencia que así lo reitera en BENITO OSMA, F., *La Transparencia en el Mercado de Seguros*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁵ SSTS, sala 1ª, 585/2020, de 6 de noviembre, y 188/2021, de 31 de marzo.

¹⁶ Sobre los controles de transparencia en la LCS y en la LCGC, véase BENITO OSMA, F., “La Transparencia en el Mercado de Seguros”, *op. cit.*, pp. 119-130 y 251-273.

¹⁷ MIRANDA SERRANO, L., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *InDret*, 2/2018, pp. 37-40.

¹⁸ Véase VALPUESTA, GASTAMINZA, E. “La regulación de los Unfair terms/cláusulas abusivas en el Derecho privado comunitario proyectado”, TOBÍO, A, FERNÁNDEZ-ALBOR, A, TATO PLAZA (Ed.). *Estudios de*

Un contrato será no transparente cuando el predisponente configura un arquetipo contractual capaz de disuadir a los adherentes formal y materialmente tanto de la decisión formada e informada en su incorporación en el contrato como del sustrato o contenido material del mismo, especialmente, de las obligaciones en cuanto al objeto del contrato –la cosa o el servicio debido– como del precio o la causa del contrato para la parte contractual adherida.

La conducta del predisponente puede ir más allá de la prevalencia del mero contenido de las cláusulas contractuales predispuestas. El predisponente-empresario podrá ejercer una posición dominante¹⁹ en el mercado prevaleciendo de ese arquetipo de condiciones contractuales no negociadas contrarias a las exigencias de la buena fe²⁰ (arts. 7 y 1258 CC y 57 CdC) que predisponen algo más que unas simples cláusulas contractuales no negociadas a los adherentes.

De este modo, los empresarios predisponentes podrán formular reglas de conducta empresariales en el mercado aceptadas comúnmente tanto por los consumidores como por otros empresarios y profesionales. Estas reglas comerciales lineales arbitrarias²¹ de los empresarios predisponentes contravendrían la libre competencia en tanto que constituirían actos desleales²² provocando serios desajustes o desequilibrios abusivos en el mercado en general o en uno en particular. Mientras que las obligaciones o prestaciones principales de los adherentes son destacadas y conclusas las de los predisponentes resultarían en la mayoría de las ocasiones contradictorias, oscuras e inconclusas en claro y continuado perjuicio de sus adherentes²³.

Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. José Antonio Gómez Segade, Marcial Pons, 2013, pp. 105-109; MARTÍN FERNÁNDEZ, C. y GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. “El inmovilismo caprichoso del legislador”, MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J (Dir.). *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, 2017, pp. 193-205.

¹⁹ A esa posición dominante se refiere la exposición de motivos de la LCGC: <<El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas>>.

²⁰ Véase MATO PACÍN, N. *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, BOE, Colección de Derecho Privado, 2017, pp. 389-443.

²¹ Véanse los límites de arbitrariedad y abusividad –cláusula abusiva y arbitraria– en LLEBARÍA SAMPER, S., “Límites a la arbitrariedad contractual en el Derecho Español”, AÑOVEROS, TERRADAS, B, y LLEBARÍA SAMPER, S. *El contrato: apuntes para una revisión*, Aranzadi, 2016, pp. 242-253.

²² Véase la cláusula general de deslealtad común y la específica cláusula general de deslealtad de los consumidores en EMPARANZA SORREJANO, A., “Competencia desleal y protección de los consumidores”, MIRANDA SERRANO, L. y COSTAS COMESAÑA, J (Dir.), *Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*. Marcial Pons, 2018, pp. 95-106.

²³ Véanse, las prácticas de confusión, engaño y agresivas que disponen los artículos 4 y siguientes de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Estas imprecisiones técnicas predisuestas contravendrían el principio de la buena fe y de la justicia contractual –justo equilibrio de las prestaciones–, con un claro objetivo de fragmentación del mercado y de enriquecimiento injusto mediante una alteración o vulneración de las normas generales de protección del supuestamente débil frente a la contratación predispuesta como de aquellas otras normas generales y especiales garantes en preservar un mercado libre, competitivo y leal.

El efecto inmediato de la tecnología ha sido la rapidez e inmediatez de las transacciones comerciales. Pero también el uso de la tecnología supondrá al mismo tiempo que el Mundo, la Sociedad y el Derecho se estrechen o se simplifiquen aún más como el propio Mercado. La aceptación expresa de cláusulas incomprensibles y abusivas predisuestas por los operadores con la intermediación de profesionales y de plataformas digitales²⁴ pueden restringir o limitar los derechos y las legítimas expectativas, sean consumidores o empresarios. Las relaciones heterogéneas entre el operador, el intermediario profesional o digital no han de perturbar un sistema general normativo único de transparencia y de obligaciones y contratos en las relaciones contractuales en línea o no, sean sus destinatarios empresarios o consumidores.

Ese requisito formal no puede ser amparado ni promovido por la Ley ni para unos ni para otros. Deben prevalecer las exigencias de la transparencia frente al abuso del Derecho, de la posición dominante y del fraude de Ley²⁵.

