



Roj: **SAP M 975/2016 - ECLI: ES:APM:2016:975**

Id Cendoj: **28079370142016100009**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **12/01/2016**

Nº de Recurso: **455/2015**

Nº de Resolución: **10/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **SAGRARIO ARROYO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

C/ Ferraz, 41 , Planta 4 - 28008

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

251658240

N.I.G.: 28.079.42.2-2013/0212794

Recurso de Apelación 455/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 58 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1560/2013

APELANTE: Dña. Africa , D. Lorenzo y Dña. Coral

PROCURADORA Dña. SOFIA PEREDA GIL

APELADO: CARDIF ASSURANCE VIE SUCURSAL EN ESPAÑA y CARDIF ASSURANCES RISQUES DIVERS SUCURSAL EN ESPAÑA

PROCURADORA Dña. MARIA RITA SANCHEZ DIAZ

CAIXABANK; S.A.- SUCESORA PROCESAL DE BARCLAYS BANK, S.A.

PROCURADORA Dña. ADELA CANO LANTERO

SENTENCIA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. JUAN UCEDA OJEDA

DA. PALOMA GARCÍA DE CECA BENITO

D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA

En Madrid, a doce de enero de dos mil dieciséis.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA.

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 de Procedimiento Ordinario nº 1560/2013 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 58 de MADRID, en los aparecen como apelantes DA. Africa , D. Lorenzo Y DA. Coral , representados por la Procuradora DA. SOFÍA PEREDA GIL, defendidos por el letrado D. MIGUEL DE LOS SANTOS, como apelados CAIXABANK S.A., COMO SUCESORA PROCESAL DE BARCLAYS BANK, S.A.,



representada por la Procuradora DA. ADELA CANO LANTERO, y defendida por el Letrado D. BERNARDINO MUÑIZ CALAF; CARDIF ASSURANCE VIE SUCURSAL EN ESPAÑA y CARDIF ASSURANCES RIESQUES DIVERS SUCURSAL EN ESPAÑA, representadas por la Procuradora DA. MARÍA RITA SÁNCHEZ DÍAZ, y defendidas por el Letrado D. ÁNGEL PANIZO LÓPEZ, todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 21/01/2015 .

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.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 58 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 21/01/2015 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda, y en consecuencia, se debe condenar a la entidad CNP Paribas Cardiff España a abonar a la parte actora la cantidad de 9393,41 euros, más el interés previsto en el artículo 20 de la LCS y sin expresa condena en costas".

Con fecha 12 de febrero de 2015 se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "ACUERDO desestimar la petición de aclaración y complemento de sentencia solicitada".

SEGUNDO.- Notificadas las mencionadas resoluciones, se interpuso recurso de apelación por la representación de los demandantes, al que se opusieron las representaciones de los demandados, y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección se acordó para deliberación, votación y fallo el día 7 de enero de 2016.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan en parte los razonamientos jurídicos de la resolución que ha sido apelada, en los términos que, a continuación, se expondrán.

PRIMERO.- Antecedentes. Sentencia de primera instancia y recurso de apelación

Para la resolución del presente recurso hemos de comenzar por establecer sus antecedentes.

1.-Sentencia de primera instancia

En la sentencia de fecha 21 de enero del 2015 en el fundamento de derecho primero se reseñan los hechos no controvertidos y aquellas cuestiones respecto de las que existen discrepancias.

Son hechos no controvertidos que don Jesús Carlos contrató un préstamo con Barclays Bank el día 14-11-2008, y en el mismo acto suscribió un seguro de vida con la entidad CNP Paribas Cardiff España, el importe del préstamo fue por 96.748,69 €, y se abonó la prima del seguro por 5.398,69 €. En el momento de suscribir el préstamo don Jesús Carlos tenía 63 años y faltaban 13 meses para cumplir los 65 años. En el contrato de seguro se establecía que a los 65 años se extinguía la cobertura por muerte o incapacidad temporal causada de forma natural, y a los 70 años la cobertura, en ambos casos, causada de forma accidental. A don Jesús Carlos le fue diagnosticado un adenocarcinoma del recto en marzo de 2009, estando hospitalizado 85 días y falleció el 15 de febrero de 2011. Los actores son sus herederos. La aseguradora después del fallecimiento transfirió 3.139,92 € por el importe de la prima no disfrutada.

