



Roj: **SAP M 7706/2017 - ECLI:ES:APM:2017:7706**

Id Cendoj: **28079370122017100154**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **30/05/2017**

Nº de Recurso: **52/2017**

Nº de Resolución: **207/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANA MARIA OLALLA CAMARERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

SECCIÓN DUODÉCIMA

RECURSO DE APELACIÓN 52/2017

ÓRGANO JUDICIAL ORIGEN: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 44 DE MADRID

AUTOS DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO 374/2016

APELANTE/DEMANDADO: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

PROCURADORA Dª. ANA LLORENS PARDO

APELADO/DEMANDANTE: D. Cesareo

PROCURADOR D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

PONENTE: ILMA. SRA. MAGISTRADA Dª. ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

SENTENCIA Nº 207/2017

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

Dª. ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

En Madrid, a treinta de mayo de dos mil diecisiete.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 374/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid, a instancia de **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.** como parte apelante-demandada, representado por la Procuradora Dª. ANA LLORENS PARDO, contra **D. Cesareo** como parte apelada-demandante, representado por el Procurador D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 28 de octubre de 2016, sobre acción de nulidad de **hipoteca inversa** y de daños y perjuicios.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente Dª. **ANA MARÍA OLALLA CAMARERO.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 28/10/2016, cuyo fallo es el tenor siguiente: "Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por el Procurador Don



*Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de Don Cesareo contra la entidad "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", representada por la Procuradora Doña Ana Llorens Pardo y, en consecuencia, debo declarar la nulidad del préstamo **hipoteca inversa** suscrito por Don Fulgencio, del contrato de seguro vinculado a la misma y todos los actos posteriores, condenando a la demandada a abonar a la parte actora los siguientes importes: 1- el importe dispuesto en virtud del préstamo hipotecario que asciende a 297.451,69 €, que comprende los importes cargados en el préstamo para pago de la prima del seguro, comisión de apertura, pagos mensuales, intereses periódicos y comisión de cancelación. 2- Los gastos externos para la cancelación del préstamo que suman 871,05 € y 3- la pérdida patrimonial correspondiente a la venta por un importe muy inferior al de tasación que se corresponde con 366.204 €, todo ello más los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda, imponiendo a la parte demandada las costas causadas en esta instancia."*

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada BBVA, que fue admitido, confiriéndose traslado a la parte contraria que se opuso al mismo y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso por sus trámites legales, señalándose para llevar a efecto la resolución del mismo por la Magistrada Ponente el DIA 26 DE ABRIL DE 2017, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución impugnada, en todo cuanto no aparezca contradicho o desvirtuado por los que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- Por la representación de D. Cesareo, se ejercitó en Primera instancia, acción contra la entidad BBVA, reclamando con carácter principal la nulidad del préstamo de **hipoteca inversa** suscrito por el padre del actor D. Fulgencio, así como del contrato de seguro vinculado a la misma, y todos los actos posteriores. Subsidiariamente se solicita la Nulidad de las cláusulas 1.2 y 1.3 del préstamo hipotecario, en las que acuerda la contratación de un seguro de renta diferida. Declarándose en ambos casos el incumplimiento de la obligación contractual de información diligencia y lealtad, con abono de daños y perjuicios causados en virtud del art. 1.101 del CC.

Con carácter subsidiario a lo anterior, se declare el incumplimiento de la demandada en la contratación de contrato de préstamo hipotecario, y la imposición de contrato de seguro de rentas diferidas con la entidad BBVA.

Condenando en ambos casos a la demandada al pago de la suma de 297.451,69€, importe dispuesto del préstamo hipotecario, que comprendía los importes cargados en el préstamo para pago de prima de seguro, comisión de apertura, pagos mensuales, intereses periódicos y comisión de cancelación. Subsidiariamente para el caso de entender que debe devolverse lo percibido por el Sr. Fulgencio la suma de 255.627,61€. Subsidiariamente para el caso de nulidad de la cláusula correspondería 211.001,80€.

Se reclaman por la demandante los gastos externos para la cancelación del préstamo que suman 871,05€. Y la pérdida patrimonial correspondiente a la venta por un importe muy inferior a la de tasación que se corresponde 366.204€.

Por la entidad demandada se opone que no existe vicio en el consentimiento en el producto contratado, alegando que el padre del demandante buscaba una mayor liquidez, queriendo un complemento a su pensión con cobertura mientras viviera, y por eso concertó la **hipoteca inversa**, y el seguro de renta vitalicia, de los que fue debidamente informado.

Habiéndose dictado sentencia que estima la demanda íntegramente, declarando la nulidad del contrato de préstamo de **hipoteca inversa** suscrito entre los litigantes, del seguro de renta vitalicia vinculado a la misma, y de todos los actos posteriores, condenando a la demandada a abonar a la demandante, el importe dispuesto del préstamo hipotecario que asciende a 297.451,69€, que comprende los importes cargados en el préstamo para pago de la prima del seguro, comisión de apertura, pagos mensuales, interés periódico, y comisión de cancelación, así como por los gastos externos para la cancelación del préstamo que suman 871,05€, y la cuantía de 366.204€ por la pérdida patrimonial, correspondiente a la venta por un importe muy inferior al de tasación.

Se interpone recurso de apelación por la entidad demandada BBVA, SA.

TERCERO.- Por la representación de BBVA se interpone recurso de apelación denunciando error en la valoración de la prueba, en cuanto a la apreciación de error como vicio del consentimiento, ante la insuficiente información recibida por el cliente al concertar la operación, que conlleva la nulidad del contrato.

Debemos señalar una serie de cuestiones con carácter previo:

1º) El padre del demandante D. Fulgencio , con 85 años de edad, nació en 1927, viudo y jubilado, e ingresado en la residencia San Luis de los Franceses desde Agosto de 2012, siendo propietario de la vivienda sita en Madrid, C/ DIRECCION000 NUM000 , NUM001 , fol. 161, suscribe sobre la citada vivienda una **hipoteca inversa** en fecha 11/1/13 con carácter vitalicio con la demandada. Doc. nº 1 y 8 de la demanda.