El Derecho no puede llevarnos a situaciones límite como al propio absurdo sino a la solución normativa y jurídica más racional, lógica y transparente según la realidad social del tiempo de su aplicación. El Mercado ha de ofrecer libremente bienes y servicios de manera, clara, oportuna, suficiente, objetiva y no engañosa con mecanismos y fuentes de transmisión y de comunicación de acceso fáciles, comprensibles y transparentes.

Constituye el momento oportuno para que reflexionemos acerca del Derecho, de la Ley y de la Justicia²⁶ en tiempos de verdaderos desafíos económicos, legislativos y sociales internacionales a los que la Tecnología y la Transparencia podrán iniciar un proceso de racional unificación, simplificación y de modernización en el ámbito privado del Mercado que de ruptura y de fragmentación normativa y doctrina jurisprudencial.

Es más, en este epicentro coyuntural nacional e internacional han de aflorar como remedios coadyuvantes informadores los principios generales del Derecho y otros desarrollados con las tecnologías (prevención, precaución, neutralidad, equivalencia

²⁴ Estas plataformas pueden ser intermediarias o proveedores directos, véase, QUIJANO, J. “Economía colaborativa: aspectos contractuales”, PEINADO, J.I. (Coord.). *Economía colaborativa. Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 19-20; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, T., “La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un mercado único digital de la Unión Europea”, CASTAÑOS CASTRO, P. y CASTILLO PARRILLA, J. A. *Mercado Único Digital*, Reus, 2019, pp. 93-127; CUENA CASAS, M., “La contratación de a través de plataformas intermediarias en línea” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n° 2, 2020, pp. 283-348.

²⁵ Véase, CARRASCO PERERA, A. *Tratado del abuso de Derecho y del fraude de Ley*, Civitas, 2016.

²⁶ Esa necesidad pudo observarla como gran estudioso del Derecho y de su Ciencia, desde sus variadas inquietudes y actividades MENÉNDEZ. A., “Sobre el Derecho, los Jueces y las Leyes”, TOBÍO, A, FERNÁNDEZ-ALBOR, A, TATO PLAZA (Ed.), *Estudios de Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, 2013, pp. 105-109.

funcional), como aquellos otros especiales acuñados en la práctica de las relaciones comerciales y societarias. Concretamente, los principios de confianza, lealtad, confidencialidad, solidaridad, no competencia, muy buena fe, justo equilibrio, pro asegurado, *aliud, pro alio*, transmisión del riesgo, etc.

En particular, pensemos entonces en la nueva oportunidad que se nos presenta la reconstrucción o la compleja tarea de recodificación teniendo presente la Propuesta de Código Mercantil²⁷ (2013) como la propuesta de regulación unitaria presentada por la doctrina mercantilista –MIRANDA²⁸ y PAGADOR²⁹– como también por la civilista “*codificación de técnicas contractuales de protección*”³⁰.

La transparencia, como principio esencial del mercado y de la contratación con condiciones generales de la contratación, se fundamenta, en el conocimiento, en la información y en la razonable previsibilidad para la parte adherente del contrato, por lo que no puede ni debe reconducirse únicamente a la abusividad, para lo cual, responderá la normativa de defensa de consumidores como norma de protección básica de los consumidores y usuarios. Cada vez nos encontramos con más normas y más pronunciamientos de uno u otro signo, pero el Mercado hoy digital exige mayor transparencia, uniformidad y celeridad. Dejemos la circulación despejada con una vía recta normativa circulatoria para todos, que permita justamente a la realidad de un Derecho de obligaciones y contratos ordenado y uniforme, que garantice un Mercado único de bienes y servicios transparente en la contratación de condiciones no negociadas.

Por otro lado, también dentro de esa tarea dificultosa opcional resulta imprescindible mientras tanto asumir en otros aspectos de la contratación los documentos anteriores y posteriores internacionales que han ido configurándose en el ámbito privatista (los principios de *Unidroit* de contratos comerciales internacionales, los principios de Derecho europeo de contratos - PECL/DCFR/Acquis), que han sido acogidos precisamente por los Tribunales³¹, a fin de una interpretación lógica y racional de la norma aplicable. Es

²⁷ Véase, MORILLAS, M^a J., PERALES, M^a. P y PORFIRIO, L.J (Dir.). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortíz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

²⁸ Véase, MIRANDA SERRANO, L., “Retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles. Aportaciones del Derecho mercantil a una regulación unitaria de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (I), MIRANDA SERRANO, L y PAGADOR LÓPEZ, J (Dir.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, 2017, pp.41-86.

²⁹ Véase, PAGADOR LÓPEZ, J., “Retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles. Aportaciones del Derecho mercantil a una regulación unitaria de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (II), MIRANDA SERRANO, L y PAGADOR LÓPEZ, J (Dir.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, 2017, pp.91-118.

³⁰ Como señala PASQUAU LIAÑO, M. “De la protección del consumidor a la reforma del derecho común de la contratación”, AÑOVEROS, TERRADAS, B. y LLEBARÍA SAMPER, S. *El contrato: apuntes para una revisión*, Aranzadi, 2016, pp. 295-296.