Son cuestiones controvertidas si la contratación del seguro fue una imposición de la entidad bancaria, y la trascendencia jurídica de este hecho. Si don Jesús Carlos estuvo incapacitado desde marzo de 2009 hasta su fallecimiento y, en su caso, su importe. Se discute la indemnización por los días de hospitalización, si bien están de acuerdo que se deben valorar 55 días. La nulidad o no de la cláusula 14.4 y 14.5. La legitimación pasiva de Barclays Bank.

En el fundamento segundo se señala que lo primero que debe analizarse es si las cláusulas 14.4 y 14.5 son nulas, y tras reseñar la STS 15-10- 2014 recurso 2341/2012 , entiende que nos encontramos ante una cláusula delimitadora del riesgo, pues la primera determina el objeto del riesgo, la muerte natural antes de los 65 años y la segunda establece la cuantía máxima de la cobertura, por lo tanto, al no ser cláusulas limitativas de derechos decae el motivo en que se funda la demanda, ya que no son cláusulas que limiten los derechos del consumidor como se alega en la demanda, ni es cláusula limitativa de derechos de las previstas en el art. 3 de la L.C.S . Por otro lado, se trata de cláusulas aceptadas expresamente por el firmante del contrato, no se debe de olvidar que



la firma fue intervenida por un fedatario público. Lo anterior hace innecesario que se deba de analizar si la letra era o no suficientemente legible. También es intrascendente si se trató de un contrato impuesto o no. Todo lo anterior determina que deba desestimarse el punto primero del suplico de la demanda. En el fundamento tercero respecto de los 55 días de hospitalización se establece la condena en 2.933,33 €. En el fundamento cuarto respecto de la incapacidad temporal se concede la cantidad de 1600 € por el límite de 6 meses, en total 9.600 €. En el quinto se estima la falta de legitimación pasiva de Barclays Bank, por lo que debe responder CNP Paribas Cardiff España, en cuanto aseguradora.

2.-El recurso de apelación formulado se fundamenta, en síntesis, en los siguientes motivos:

2.1.- Error en la apreciación de la prueba documental o contrato vinculado, al no apreciar el carácter nulo por abusiva de la cláusula de extinción por fallecimiento a los 65 años, y límite cuantitativo de 50.000 €, ilegibles, con clara vulneración de la normativa invocada en la demanda tanto de la LCGC, como R.D. L. 1/2007 de defensa de consumidores, Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril y jurisprudencia que lo interpreta y aplica tanto del T.S. como del TJUE.

2.1.1. Planteamiento.- Entre las coberturas del seguro, sin duda la principal o más importante, que contrató el difunto Sr. Jesús Carlos a punto de cumplir los 64 años, se encuentra el fallecimiento durante la vigencia del préstamo, que a su vez queda prácticamente anulada e ineficaz, por la incorporación de una cláusula contradictoria, desde luego abusiva e ilegible, al disponer concretamente la condición general nº 14.4.b), eso sí siempre ayudado de una buena lupa que "el seguro queda extinguido para las garantías de fallecimiento" "el último día del mes en que el asegurado cumpla 65 años de edad para la garantía de fallecimiento o IPA por enfermedad, y el último día del mes en que el asegurado cumpla 70 años para la garantía de fallecimiento o IPA causados de forma accidental", con lo que es obvio que el difunto Sr. Jesús Carlos al momento de suscribir dicho contrato, cuya imposición no sólo no ha sido cuestionada sino absolutamente probada por la declaración del director del Banco firmante, al admitir expresamente en su declaración que no había posibilidad alguna de negociación o modificación de ninguno de sus términos, sencillamente se le estaba obligando a realizar un seguro que se vinculaba al préstamo para garantizar la devolución del mismo para el caso de fallecimiento durante toda su vigencia, pero que, en realidad no es así, no garantizaba la contingencia más importante, fallecimiento por enfermedad, durante toda la vida del préstamo o seis años pactados, ya que de antemano se hace incomprensiblemente desaparecer el riesgo cubierto al cumplir los 65 años, edad que cumpliría enseguida, tan sólo a los 13 meses de los 72 pactados de duración del préstamo cuyas devoluciones se está garantizando con este seguro, verdaderamente incongruente e inaceptable, que choca por completo con la propia finalidad o causa última del contrato que pretende asegurar el cobro o devolución del préstamo precisamente para el caso de que el asegurado fallezca por enfermedad, y por otro lado se limita de manera ilógica extinguiendo el mismo para caso de fallecimiento o enfermedad al cumplir los 65 años.