2º) En dicha **hipoteca inversa**, y con garantía sobre la vivienda tasada a fecha 7/8/13, en 1.094.622,76€ doc. 27, se pacta la concesión de un crédito de 896.936,96€, suma a cuya devolución se compromete D. Fulgencio así a como los demás pagos derivados de sus comisiones financieras, que según reza literalmente la cláusula primera del contrato, se corresponde con las contenidas en la oferta vinculante, folio 91.

3º) En dicha cláusula 1.1 y 1.2 se establece como finalidad la obtención de una renta mensual vitalicia, señalándose que las que perciba a partir de los 93 años, serán a cargo de un seguro de renta vitalicia diferida, que se acuerda suscribir con la CIA BBVA SEGUROS, "cuya prima única se financia a partir de la primera disposición del presente crédito". Y efectivamente la entidad dispone en el mismo acto de la suma de 222.769,87€, de las que 211.001,80€, corresponden a la prima de seguro y el resto al pago de gastos, comisiones, y tributos. Folio 90 de las actuaciones.

4º) El resto del saldo de la cuenta se dispondrá los días 25 de cada mes por un importe de 4.647,12€, más la que corresponda a intereses. Hasta el 20 de Diciembre de 2020, fecha de agotamiento del saldo, pasando entonces a ser percibida con cargo al seguro de renta, doc. nº 9, fol. 180.

5º) Se pacta igualmente en la cláusula 4ª, una comisión por apertura del 1% del límite del crédito concedido.

6º) En la oferta vinculante se impone la obligación de contratar *la póliza* con la entidad BBVA SEGUROS y no consta el importe de la prima del seguro, y en el borrador, doc. nº 32 de la demanda, obrante al folio 330, de modo confuso se identifica su cuantía con la suma de 4.647,12€. *No consta se le advierta al Sr Fulgencio , de que perderá la prima única del seguro cobrada con la primera amortización de la póliza por anticipado, aunque el seguro de renta vitalicia no entre en vigor por fallecer antes. Es más se trae la póliza a la firma de la hipoteca, con lo cual desconoce su contenido. Tampoco existen datos de que se le haya informado de la posibilidad de contratar otro tipo de seguros, del llevado por la aseguradora del propio Banco prestamista, pues pese a que se aporte otro ejemplar de un supuesto seguro, es lo cierto que lo que se impone en la oferta vinculante, bajo el título "VICULACIONES Y OTROS COSTES", es "obligaciones de contratar con la Cía. BBVA de Seguros: seguro de renta vitalicia", folio 166.*

7º) D. Fulgencio fallece en Octubre de 2013, había sido diagnosticado en junio de 2012, seis meses antes de la firma del contrato que nos ocupa de un carcinoma de pulmón (previamente ya había sido intervenido por carcinoma de laringe y de vejiga), y síndrome paraneoplásico descartándose tanto la cirugía como la quimioterapia, prescribiéndole radioterapia para mejorar la sintomatología, con insuficiencia respiratoria que requería oxígeno domiciliario y otras severas lesiones e insuficiencias cardíacas, que motivaron su ingreso en una residencia para cuidados paliativos, según el informe del Dr. D. Felicísimo , doc. nº 3, folio 62 de las actuaciones. A la firma del contrato ya se encontraba en la residencia San Luis de los Franceses desde Agosto de 2012 donde recibía cuidados paliativos, siendo continuo sus traslados a urgencias de centros hospitalarios para el cuidado de diversas patologías en múltiples ocasiones, según se deriva del informe suscrito por Dª. Salvadora , doc. nº 4 de la demanda.

Resulta además significativo que desde que se le diagnostica el cáncer de pulmón el paciente conoce la patología, según consta en el doc. nº 4, folio 63, y que su cáncer ni es operable ni puede ser tratado con quimioterapia, solo recibirá radioterapia para tratar los síntomas.

8º) D. Fulgencio disponía de una cuenta de valores de 158.214,21€, una cuenta corriente saneada con un saldo de 39.858,38€, y un fondo de inversión de 3.655,85, según certificación de la entidad Bankinter emitida a fecha 5/11/13, 84 de la demanda; cobrando una pensión máxima del estado, según doc. obrantes a los folios 83.

CUARTO.- Se hace necesario identificar el producto sobre el que surge la controversia en este litigio.

La denominada "**hipoteca inversa**", figura inexistente en nuestra legislación tradicional y que procede de la adaptación de dos figuras de gran arraigo en el derecho anglosajón como son la "*Life mortgage*" inglesa y la "*reverse mortgage*" americana, es una operación financiera especialmente diseñada para mayores de 65 años y personas dependientes, con la que se posibilita convertir a dinero el valor patrimonial que representa la propiedad de su vivienda, sin perder la titularidad.

La **hipoteca inversa** se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, periódicas o en forma de cobro único, hasta un importe máximo determinado por un



porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución, y al alcanzarse dicho porcentaje se deja de disponer de la renta, aunque la deuda sigue generando intereses.

La **hipoteca inversa** debe ser concedida por una entidad de crédito o una entidad aseguradora, y el solicitante y los beneficiarios, que éste pueda designar deben ser mayores de 65 años, o afectados de dependencia severa, o gran dependencia. Se exige que la tasación de la vivienda sea realizada por una sociedad de tasación, y que el inmueble se encuentre asegurado contra daños. Lógicamente, el importe del crédito, y, por tanto, la cuantía a percibir, dependerán del precio de mercado de la vivienda, de la edad de la persona que suscriba la **hipoteca**, y de la forma de percepción (capital único, renta temporal o renta vitalicia).