³¹ El Tribunal Supremo en reiteradas sentencias ha utilizado dichos textos como interpretativos de la normativa de aplicación contenida en el Código Civil, especialmente en materia de incumplimiento resolutorio de contrato de compraventa. A modo de ejemplo, la sentencia núm. 511/2013, de 18 de julio (RJ 2013/5200) y otras.

el caso, por ejemplo, en los contratos mercantiles de la alusión a la excesiva onerosidad de las prestaciones³², la rebus sic stantibus, el aliud pro alio, etc.

II. LOS CONSUMIDORES TRAS LA COVID-19

La Nueva Agenda del Consumidor («la Agenda»)³³ presenta una visión de la política europea de consumidores de 2020 a 2025. Tiene como finalidad abordar las necesidades inmediatas de los consumidores ante la actual pandemia de COVID-19 y aumentar su resiliencia.

La Agenda cubre cinco ámbitos prioritarios principales:

- (1) la transición ecológica,
- (2) la transformación digital;
- (3) la tutela y el respeto de los derechos de los consumidores,
- (4) las necesidades específicas de determinados grupos de consumidores y la cooperación internacional

Para facilitar una aceptación social óptima de nuevos bienes y servicios, así como de nuevos enfoques de consumo, los consumidores necesitan información más fiable y de mayor calidad sobre los aspectos relacionados con la sostenibilidad de los bienes y de los servicios, a la vez que se evita la sobrecarga de información en la contratación.

La transformación digital también ofrece otras nuevas oportunidades para los consumidores a fin de obtener una información más específica con el objetivo de posibilitar tanto el acceso como la comprensibilidad de los productos y de los servicios a fin de decidir, comparar y aceptar ofertas en línea, impulsando así la innovación y la confianza de los consumidores. Ha de reforzarse la educación con el uso de un lenguaje acorde con este nuevo soporte y con nuevos operadores específicos. Algunos grupos de consumidores en determinadas situaciones pueden ser particularmente vulnerables y necesitar salvaguardas específicas. La vulnerabilidad de los consumidores puede deberse a circunstancias sociales o a características particulares de consumidores individuales o grupos de consumidores, tales como su edad, género, estado de salud, alfabetización digital, capacidad de cálculo o situación económica. Una falta de accesibilidad del medio como del modo en la contratación puede poner a cualquier persona más en personas mayores o con discapacidad en situaciones de exclusión o de limitación de sus interacciones. Estas formas de vulnerabilidad pueden haberse exacerbado por la actual pandemia, pero existen independientemente de ella.

³² Véase, BENITO OSMA, F. La excesiva onerosidad de las prestaciones en la contratación mercantil MORILLAS, M^a J., PERALES, M^a. P. y PORFIRIO, L.J., (Dir.). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas Ortíz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1223-1238.

³³ La Nueva Agenda del Consumidor en la Unión Europea para reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo de 13 de noviembre 2020 (COM 2020 (696 final)).

Esta Agencia trata de dotar una salvaguarda a un consumidor que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, que le impida adoptar una decisión libre y acorde con sus necesidades e intereses en una relación de consumo.

1. La vulnerabilidad con la COVID 19

El art. 51.1 de la Constitución Española (CE) establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de las personas consumidoras y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Su objeto es reforzar y ampliar la garantía de protección de los derechos de las personas consumidoras en el art. 51.1 CE, en particular aquellas personas y colectivos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad; y ello en el marco general del texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), que recoge la definición general de consumidor y usuario.

Esa protección se considera urgente y prioritaria dadas las consecuencias provocadas en el ámbito social y económico por la pandemia COVID-19, con graves repercusiones en diferentes ámbitos sectoriales. Constituye una garantía reforzada, pues se amplía incluso a los derechos de los consumidores en un entorno digital y en lo relativo a las prácticas comerciales desleales.

La probabilidad *ex ante* de que una determinada persona obtenga un resultado negativo en su relación de consumo vendrá condicionada por diferentes *aspectos*:

- i) dificultad de acceso y asimilación de la información
- ii) menor capacidad de compra, elección o acceso a productos y servicios adecuados
- iii) mayor susceptibilidad de dejarse influir por prácticas comerciales.

La identificación de los factores de vulnerabilidad y de colectivos de mayor probabilidad de verse afectados en diversos sectores específicos de consumo (financieros, energía o comercio electrónico) pueden ser los siguientes: edad, sexo, desempleo, lugar de procedencia, personas discapacitadas, enfermas, o cualesquiera otras circunstancias que puedan generar desventaja en las relaciones de consumo. Esas circunstancias serán las relativas a la lengua, nivel de formación y cultural (general o específica de un sector del mercado), lugar de residencia, situación social, económica y financiera y otros asociados a las nuevas tecnologías (brecha digital) –uso, acceso, conocimiento, manejo, conexión–.

2. El consumidor vulnerable

La Ley 4/2022, de 25 de febrero³⁴ modifica el art. 3 del texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Incorpora un nuevo párrafo 2º: <<Asimismo,

³⁴ Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE nº 51, de 1 de marzo).

a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad>>.

De este modo, el precepto que tiene la consideración de norma básica estatal contempla el concepto de consumidor y usuario con carácter general, para que con carácter particular desarrolle una definición también básica estatal sin perjuicio de la normativa sectorial que resulte de aplicación. Téngase en cuenta la precisión formulada en su exposición de motivos sobre existencia de leyes autonómicas que contemplan la figura. Así resalta que la normativa autonómica habrá de respetar el contenido mínimo vinculante de esta norma estatal en términos de igualdad y de homogeneidad normativa horizontal de protección de las personas consumidoras en la línea de los textos aprobados por la UE. En este sentido, su urgencia se debe a una posible incoación de procedimiento de infracción por incumplimiento del Estado, como consecuencia de demandas de las personas consumidoras vulnerables afectadas, si se considerase que no están adecuadamente protegidas, principalmente ante los efectos de la actual pandemia.

Sólo pueden ser personas vulnerables las personas físicas que a título individual o colectiva que se encuentran *en situación de subordinación, indefensión o desprotección* que se deba a *necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales* y que *le impida el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad*.

En suma, dependerá del entorno de la persona en sus diferentes etapas de la vida por estar o no estar en esta conceptualización y siempre que esa situación conlleve a un desequilibrio en término de subordinación, indefensión o desprotección y que además les impida el ejercicio de sus derechos como consumidores en condiciones de igualdad.

3. La igualdad y no discriminación del consumidor vulnerable

Las personas consumidoras vulnerables tendrán además de los derechos básicos aquél otro derecho de especial atención tanto por las autoridades públicas como por las empresas privadas en las relaciones de consumo. Esta especial atención se recogerá en una norma reglamentaria y por la norma sectorial que resulte de aplicación³⁵.

³⁵ Con respecto a la contratación de seguros, tendremos que salvaguardar diversas cautelas principalmente por la consideración de relaciones de consumo y la especialidad de la normativa sectorial de seguros frente a la general de protección de los consumidores y usuarios. Téngase en cuenta que la Disposiciones adicionales 4ª y 5ª de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro (LCS) atienden a dos factores de vulnerabilidad en la contratación de seguros. Una por razón de la discapacidad (Ley

Los poderes públicos tendrán que dirigir políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad de acuerdo a su situación de vulnerabilidad con la finalidad de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de los mismos. Por tanto, se trata de que los poderes públicos promuevan las condiciones y remuevan todos los obstáculos que puedan tener a su alcance para que puedan ejercer sus derechos en condiciones de libertad e igualdad.

Trata de establecer un derecho de especial atención a aquellos sectores donde se produce una mayor vulnerabilidad entre su clientela debido a su complejidad o características propias, en particular sobre las circunstancias que generan la situación concreta de vulnerabilidad.

La información previa contractual exigible, sin perjuicio de la normativa sectorial aplicable, además de clara veraz, comprensible y suficiente, habrá de facilitarse en un formato fácilmente accesible, que asegure su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses. De este modo, se persigue que el consumidor tenga información suficiente que le permita comprender las características principales del contrato, en particular, sus condiciones jurídicas y económicas, con el objeto de adoptar una decisión acorde a sus necesidades y a sus intereses. Téngase también en cuenta que el conocimiento previo del contrato exige por otro lado el cumplimiento de los requisitos de accesibilidad y legibilidad. En ningún caso se entiende cumplido cuando el tamaño de la letra del contrato resulta inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

Las políticas públicas que inciden en el ámbito del consumo estarán destinadas dentro del ámbito de las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios a prever y remover las circunstancias que generan la situación de vulnerabilidad, así como a paliar sus efectos, en particular en relación con las comunicaciones comerciales o información precontractual facilitada, la atención post contractual o el acceso a bienes o servicios básicos. Esa es la estrategia europea de accesibilidad de bienes y servicios en condiciones de igualdad y no discriminación.

26/2011) y la otra por razón de VIH/SIDA y otras condiciones de salud (Ley 4/2018). Sentencia de la sala 3ª del TS, de 9 de diciembre 2020 sobre un recurso de casación en interés casacional sobre resoluciones impugnadas de requerimiento de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP) de modificación de la cláusula de exclusión de enfermedades preexistentes, dolencias, estados o condiciones de salud antes de la contratación de la póliza. Esa falta de precisión y claridad no se ajusta a lo dispuesto en el art. 3 LCS” las condiciones generales y particulares se redactarán en forma clara y precisa”. Se afirma que posibilita el rechazo de un siniestro que tenga su origen, aún indirecto y remoto, en enfermedades, lesiones dolencias, estados, condiciones de salud, de origen anterior a la fecha de inclusión del asegurado en la póliza, sin mayor previsión ni matización de clase alguna, de forma que su aplicación puede producir un desequilibrio en los derechos y obligaciones asumidos por las partes. La respuesta al citado interés casacional es que debe considerarse conforme a derecho un requerimiento como el efectuado por la DGSFP para la modificación de una cláusula redactada en los términos de la examinada en este recurso, a fin de que dé efectivo cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 50/1980, en la interpretación mantenida por la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

La Ley 15/2022³⁶ viene a constituir la herramienta legal necesaria que permita la garantía y el disfrute de los derechos de la ciudadanía en situación de igualdad y de no discriminación. Se trata más bien de una Ley de garantías –de cumplimiento de las normas que regulan la igualdad y la no discriminación–, una ley general –frente a las leyes sectoriales– y una ley integral –respecto de los motivos de discriminación desde distintos ámbitos concretamente en el acceso a bienes y servicios–. También, se aborda la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la inteligencia artificial y de mecanismos de toma de decisión automatizados.