Una vez fallecido el deudor hipotecario o el último beneficiario, corresponde a los herederos liquidar la situación con la entidad de crédito. Podrán optar por recuperar la vivienda cancelando el crédito hipotecario, para lo cual deberán satisfacer a la entidad de crédito la totalidad de los débitos vencidos más los intereses, sin que la entidad pueda en estos casos exigir ninguna compensación por la cancelación de la **hipoteca**. En el supuesto de que los herederos no quieran, o no puedan, cancelar el crédito hipotecario, la entidad de crédito podrá ejecutar la **hipoteca** y resarcirse así de los débitos vencidos, con sus intereses.

No obstante, la entidad sólo podrá obtener el recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia, sin que la entidad financiera pueda ejecutar el cobro con otro patrimonio personal de los herederos. En España se encuentra regulada por la ley 41/07, de 7 de diciembre, que será a la que se deba sujetar la escritura del préstamo con garantía hipotecaria objeto de estas actuaciones, suscrita en enero de 2013.

En dicha normativa tras la reforma de agosto de 2010, se disponen como requisitos de la **Hipoteca Inversa** en la Disposición adicional primera.

"A los efectos de esta Ley, se entenderá por **hipoteca inversa** el préstamo o crédito garantizado mediante **hipoteca** sobre un bien inmueble, que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) que el solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia,
- b) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas,
- c) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios,
- d) que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario".

QUINTO.- En atención a dichos requisitos partiendo de la condición de consumidor del padre del demandante, difícilmente se puede apreciar error en la contratación de esta **hipoteca**, pues por una parte la finalidad de la misma es clara, completar la pensión de una persona de edad avanzada, dotándola de mayor liquidez con garantía en una vivienda de su propiedad. Es tal vez uno de las pocas posibilidades de acceso al crédito de personas ancianas.

Sin entrar juzgar cuales fueran los motivos del padre del causante, para contratar tal producto, a la edad de 83 años, se encuentra en el perfil de los sujetos a los que va dirigida tal producto. Ya fuere porque la residencia a la que acudía le suponía unos gastos, que no quería que redujeran sus ingresos habituales, o porque quisiera mantener sus inversiones vivas sin tener que recurrir, ni a ellas, ni a sus ahorros, para solventar tal falta de liquidez. Cualquiera que fuera la causa, resulta manifiesto que el propósito de la contratación es razonable, y no obliga a un estudio por parte ni de la entidad bancaria, ni de la agencia mediadora, de las circunstancias de tal decisión, una vez que se comprueba la solvencia del cliente, en lo relativo a la propiedad de la vivienda a hipotecar.

Por ello nos resulta convincente el testimonio de D^a. Cecilia , empleada de OPTIMA, comercial del producto, la cual reconoce, que no debía entrar a valorar nada más que la propiedad de la vivienda que garantizara el crédito, ya que se perseguía facilitar liquidez al cliente, considerándolo como el producto más apto pues no perdía la propiedad de la vivienda, de la cual quería seguir disponiendo el padre del actor.

Por otra parte la citada ley 41/07, disponía en la citada disposición que:

"4. En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2, que concedan **hipotecas** inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse



a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento, como realiza a través de la Orden EHA/2899/2011, que regula estas condiciones de transparencia.

Si aplicamos los requisitos exigidos para la concesión de este tipo de **hipoteca**, estos se centran en la exigencia de tasación y la contratación de un seguro de daños sobre la vivienda, que efectivamente se cumplen en el presente caso.

En cuanto a la información suministrada, efectivamente la misma se presta, según se deriva tanto en los documentos preparativos, como en el testimonio de la intermediaria respecto a lo que es en sí la **hipoteca inversa**, y por el propio concepto del producto que es de fácil entendimiento.

Hasta este momento nos estamos refiriendo a la **hipoteca inversa** en sí, en su puridad como contrato único y con este prioritario fin, lo que enturbia la información suministrada es la introducción de un elemento extraño, cual es el denominado seguro de renta vitalicia diferida. Contrato con un objetivo diferente, que se entremezcla con el de **hipoteca inversa**, vinculándose al mismo, bajo la nota de una duración perpetua, del que carece dicha **hipoteca**, y cuya eventual falta de cobertura pasado el tiempo establecido sería posible por este tipo de seguro. Seguro de renta vitalicia, que desnaturaliza el anterior contrato, en cuanto a que es ajeno a la garantía inmobiliaria, y que pese a su distinto objeto y fin, se incardina en la **hipoteca inversa** como una cláusula accesorio, cuando se trata de un figura jurídica distinta y con sin propio, siendo la única justificación evitar la temporalidad del contrato principal que es la **hipoteca inversa**.

Dicha imposición de suscripción del meritado seguro, no aparece, claramente explicado y cuantificado en el borrador, y su introducción como una condición inapelable para realizar el contrato, no responde ni a las exigencias normativas, ni a los parámetros que concurrían en el presente caso, respecto de D. Fulgencio , que tiene a la firma del contrato 83 años y se encuentra aquejado de una gravísima enfermedad, que solo admite paliativos, y cuyas circunstancias conoce perfectamente, por lo que no podía ignorar que sus expectativas de vida son muy cortas.

Es aquí donde se produce una quiebra de la paridad informativa, e incluso de la relación contractual entre la entidad bancaria y el cliente. Hasta este momento la información suministrada según la testigo, D^a. Cecilia , y la documental aportada, no presenta complejidad y responde a los propósitos de D. Fulgencio de hipotecar su casa, y a cambio recibir una renta que completa su pensión, no olvidemos que nos encontramos ante un cliente que dispone de una buena jubilación y de una saneada economía con inversiones, pero que aun así puede desear obtener una mayor liquidez mediante la financiación que le da su patrimonio inmobiliario, sin recurrir a sus activos.