En el ámbito de los servicios de seguros o financieros, no podrá denegarse el acceso de la contratación ni establecerse diferencias de trato por las siguientes circunstancias (edad, nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social), salvo las que resulten proporcionadas a la finalidad del seguro o servicio y a las condiciones objetivas de las personas solicitantes en los términos previstos en la normativa en materia de seguros (art. 17.2). La discriminación por edad o discapacidad³⁷ podría ser relevante en este tiempo y en los próximos como consecuencia del paulatino envejecimiento de la sociedad, además de la compleja situación económica, así como de las nuevas necesidades asistenciales a consecuencia de la COVID que conllevará paulatinamente a un porcentaje importante y considerables de las sociedades europeas y ciudadanos europeos.

III. LA HIPOTECA INVERSA

1. La hipoteca inversa típica

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre (DA 1^a) regula por primera vez la hipoteca inversa en nuestro ordenamiento jurídico. Surge en un contexto social y económico muy concreto. Se reconoce la dependencia como un nuevo derecho social de la ciudadanía por la ley 39/2006. También durante ese momento se estaba ya sufriendo los ajustes derivados en gran medida por la crisis mundial derivada del mercado financiero e inmobiliario. Desde esa situación financiera se tomaron ciertas medidas de prevención y protección del mercado determinándose en reformas legislativas en el Derecho del mercado financiero, inmobiliario e hipotecario³⁸. En ese tiempo de debacle financiera junto con los procesos de reestructuración bancaria puede decirse que el mercado de las hipotecas inversas fue muy marginal o inexistente.

³⁶ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE nº 167, de 13 de julio).

³⁷ BENITO OSMA, F. “La longevidad y/o dependencia y su aseguramiento”, *Revista Española de Seguros*, núm. 157, 2014, 21-59.

³⁸ MADRID PARRA, A. “Reforma del mercado hipotecario a 2009 y crisis financiera”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 179, 2010, pp. 1093-1134.

Con esta Ley 41/2007³⁹ se inicia el camino hacia el reconocimiento de que las personas mayores disponen generalmente de una vivienda en propiedad⁴⁰ y que las pensiones son insuficientes a consecuencia del aumento progresivo de personas beneficiarias⁴¹ para que los pensionistas puedan satisfacer a sus necesidades básicas y aquellas otras específicas. Tampoco tendrían el acceso a solicitar una hipoteca convencional bien por su edad, ya sea por tener una carga o garantía hipotecaria previa el inmueble⁴² e incluso inminente a su cancelación.

La hipoteca inversa se presenta como una opción de préstamo contra el valor de la vivienda⁴³ que proporciona una renta o un capital sin que el propietario de su vivienda

³⁹ Preámbulo (VIII, párrafo 3°): <<Hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de los países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de vida. (...) No cabe duda, pues, de que el desarrollo de un mercado de hipotecas inversas que permitan a los mayores utilizar parte de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta ofrece un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales. La posibilidad de disfrutar en vida del ahorro acumulado en la vivienda aumentaría enormemente la capacidad para suavizar el perfil de renta y consumo a lo largo del ciclo vital, con el consiguiente efecto positivo sobre el bienestar>>.

⁴⁰ El número medio de hogares en España aumentó en 129.100 durante 2020 y alcanzó los 18.754.800. El tamaño medio del hogar se situó en 2,50 personas, la misma cifra que el año anterior. El 55,0% de los jóvenes de 25 a 29 años vivía con sus padres.

El porcentaje de propietarios de vivienda en España se reduce cerca de 5 puntos en la última década. El porcentaje de propietarios de vivienda en España ha pasado del 79,8% en 2010 al 75,1% de la población en 2020, 4,7 puntos porcentuales menos en una década.

A pesar del descenso, la cifra de propietarios de vivienda en España sigue por encima de la media europea, que se situó en el 69,7% en 2020.

Por su parte, la media de europeos que viven de alquiler se situó en 2020 en el 30,3%, su nivel más alto en la década. Países como Alemania, con el 49,6%, o Austria, con el 44,7%, lideran la vivienda en alquiler en Europa. En el caso de España, el alquiler ha ido ganando protagonismo a lo largo de la última década. En 2010, el 20,2% de la población habitaba en un inmueble arrendado, mientras que en 2020 ese porcentaje subió al 24,9%, ... <https://www.europapress.es/economia/noticia-porcentaje-propietarios-vivienda-espana-reduce-cerca-puntos-ultima-decada-20220102134450.html>

<https://www.europapress.es/economia/noticia-porcentaje-propietarios-vivienda-espana-reduce-cerca-puntos-ultima-decada-20220102134450.html>

⁴¹ La mediana de edad dentro de la UE es de 44 años. La proporción de personas mayores de 80 años se duplicó entre 2001 y 2020. La evolución de personas mayores de 65 años o más en 2020 representa el 21% de la población frente al 16% en 2001. [https://www.ine.es/prodyser/demografia_UE/bloc-1c.html?lang=es#:~:text=En%20primer%20lugar%2C%20la%20evoluci%C3%B3n,5%20puntos%20porcentuales%20\(pp.\)](https://www.ine.es/prodyser/demografia_UE/bloc-1c.html?lang=es#:~:text=En%20primer%20lugar%2C%20la%20evoluci%C3%B3n,5%20puntos%20porcentuales%20(pp.))