Lo que se le ofrece y con lo que nos encontramos es una **hipoteca inversa** temporal, pues solo puede cubrir con el pago de la cuantía exigida hasta el año 2021, lo cual ante la expectativa de vida de D. Cesareo parece más que suficiente para cubrir sus deseos de una mayor liquidez que completara sus ingresos, que no su subsistencia. Por ello encontramos difícil cuadrar este interés y situación personal de D. Cesareo con la conducta de la entidad bancaria, que empeñada en dotar a dicha **hipoteca** del carácter de perpetua, pese a la edad y la deteriorada salud de D. Cesareo le exige para su concesión la contratación de un seguro de renta vitalicia con BBVA SEGUROS, no olvidemos dicha imposición obligatoria de la oferta vinculante, folio 166, con un seguro de renta vitalicia diferido al momento en que finiquite la **hipoteca** por consumo del capital en el 2021.

La contratación de este seguro exigía un estudio de las condiciones de D. Cesareo , precisamente al modo de los seguros de vida, en orden a valorar y calcular las primas según la expectativa de vida, que no fue realizado por la entidad aseguradora y a la postre entidad bancaria, entre las que existía una unidad de actuación difícilmente explicable, hasta el punto constituir una imposición para la concesión de la **hipoteca inversa** la suscripción de dicho seguro. Lo cual se deduce no solo porque pertenecen al mismo grupo empresarial, sino también porque como reconoció la única testigo del juicio, D^a. Cecilia , BBVA asumió todas las funciones de representación de la aseguradora frente a ella misma y frente a D. Cesareo , en la concertación del seguro, reportando la póliza en la firma de la escritura, representación fuera de juicio que no puede ser cuestionada en consecuencia en la Litis.

Si la aseguradora, hubiera realizado el más mínimo estudio de las expectativas de vida, cosa lógica dada la avanzada edad del asegurado y su deteriorado estado de salud, hubiera constatado que D. Cesareo a sus 85 años tenía una salud muy mermada, pues padecía cáncer de pulmón del que se había descartado el tratamiento quirúrgico, y ya anteriormente había sido intervenido por cáncer de laringe y vejiga, padeciendo de insuficiencia cardíaca y respiratoria. Según el Doctor Felicísimo había ingresado en una residencia para cuidados paliativos, encontrándose en fase terminal, desde mayo de 2013. Y en el mismo sentido, incide D^a. Salvadora que valoró al paciente para su ingreso en la residencia en Agosto de 2012, describiendo un cuadro similar, haciendo constar



el grado de deterioro que experimento tras su ingreso y que efectivamente recibía cuidados paliativos, aun cuando señale que cognitivamente no presentaba deterioro alguno, leía el periódico utilizaba el ordenador personal y hacia solitarios con las cartas. Doc. 3 y 4 de la demanda.

En base a tales datos reconocemos que la lectura de la **hipoteca inversa** por alguien como era D. Cesareo en uso de sus facultades mentales, y con su preparación como abogado, extremo no cuestionado, no podía presentarle complicación alguna, ni suponerle un error insalvable respecto a la finalidad pretendida, folio 92, otra cosa es la opinión que nos merece el seguro de renta vitalicia, que se le impone para la contratación del anterior producto.

En todo este relato, nos llama la atención, que el paciente atendiendo a sus circunstancias personales, esto es cuando suscribe los contratos se encuentra en una fase muy avanzada de su enfermedad, sino terminal, sí de extrema gravedad pues su tratamiento que él conoce, no supone medida curativa alguna, sino solo paliativa y de tratamiento de los síntomas. Fase que por las circunstancias expuestas disponía de pocas expectativas de vida en el tiempo, pues repetimos se limitaba a paliativos, al descartarse todo tratamiento de quimioterapia o intervenciones por los facultativos, en la cura de su cáncer de pulmón, circunstancias que ya se nos ha dicho conocía y en consecuencia sabía su alcance, dado su reseñado grado de discernimiento, del que partimos para que entendiera el producto.

Por ello resulta altamente sorprendente que dicho cliente en tales circunstancias aceptara además de los años de la **hipoteca inversa**, que se extendía hasta siete años más, esto es hasta que cumpliera 93 años, suponiendo una previsión de vida ciertamente improbable dado el estado del demandante, un carísimo seguro de renta que convertía el producto en vitalicio, y cuyo pago único se realizaba en una prima única siete años antes de que entrara en vigor, con la primera amortización de la **hipoteca**. Seguro que además le suscribía el seguro del Banco prestamista, sin estudio previo de sus condiciones de salud, ni esperanza de vida, en una especie de visión altruista y optimista de las expectativas del cliente, haciendo abstracción de su edad, sus condiciones físicas y las desventajas y el desequilibrio que en la concertación de tal contrato se derivaban para D. Cesareo, imponiéndole de modo abusivo y solapado su suscripción si quería disponer de la liquidez pretendida con la **hipoteca inversa**.

Esta es la única razón que entendemos indujo a dicha suscripción del seguro a D. Cesareo, la imposición obligatoria que hace el BBVA de la firma del seguro para acceder a este tipo de **hipoteca**, por cierto solo con su entidad aseguradora, según se expone en la oferta vinculante que como doc. nº 32, obrante al folio 166, que en el capítulo 5 dedicado a VINCULACIONES Y OTROS COSTES, reza literalmente " Si desea beneficiarse de las condiciones del crédito descrita en la presente ficha, debe cumplir las obligaciones que a continuación se indican....", y entre otros señala "Obligaciones de contratar con la compañía BBVA seguros o Seguros de renta diferida".

Por ello no podemos más que concluir, que se trata de una cláusula impuesta por la aseguradora, de modo unilateral y abusivo, pues rompe el equilibrio de las partes no solo por establecer dicho aseguramiento como condición ineludible para el acceso a la **hipoteca inversa**, cuando se trata de productos claramente diferenciados, sino también por su modo de abono en una prima única y antes de que el contrato produzca sus efectos, vinculándose su coste más a la **hipoteca** que al seguro, cuando repetimos son pactos independientes que pueden existir sin dependencia alguna.