⁴² Estadística de Hipotecas (H) mayo 2022. Datos provisionales

El número de hipotecas constituidas sobre viviendas es de 44.165, un 24,7% más que en mayo de 2021. El importe medio es de 149.261 euros, con un aumento del 11,9%. El importe medio de las hipotecas sobre el total de fincas inscritas en los registros de la propiedad en mayo (procedentes de escrituras públicas realizadas anteriormente) es de 159.148 euros, un 4,8% superior al del mismo mes de 2021. <https://www.ine.es/up/0G2RPF72>

Importe medio hipotecado sobre viviendas Miles de euros

El valor de las hipotecas constituidas sobre fincas urbanas alcanza los 8.959,2 millones de euros, un 26,7% más que en mayo de 2021. En viviendas, el capital prestado se sitúa en 6.592,1 millones, con un incremento anual del 39,6%.

⁴³ Esa opción de préstamo contra valor de la vivienda puede oscilar entre el 25% para una persona mayor de 65 años hasta el 45% para otra mayor de 85 años. Puede verse en LAFUENTE, A. y SERRANO, P. *Cómo complementar la pensión utilizando la vivienda en propiedad*, McGrawhill, 2022, p. 245.

habitual renuncie a su propiedad y a su uso y disfrute. Constituye un préstamo hipotecario en el que la cantidad que se proporciona se encuentra predeterminada de antemano. Se establece la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria (arts. 12 LH y 219 RH).

La hipoteca inversa permite al titular de la vivienda habitual disponer de liquidez con la constitución de una hipoteca sobre la misma hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Conserva tanto la propiedad como el uso hasta el vencimiento, sin que tenga que satisfacer cantidades por devolución, pero la entidad de crédito como la aseguradora tienen que anticipar cantidades, generalmente, mensuales. Por ello, recibe tal la denominación. Su función es a la inversa de la hipoteca ordinaria.

Se trata de un instrumento por el que las personas con una determinada edad o se encuentren en situación de dependencia puedan obtener ingresos que complementen sus rentas disponibles o que con las disposiciones única o periódicas puedan satisfacer los costes totales o parciales de su nueva situación personal. El vencimiento de la obligación garantizada acaece con el fallecimiento del prestatario o la persona designada en el momento de la constitución. La exigibilidad de la obligación garantizada por la hipoteca depende de un término incierto y futuro, que, aunque se produzca necesariamente, se ignora su momento.

Aunque pueda parecer un mecanismo positivo por la finalidad específica perseguida con un tratamiento fiscal muy favorecedor y de reducción de gastos. Sin embargo, plantea ciertos inconvenientes con respecto a los requisitos subjetivos y objetivos de la aplicación de la Ley como también de otros aspectos jurídicos omitidos en la misma –la transparencia– especialmente al tratarse de un contrato con condiciones generales de la contratación–, así como de la propia exclusión de la Directiva 2014/17/UE que la Ley 5/2019 (en adelante LCCI) transpone de forma tardía, parcial y defectuosa⁴⁴. El artículo 2.4.f) LCCI excluye del ámbito objetivo de aplicación a las hipotecas inversas⁴⁵,

⁴⁴ Puede verse esa apreciación en PRATS ALBENTOSA, L. “La Directiva 2014/17, su traducción y su trasposición al Derecho español”, PRAS en PRATS ALBENTOSA, L. *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y comentarios*, Civitas, 2020, pp. 19 y ss.

⁴⁵ 4. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo: f) hipoteca inversa en que el prestamista: (i) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y (ii) no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo.

Dicha exclusión legal ha sido un tanto criticada por inseguridad jurídica que se plantea precisamente por la delimitación de su objeto y por el contenido de la propia exclusión, principalmente la segunda condición (ii). Puede verse en PRATS ALBENTOSA, L. “La Directiva 2014/17, su traducción y su trasposición al Derecho español”, PRAS en PRATS ALBENTOSA, L., *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y comentarios*, Civitas, 2020, pp. 23-25. Por razones de transparencia en tanto que no es un problema de transposición sino de que el legislador no ha ido más allá cuando la propia LCCI ha reconocido que esta ley va más allá que la propia Directiva, principalmente en materia de transparencia. Puede verse un comentario a este respecto en ARNAIZ RAMOS, R., “El principio de transparencia material y control de su cumplimiento en las hipotecas inversas. Deficiencias regulatorias y propuestas de mejora”, ANDERSON, M.,

así como su norma de desarrollo por referencia al ámbito de aplicación de la LCCI –el artículo 2 del RD 309/2019⁴⁶–.

Las hipotecas inversas según dicha Disposición Adicional sólo pueden ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras⁴⁷ autorizadas en España (prestamista y acreedor hipotecario).

La Ley 41/2007 contempla el solicitante del préstamo o propietario de la vivienda (deudor hipotecario o prestatario) y el beneficiario que deben tener la edad de igual o superior a 65 años o estar afectadas de dependencia o personas a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento⁴⁸. El beneficiario es la persona o personas designadas por el solicitante-deudor que van a percibir, junto con el solicitante-deudor las cantidades adelantadas. La vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños conforme a la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.

La transmisión voluntaria del inmueble hipotecado por el deudor permite al acreedor declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado⁴⁹.

El préstamo es exigible cuando fallece el titular de la hipoteca inversa o el último beneficiario, si así se estipula en el contrato. Es necesaria tanto la prueba como la notificación del fallecimiento⁵⁰ para que se considere vencido y exigible.

Los herederos pueden cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, con la devolución de las cantidades que el deudor hipotecario fallecido haya ido recibiendo en vida junto con sus intereses⁵¹, sin que el acreedor hipotecario pueda exigir compensación alguna por la cancelación.

ARROYO AMAYUELAS, E. y APARICIO SANZ, A. (Dir.). *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, 2021, pp. 202-203.

⁴⁶ Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera (BOE 102, de 29 de abril). Artículo 2. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este real decreto serán de aplicación a las actividades desarrolladas en relación con los contratos de préstamo inmobiliario incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo.

⁴⁷ La mención de las aseguradoras como sujetos, se debe a que el préstamo está presidido por la aleatoriedad, circunstancias en que el seguro se basa en la idea del riesgo. Puede verse esa justificación en MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. *La hipoteca inversa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009, pp. 73-74.

⁴⁸ En un principio, la Ley contemplaba la dependencia severa o gran dependencia. Se amplía pues con el artículo 5 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

⁴⁹ Sobre la transmisión voluntaria de la vivienda hipotecaria, *vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. *La hipoteca inversa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009, pp. 115-167.

⁵⁰ Puede verse en JIMÉNEZ CLAR, A. I., “La hipoteca inversa como instrumento de protección social”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 113, 2009, pp. 133-134.

⁵¹ Como señalan LAFUENTE, A, y SERRANO, P. *Cómo complementar la pensión utilizando la vivienda en propiedad*, McGrawhill, 2022, pp. 252 y 253, el principal riesgo o inconveniente en las hipotecas inversas son los intereses que se aplican superiores en cuatro puntos porcentuales a los ofrecidos en los créditos habituales para la adquisición de vivienda.

Sin embargo, las entidades financieras pueden ofrecer otras preferencias⁵². En el caso de que los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo puede obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. Ello supone el reconocimiento, aunque sea implícito de que el importe máximo garantizado no es tal, en tanto que la vivienda hipotecada pudiera no ser suficiente para cubrir la deuda. Y, por otro lado, de cada uno de los herederos no responden con su patrimonio personal⁵³.

Las disposiciones periódicas del beneficiario pueden destinarse total o parcialmente a la contratación de un PPAS (DA 4ª). No es obligatorio sino potestativo, aunque las entidades financieras suelen ofrecerlo conjuntamente, incluso de manera vinculada en la concesión de la hipoteca inversa mediante una prima única, lo que supondrá a una práctica prohibida y abusiva contraria a las normas de transparencia⁵⁴. La provisión matemática del PPAS no puede movilizarse a otro instrumento de previsión. Ni podrán movilizarse a éstos los derechos consolidados o provisiones matemáticas de otros sistemas de previsión social⁵⁵.

2. La hipoteca inversa atípica

La Disposición adicional 1ª de la Ley 41/2007, apartado 10 establece: <<podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante>>. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores, concretamente referidos a las condiciones y beneficios fiscales reconocidos en los mismos. De este apartado, se deduce que aparte de las contempladas-denominadas típicas expresamente por la norma, se admiten otras hipotecas inversas con la garantía de otros inmuebles distintos de la vivienda habitual. Sorprende la cita del producto, así como la preocupación de la DA 3ª LCCI por la hipoteca inversa en materia de educación e información financiera, cuando establece al Banco de España un deber de elaboración y actualización de una guía de acceso al préstamo y una guía de acceso a la hipoteca inversa, cuando queda excluida expresamente de la aplicación de la LCCI. Si bien es positiva su mención en dicha Ley, debemos añadir que esa Guía de la Hipoteca Inversa trae causa del mandato contenido en la redacción originaria del artículo 32, apartado c), de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establece: <<el Banco de España y la Dirección General

⁵² Pueden verse en LUQUE JIMÉNEZ, Mª C. “Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 711, 2009, p. 232. También, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La hipoteca inversa*, *op.cit.*, pp. 208-210.

⁵³ Se plantea la cuestión sobre la aceptación de la herencia, el legado y sus efectos en la hipoteca inversa. Sobre este aspecto, *vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La hipoteca inversa*, *op.cit.*, pp. 211-219.

⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 207/2017, de 30 de mayo. Esta resolución estima que el contrato de hipoteca inversa no es nulo, sino que es válido, pero declara abusivas las cláusulas del contrato referido a la contratación de un seguro de renta vitalicia diferida, y la disponibilidad de la cuenta para el pago de la prima única y del seguro de rentas vitalicias.

⁵⁵ Sobre el aseguramiento de rentas futuras o seguro asociado a la hipoteca inversa, *vid.* LUQUE JIMÉNEZ, Mª C. “Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa”, *op. cit.*, pp. 235-236.

de Seguros y Fondos de Pensiones elaborarán conjuntamente esta Guía «en términos adaptados y análogos a los previstos en el artículo 20» –del texto legal citado–, precepto con nueva regulación por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancario⁵⁶.