Incluso dicha cláusula debe ser igualmente calificada como abusiva ante la información dada sobre la misma, así observamos que en el borrador que se entrega al cliente aparece un cobro de la prima que se cuantifica 4.647,12€, lo cual podría parecer admisible, pero luego aparece en la oferta vinculante y en la **hipoteca**, que la cifra se transmuta en un único pago de 211.001,80€, sin que conste aclaración alguna al respecto ni complemento de información específica al cliente sobre dicha notable multiplicación de la prima.

Si nos sorprende el alto coste de este seguro, aún más incomprensible nos resulta el contrasentido, de que sin entrar en vigor hasta el año 2020, cuando el paciente suscribe el contrato en el año 2013, ya con un grave deterioro físico, en estado terminal y en tratamiento paliativo, decida abonar siete años antes de que entre en vigor la póliza, la prima única, siendo la primera disposición que se realiza respecto del crédito abonado en su favor. Cuando lo lógico hubiera sido dejar que transcurriera la **hipoteca** durante los siete años siguientes, y en su caso si el cliente sobrevivía a dicho periodo, esto es el 2020 o en fechas próximas, suscribir la póliza de seguro para suplir la cobertura al finalizar la cobertura de la **hipoteca inversa**.

Evidentemente D. Cesareo era un consumidor cuya pretensión era adquirir un producto que le permitiera disponer de más liquidez en sus últimos años de vida, pero dado su grado de discernimiento, ya hemos reseñado que conservaba sus facultades cognitivas, no podía pretender contratar un producto carísimo para un periodo de tiempo al que no respondían sus expectativas vitales, y pese a ello pagándolo siete años por adelantado y cuando su liquidez se encontraba cubierta por la **hipoteca inversa**. Es más la premura y rapidez



en el abono de esta prima, siete años antes de que entrara en vigor, apuntan a que la escasa salud del cliente, no era unas circunstancias desconocidas para los contratantes.

Atendiendo a las características del producto y pese a que se califica como un contrato de **hipoteca inversa** vitalicia, lo cierto es que en las estipulaciones de la escritura de fecha 11/1/13 entre BBVA establecimiento financiero de crédito y el padre del actor, se pactó una **hipoteca inversa** temporal, producto único y principal, puesto que el cliente percibía una cantidad fija mensual durante un lapso temporal, hasta el año 2020. Lo que determinará tal impronta vitalicia es el añadido de un seguro de renta vitalicia, que se solapa como una condición más del contrato, impuesta de modo unilateral por la entidad bancaria y que es el que determina el mantenimiento de cobro de las rentas hasta el fallecimiento del cliente, no produciendo sus efectos hasta el año 2020, pero minorando el capital de la **hipoteca** con una prima única del seguro que carga en la primera amortización de dicha **hipoteca**, por la ingente cantidad de 211.001,80€.

Debemos concluir que a la viabilidad de un producto como es la **hipoteca inversa** que en principio es correcto, y con unas condiciones paritarias, se rompe dicho equilibrio cuando por la entidad bancaria se impone la concertación de este seguro según se recoge en la oferta vinculante que aparece al folio 166, por la entidad BBVA como única posibilidad de beneficiarse del seguro del crédito, contratación que además se especifica debe ser con BBVA seguros.

Entendemos que a la vista de estos datos, y aunque la entidad bancaria trata de hacer pasar por uno, nos encontramos ante dos contratos con independencia económica y jurídica, que se suceden el tiempo: **hipoteca inversa** temporal y seguro de vida de renta vitalicia, ambos sujetos a su propio contenido obligacional, a su propia causa y a su propia cobertura. Ni la **hipoteca inversa** requiere para su subsistencia económica o jurídica el contrato de renta vitalicia al estar amparada las disposiciones periódicas y el crédito concedido, por la **hipoteca** sobre el inmueble, ni el seguro de vida precisa al de **hipoteca inversa** temporal al estar sujeto por las disposiciones propias de la ley de contrato de seguro y por las estipulaciones de las partes. Por tanto la vinculación que en el contrato de **hipoteca** se hace con el seguro, a fin de dotarlo de una perpetuidad, totalmente extravagante, dada la edad y condiciones de salud del cliente, circunstancias que fueron ignoradas por la entidad bancaria solo puede ser considerada como una imposición claramente abusiva.

De tal modo que BBVA, obliga a la suscripción de un seguro de renta vitalicia, como condición necesaria para la obtención de la **hipoteca**, a un cliente que en el momento de la **hipoteca** tenía una edad de 85 años y que hubiera tenido en el momento de su finalización 92 años, lo que se auguraba como poco probable dadas las condiciones de salud tan precarias en las que se encontraba, volvemos a recordar, que se encontraba relegado a tratamientos ya paliativos. Pese a ello impone tal suscripción, pero además para mayor abuso se obliga al cliente al pago de la prima única en la primera amortización de dicha **hipoteca** en vez de diferir dicho abono, al cesar el cobro de la pensión propia de la **hipoteca inversa**, como hubiera sido lo lógico y propio de la buena fe contractual, o en su caso en el último periodo pactado de dicho contrato.

Esta independencia contractual del seguro y la **hipoteca** es relevante por cuanto la *ley 26/2006 en su artículo 5,1*, impide la imposición directa o indirecta de un contrato de seguro. Lo que determina que el conjunto de la operativa quiebra, cuando establece una vinculación específica y forzada de la contratación del seguro, con pago en la primera amortización de la **hipoteca** de la prima única, lo que supone un sobrecoste para el cliente para la concesión del crédito que carece de causa y justificación. Y que solo bajo el supuesto paraguas de conseguir una cobertura perpetua, pese a la avanzada edad del cliente, y su mermada salud, se justifica por la entidad bancaria.