Dicha Guía contempla la “hipoteca atípica”, como aquella hipoteca inversa en la que no se cumplen los requisitos de edad, dependencia o grado de discapacidad, la vivienda no es la habitual o no es concedida por entidades de crédito o entidades aseguradoras, es decir, no cumplen con los requisitos de la DA 1ª Ley 41/2007. Tendrá la consideración de hipoteca inversa, pero no le serán de aplicación los beneficios fiscales y las reducciones arancelarias previstos en la citada ley.

Nos movemos entonces dentro de un producto “con cierta complejidad financiera⁵⁷” Aunque no tenga amparo legal en la LCCI, sí lo tiene en otras normas legales aplicables a las entidades de crédito y a las entidades aseguradoras cuando la hipoteca sea concedida por aquellas según señala el apartado 2 de la DA 1.ª de la ley (modificado por la Ley 5/2015). El apartado 3º de la DA 1ª de la Ley 41/2007 establece: “*el régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda*”. Entonces dentro de esa libertad contractual con los límites establecidos en dicha disposición y aquellos otros relativos a condiciones generales les será de aplicación conforme al apartado 4º de la DA 1ª: << *En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento*>>. Estas normas de transparencia en la contratación y comercialización son aquellas contenidas en la Ley 2/2009⁵⁸, así como en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, modificada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril. Desde esta perspectiva, los prestadores de hipotecas inversas habrá cumplir la información previa, la ficha de información precontractual (FIPRE), así como la ficha de información personalizada (FIPER). Además, la prestación de un servicio de asesoramiento independiente (DA 1ª, apartado 4º Ley 41/2007).

⁵⁶ Crea un capítulo II bis –hipoteca inversa– en el título III.

⁵⁷ Así ha sido considerado por en la propia Guía de acceso a la hipoteca inversa, 2ª edición, 2017. <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Ficheros/GUIA.pdf>. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La hipoteca inversa*, op. cit., p. 69: <<...la hipoteca inversa es un negocio jurídico complejo, formado por un contrato de préstamo con ciertas particularidades y una garantía hipotecaria>>.

⁵⁸ Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE núm. 79, de 1 de abril).

Frente a este desajuste de protección vivida contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica respecto a las hipotecas denominadas típicas, subyace otro problema más evidente y de fondo en las denominadas hipotecas inversas atípicas concedidas por personas distintas al margen de lo dispuesto en la DA1ª de la Ley 41/2007. Cuando precisamente han aflorado, a consecuencia de la covid 19 y de otras razones financieras o no, la necesidad de movilización/transformación de los activos inmobiliarios en rentas o en otros activos. Para ello, el mercado se ha movido rápidamente en los últimos dos o tres años con las subidas de los precios del valor de las viviendas desde las concesionarias financieras típicas como desde diversas instituciones y entidades no financieras.

El resultado será una nueva bomba por estallar para los próximos años como ha ocurrido con otros productos e instrumentos financieros, que pondrá de manifiesto en las instancias judiciales cuando se produzca su vencimiento. Entretanto tendremos la esperanza y confianza del control preventivo de legalidad y de calificación sea efectivo por quienes tienen habilitada dicha competencia, los notarios y registradores de propiedad.

3. La hipoteca inversa con la Ley 8/2021

Por si no fuera poco o menor el problema jurídico planteado unimos otro que deviene de la ley 8/2021⁵⁹ que instaura un nuevo modelo en el tratamiento de la capacidad jurídica para los menores de edad y las personas con discapacidad junto con un nuevo sistema de medidas de apoyo para el efectivo ejercicio de su capacidad jurídica.

En el caso de personas con discapacidad deberán concurrir las medidas de apoyo, la voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial que en su caso se hayan fijado para asistir⁶⁰ a la persona, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Y cuando se solicite una hipoteca inversa quien ejerza la guarda de hecho o la curatela deberá necesitar la autorización judicial para prestar el consentimiento, resultando un acto de los previstos en el art. 287 CC⁶¹. Aparte de la protección de la instancia judicial con su sentencia⁶², gozará de la protección del control de legalidad y de calificación, notarios y registradores⁶³.

⁵⁹ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 03 de junio).

⁶⁰ Téngase en cuenta el artículo 250 CC: No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo

⁶¹ 8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. 9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.

⁶² Art. 760 LEC: <<las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables>>.

⁶³ A este respecto, la propia Ley modifica la Ley del Notariado 1862 y la Ley Hipotecaria 1946.

Por último, la modificación de esta Ley 8/2021 a los artículos 1263 y 1301.4º CC⁶⁴ supone ciertas incoherencias incluso desigualdades según nos encontremos con personas con discapacidad que hayan precisado o no medidas de apoyo. Téngase en cuenta la aplicación a todos los efectos de los artículos 1261,1263,1264,1265-1270 CC cuando se celebra dicho contrato y se presta consentimiento.

⁶⁴ La acción de nulidad caducará a los cuatro años. Ese tiempo empezará a correr: 4.º Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato LÓPEZ BARRA, E. “La protección del patrimonio de las personas con discapacidad”, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch, 2021, pp. 593 y ss.