A cuyo respecto conviene recordar que la protección de los consumidores, de sus intereses y deseos y de su seguridad es uno de los elementos esenciales del objetivo global de la unión europea, en cuanto mejora la calidad de vida de todos los europeos. Por eso la Unión Europea hace todo lo posible para garantizar que, independientemente de lo que decida comprar el consumidor y del lugar en que se encuentre en la unión europea, quede amparado por los principios básicos fundamentales de la protección de los consumidores. Estos principios aluden a los derechos mínimos en materia de protección de los consumidores que deben existir en todos los países de la unión. Principios fundamentales uno de los cuales es el de que no debe inducirse a engaño a los consumidores. Esta protección se refleja en el artículo 53 del Tratado Europeo, así como en numerosas Directivas en materia de protección de los consumidores, como la 85/577, para los contratos negociados fueron los establecimientos comerciales, o la 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, o la del 13 de junio de 1990 sobre viajes combinados, etc. En ese sentido en el TJCE Sala 1ª, S.4-10-2007, resolvió en sentido afirmativo entre otras cuestiones la relativa a si deben interpretarse los *artículos 11 y 14 de la Directiva 87/102 CEE* en el sentido de que permiten al juez aplicar las normas de vinculación entre el contrato de crédito y el contrato de suministro de bienes o de servicios financiado a través de dicho crédito, cuando en el contrato de crédito no se indica el bien financiado o cuando dicho contrato ha sido concluido en forma de una apertura de crédito sin mención del bien financiado,



y asimismo manifestó que el tribunal de justicia ha declarado en repetidas ocasiones que según se desprende de los considerandos de su exposición de motivos la Directiva 87/102 fue adoptada con la doble finalidad de garantizar por una parte la creación del mercado común del crédito al consumo, y, por otra, la de proteger a los consumidores que contraigan citados créditos como financiación, hasta el punto de permitir que el tribunal nacional aprecie de oficio las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados con los consumidores.

Asimismo, con relación a la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que ofrece, hemos de indicar que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En ese sentido es obligada la cita del artículo 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1988 de 29 de julio y su desarrollo. Naturalmente, a la entidad bancaria no les es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciendo lo propio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio, pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente, conforme a la buena fe contractual (artículo 7 CC), singularmente en cuanto a la información precontractual, necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la percepción del contrato con adecuado y suficiente conocimiento de causa.

De lo contrario, se estaría desinformando e induciendo a error al cliente. Es cierto que según la jurisprudencia el error para que sea invalidante ha de ser, además de esencial, excusable, según se deduce de los requisitos de autor responsabilidad y buena fe, este último consagrado en el artículo 7 CC . El error es excusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, pero esa diligencia, sigue señalando la jurisprudencia, ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza difundida en la declaración (SSTS, entre otras de 4 de enero de 1982 , 6 de febrero de 1998 , 30 de septiembre de 1900 99 , 26 de julio y 20 de diciembre de 2000 , 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).

No debemos olvidar que existe, sin duda, un principio ético que impregna todo contrato desde su nacimiento hasta su conclusión, es el principio de confianza o buena fe, la cual es la base inspiradora de todo derecho y debe serlo, por ende, del comportamiento de las partes en todas sus relaciones y en todos los actos y procesos en que intervenga.

Pues bien, dicho principio de confianza o buena fe sin duda en el presente caso se ha vulnerado por la demandada al ofertar a la causante de la demandante no el contrato de la **hipoteca inversa** en si sino además un contrato de seguro de renta vitalicia que entraría en vigor siete años más tarde, pero cobrando la prima al concertar la citada **hipoteca**, como una condición de la misma. En efecto, no podemos olvidar que el causante contratante era una anciano de 85 años, con un importante problema con una grave enfermedad cancerígena y un estado de deterioro físico generalizado recibiendo cuidados paliativos, que conllevaba unas limitadas expectativas de vida, como así acaeció al fallecer nueve meses más tarde de la firma del contrato, eso sí manteniendo incólumes sus facultades mentales.

La combinación de los contratos firmados por D. Cesareo cual si fueran uno solo, objeto del presente juicio, **hipoteca** invertida sobre la vivienda de su propiedad, y un contrato de seguro de dicho préstamo hipotecario invertido, en virtud del cual se le pagaba una renta, que cobraba por meses hasta el momento en que se produjese su fallecimiento, ha determinado que el padre del actor de la **hipoteca** concedida de 896936,96€ solo tuviera la posibilidad de cobrar la cantidad de 674.167.09 € del total del préstamo hipotecario, por el descuento inmediato de la prima única de seguro, sin que el contrato de seguro haya entrado en vigor y otros gastos. Es más llama curiosamente la atención que según unos cálculos aproximativos para el año 2020, todavía quedaría capital sin tener que recurrir a un seguro para el abono de las rentas pactadas.

Podemos entender que D. Cesareo tuviera el propósito de tener mayor disposición de capital completando su pensión, y sin recurrir a sus inversiones o a sus ahorros, mediante el sistema de **hipoteca** invertida, y que dada el grado de consciencia que se nos reconoce a nivel medico estuviera capacitado para ello, por lo cual no compartimos el criterio de la Juzgadora de instancia respecto a que incurriera en error al concertar esta **hipoteca inversa**, que por ello entendemos no es merecedora de nulidad en su integridad.



Pero si hay algo que debemos reseñar el abuso por la entidad bancaria al imponer la contratación de un seguro de renta vitalicia como condición a la suscripción de la **hipoteca inversa**. Se trata de una condición añadida que encierra un nuevo contrato ajeno a la propia **hipoteca**, y a cuyo contenido obligacional en nada afecta, pues como ya hemos expuesto anteriormente se trata de dos figuras diferenciadas, que son instrumentadas de forma única para dar continuidad a una **hipoteca** temporal una vez transcurrido el plazo de duración, pero no por su prórroga, sino por su sustitución por otro producto diferente un seguro de renta, este si vitalicio y al que eufemísticamente se califica de diferido, pues no entra en vigor hasta el 2020.

Lo único que justifica esta vinculación entre contratos absolutamente diferentes en sus objetivos y propósitos, es el cobro anticipado de la prima única de un seguro antes de que entre en vigor, como condición a una **hipoteca** que en nada depende del seguro. Es una condición abusiva, que solo beneficia a la entidad bancaria y a su aseguradora, obteniendo un ingreso por un seguro que al ser "diferido", no reporta beneficio alguno al asegurado, pues difícilmente entrara en vigor dadas sus condiciones vitales. Sin que se justifique el inmediato pago con cargo el capital de la **hipoteca**, por un encarecimiento de las primas, como alego la testigo D^a. Cecilia , pues no existe rastro alguno de información o estudio relativa a dicho pretendido encarecimiento.

Entendemos que existe error en el cliente, que no se extiende a todo el producto, esto es al contrato la **hipoteca inversa**, sino a unas condiciones de la misma, que interesadamente se ha incluido como tales en la relación contractual siendo ajenas a la misma, cual es el contrato de seguro de renta vitalicia, contrato sin el cual la **hipoteca** podría desplegar todos sus efectos y finalidades, respondiendo a los intereses del cliente.

Dichas condiciones que no podían ser impuestas por la entidad bancaria de modo unilateral por ser contrarias al equilibrio contractual en perjuicio de un consumidor, sufre además de una gran confusión en su exposición informativa al cliente, que consideramos fue lo que le llevo a asumirla. Así se le impone en la oferta vinculante, y en el borrador el precio de la prima de seguro es muy muy inferior al finalmente cobrado concretamente se cifra en 4.4647, 2€, frente a los 211.001,80€ que le serían finalmente descontados a la firma del contrato de **hipoteca**, y repetimos sin que entrara en vigor el seguro, que de hecho nunca llegó a entrar, como era lo lógicamente esperable, pues D. Cesareo falleció a los nueve meses de la suscripción de la **hipoteca** y seguro.

Ante estas circunstancias, puede afirmarse sobre la base de la normativa y de la jurisprudencia sobre el error antes citada, que sin duda alguna tratándose de contratos con consumidores de las características del de autos, , sólo cabe admitirle como contrato válido en tanto en cuanto beneficie a dicha persona, y no, como en el presente caso, cuando ha supuesto un negocio y además indudablemente redondo para la entidad demandada, dadas la enfermedad y la escasa esperanza de vida por su edad y por su enfermedad de la contratante.

Es más este desarrollo por la entidad bancaria del contrato de renta vitalicia diferida a través de una prima única, resulta contrario al criterio del T.S. en sentencias como la 11-6-2003 , pues suprime la aleatoriedad propia de este tipo de contrato "De acuerdo con el art. 1.802 del Código Civil , el de renta vitalicia es un contrato aleatorio, siendo incierto el tiempo durante el cual habrá de pagarse la renta; si en virtud de la desproporción existente entre las prestaciones de las partes, desaparece para una de ellas ese requisito de la aleatoriedad podrá llegarse a la declaración de nulidad del contrato, pero no por la existencia de dolo, sino por la inexistencia de causa, y siempre que no conste la existencia de un "animus donandi". Ciertamente la desproporción entre la suma cobrada al cliente como prima única y su expectativa de vida, que por cierto no fue objeto de estudio alguno por la entidad aseguradora, desnaturalizan el contrato al privarle de la aleatoriedad que le es consustancial.

SEXTO.- En consecuencia partimos de una relación de consumo pues D. Cesareo no hace una inversión, no adquiere un producto financiero y por ello no le es aplicable la normativa MIFID, como bien señala la Juzgadora de Instancia, se limita a proveerse de mayor liquidez con cargo a su patrimonio inmobiliario, esto es busca una financiación para su propio consumo.

Tampoco hay duda de que se trata de un contrato de adhesión, en cuanto no consta -y al empresario incumbe la prueba- que las cláusulas cuestionadas fueran negociadas individualmente, y, en fin, también es evidente que la condición inapelable de suscribir el seguro de renta vitalicia para acceder a la **hipoteca inversa** fue impuesta por la entidad bancaria con su propia aseguradora, según la condición 5^a de su propuesta vinculante.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencias de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014) ha sentado como doctrina, en contratos concertados con consumidores, y en concreto en referencia a otra cláusula también considerada como abusiva, la cláusula suelo, se puede concentrar, a los efectos que aquí interesan en las siguientes afirmaciones:

1^a) Este tipo de cláusulas, constitutivas de una condición general de la contratación, no son de por sí ilícitas, pero están sometidas, en los contratos con consumidores, a un doble filtro o control: el de su incorporación

(artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) y el de la transparencia (artículo 80.1 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios).

2ª) Desde esta segunda perspectiva, la transparencia comporta estas dos consideraciones, en términos literales de la Sentencia del Tribunal Supremo citada:

"a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

3ª) Las cláusulas examinadas, del contrato como nº 1.2 y 1.3, incluyen la concertación de un préstamo de renta vitalicia, que carece de causa, pues el mismo no entra en vigor hasta 7 años más tarde, y pese a ello se dispone inmediatamente del saldo del crédito para el pago de la prima única, cuya cuantía no se corresponde con la cifrada en el borrador, estableciéndose como condición ineludible en la propuesta vinculante.

4ª) Por ello, "las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores", en cuanto no son transparentes - siempre en términos de la Sentencia citada- porque:

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento no definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las condiciones propias de la **hipoteca inversa**, a pesar de que se trata de una relación jurídica ajena a la misma y que será la que la suceda en el tiempo, y se ofrece como cobertura ante el agotamiento de capital para el pago de la renta, cuando aún resta crédito a fecha de terminación de la **hipoteca**.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con la alta cuantificación de la prima del seguro, y sus ventajas para el asegurado, ni de la necesidad de un pago anticipado siete años antes de que entre en vigor, en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de seguro y otro producto de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan.

5ª) Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 precisa que la actuación del Notario haciendo las advertencias legales, no es suficiente para superar la falta de transparencia real y efectiva, por cuanto sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación..... la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".

SÉPTIMO.- Pues bien, de la anterior doctrina, se deriva:

1º) La procedencia de examinar, la posible abusividad de las condiciones en las que se impone al consumidor para suscribir la **hipoteca inversa**, la obligación de suscribir un contrato de renta vitalicia.

Debemos así analizar que estas condiciones hayan superado el control de transparencia. En efecto, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

Por tanto, la imposibilidad de examen de la abusividad se liga directamente a la claridad o transparencia, de modo que, si falta, no rige la excepción y puede ser examinada la abusividad, con todas las consecuencias que de ello se deriven, aunque más exactamente lo que en tal caso se produce es la falta de incorporación al contenido contractual, con su radical inaplicación.

2º) La cláusula aquí examinada no supera el filtro de la transparencia.



Si tenemos en cuenta los parámetros establecidos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 , todos ellos se dan en el caso:

Así, falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, se trata de una condición impuesta por la entidad bancaria; se insertan de forma conjunta con las cláusulas referidas a la **hipoteca inversa** y como aparente contraprestación del capital que así es recibido; no existen simulaciones de escenarios diversos con la procedencia o no de este tipo de seguros para dotar de carácter vitalicio a la **hipoteca inversa**, ni se justifica su alto coste, y no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

No basta, la posibilidad de que el cliente pueda acudir a otra entidad bancaria, y conseguir, en su caso, mejores ofertas. Ni es esta la dimensión del problema, sino que se sitúa justamente en el comportamiento precontractual de la ahora ejecutante, que no suministra esos datos requeridos en la Sentencia citada, lo que impide la correcta formación de la voluntad del consumidor, con infracción de los deberes de transparencia y claridad que impone la legislación en materia de consumo (artículo 80 del Texto Refundido de la Ley para Defensa de Consumidores y Usuarios).

El citado artículo 82 exige, además, que *en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato* .

También conviene precisar el concepto de imposición, porque a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 el consentimiento en el contenido no puede identificarse con la previa existencia de negociación individualizada. Señala concretamente que la "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar": *Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo" (Apartado 151).*

Entendemos por todo lo expuesto que procede declarar la nulidad por abusivas de las cláusulas 1.2 y 1.3 del préstamo de **hipoteca inversa** referido a la contratación de un seguro de renta vitalicia diferida, y la disponibilidad de la cuenta para el pago de la prima única del seguro, con el consiguiente efecto de la declaración de nulidad del seguro renta vitalicia diferido impuesto por la entidad BBVA, y suscrito por la aseguradora de su grupo con D. Cesareo .

Por todo ello disentimos en parte del criterio del Juzgador de Instancia, en el sentido de considerar válido el contrato de **hipoteca inversa** pero nulas las cláusulas declaradas abusivas que fueron la causa del contrato de seguro de renta vitalicia que consecuentemente es nulo, también pronunciamiento que se ha de tener en cuenta en otros litigios en los que pueden concurrir las pretensiones.

Ello da lugar a la restitución al sucesor de D. Fulgencio , su hijo D. Cesareo , de la suma incorrectamente descontada como prima única de 211.001,80€, más los intereses legales desde que se produjo dicho abono a la aseguradora.

Al no considerar nulo el contrato de **hipoteca inversa**, no entendemos que sean resarcibles los gastos y costes de su constitución, ni consideramos que los daños y perjuicios por pérdida de valor de la vivienda resulte acreditado se corresponda con la suscripción de dicha **hipoteca**, pudiendo obedecer perfectamente a la bajada de precios de la vivienda en dichas fechas.

Por lo cual acogemos en parte el recurso de apelación en cuanto a que estimamos parcialmente el mismo, y consideramos válido el contrato de **hipoteca inversa**, pero repetimos declaramos nulas por abusivas las cláusulas 1.2 y 1.3 del contrato de fecha 11/1/13 y el seguro de renta vitalicia de igual fecha, debiendo restituirse el pago de 211.001,80€, con intereses devengados desde la fecha de su pago. En cuanto a los gastos por cancelación del préstamo de 871,05€, entendemos que se derivan de un contrato válido y en cuanto a tal despliega a cargo del demandado los costes de tal cancelación que no son imputables al BBVA, como tampoco la pérdida patrimonial por la venta de la vivienda a un precio inferior a la tasación, pues la causalidad de tales daños no se evidencia de los datos aportados derive la actuación de la entidad bancaria directamente.

OCTAVO.- Conforme al *art. 394 y 398 de la ley de Enjuiciamiento civil* no procede la imposición de costas en Primera Instancia al estimarse en parte la demanda. Sin hacer imposición de las de esta alzada al estimar el recurso interpuesto por BBVA.



Así en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Debemos **ESTIMAR y ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BBVA, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, con fecha 28 de octubre de 2016, en los autos de Procedimiento Ordinario número 374/2016 y, en consecuencia, **REVOCAMOS** la expresada resolución, en el sentido siguiente:

1º) Estimar en parte la demanda interpuesta por D. Cesareo, contra BBVA, declarando la nulidad del contrato de **hipoteca inversa** de fecha 11/1/13 de las cláusulas 1.2 y 1.3 en lo que afecta a la concertación del seguro de renta vitalicia diferida con pago de la prima única de modo inmediato, por abusivas, y en consecuencia la nulidad del seguro de renta vitalicia de igual fecha suscrito sucesivamente.

2º) Condenar a la demandada a abonar la suma de 211.001,80€. Suma que devengará el interés legal desde la fecha de su abono el 11/1/13, desestimando las restantes pretensiones de la demanda.

3º) Sin imposición de costas en ambas instancias.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por los motivos previstos en el artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta de la misma Ley, si concurren los requisitos legalmente exigidos para ello, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander, con el número de cuenta 2579-0000-00-0052-17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Una vez firme, líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.