2.1.2.- Algunas de las disposiciones legales expresamente invocadas en la demanda que han sido infringidas por inaplicación en la sentencia recurrida, que a su vez adolece de incongruencia omisiva al no encontrar respuesta o motivación alguna a su no aplicación.

Entre otros resultan de indudable aplicación, la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación, absolutamente determinante en el control del carácter abusivo y por tanto nulo de la cláusula extintiva indicada, al caer de lleno dentro de su ámbito objetivo, definido en el art. 1.1. y subjetivo del art. 2, pero también, infringiendo los artículos 5, 6, 7 y 8.

El RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios puesto en relación con la lectura del artículo 51 en relación con el 53.3 CE se concluye que la defensa de los consumidores y usuarios ha de considerarse un principio general informador del ordenamiento jurídico en un doble sentido: por una parte, obligando al legislador a adoptar las medidas normativas precisas y, por otra, atribuyendo a los órganos encargados de aplicarlas el deber de interpretar las normas en un sentido favorable a los legítimos intereses de los mismos. Y este principio se ve reforzado cuando los derechos del consumidor guardan relación directa con un bien o servicio de uso común, ordinario y generalizado, como es el caso de los préstamos. La defensa de los consumidores y usuarios es, en consecuencia, una de las exigencias que derivan del componente social de nuestro Estado de Derecho que, en palabras del Tribunal Constitucional en STC 123/1992, de 28 de septiembre, cuya tendencia siguen otras Sentencias del Tribunal Constitucional 98/1993 y 177/1993 "...significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría ser siempre el perdedor, para conseguir así la igualdad real o efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el artículo 9 de la Constitución y, con ella, la justicia.", indicando en la STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6 "...nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos" así pues, resultan de plena aplicación al supuesto sometido a enjuiciamiento, los siguientes preceptos de la citada ley: 8, 65, 82, 83,86,87 y 89.



En definitiva lo que se pretende con esta Ley de Consumidores no es otra cosa que incorporar, en los artículos citados, de manera literal la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario Oficial Comunidades Europeas 95/1993, de 21 de abril de 1993, que recordemos ya era de aplicación directa.

Definición que igualmente encontramos en el Preámbulo de la Ley 7/1998, antes citada, sobre Condiciones Generales de la Contratación, al dejar claro que la cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, normativa igualmente de aplicación.

2.1.3- Infracción de la doctrina del T.S. y del T.J.U.E. sobre condiciones generales y control de transparencia con independencia de la clase de contrato.

La mera aplicación de las disposiciones legales antes citadas ponen de manifiesto el error cometido por el Juzgador de Instancia que no ha observado ni respetado sus dictados, y ello a pesar de reconocer que no son claras ni legibles, o que fueran impuestas y que no hubo negociación previa, como no podía ser de otro modo, cuando la propia representación del BARCLAYS BANK en la página 8 de su escrito de contestación a la demanda así lo está ya reconociendo, de hecho, como quiera que ni siquiera cumplen el requisito del tamaño (mínimo 1,5 milímetros) ni de contraste para permitir su lectura, y con ello su comprensión directa por el consumidor, lo que sucede es que todas esas carencias las salva afirmando que se trataba de una póliza intervenida notarialmente, cometiendo otro grave error, pues no distingue entre los documentos meramente intervenidos notarialmente, pero que ni siquiera se leen ante notario, como el que nos ocupa, de las escrituras públicas que son redactadas y leídas por el notario con carácter previo a su firma, cual no es el caso, pero igualmente irrelevante, ya que, primero, si así lo hubiera sido, ello no sirve para sanar el vicio, defecto y convalidar el mismo, al tratarse siempre de una contratación seriada, contratos de adhesión, ya de préstamo, seguro en la modalidad que fuera, obligaciones subordinadas, Participaciones Preferentes, SWAPS, o un contrato de mantenimiento de ascensores, en fin, la casuística es muy rica (STS 23, marz, 2011, 18 jun 2012 , 9 de mayo de 2013 , 11 marzo de 2014 , etc., o la STUE 14 de junio de 2012 , 21 marzo 21013 , o 30 abril de 2014 ...) y , por que como se ha encargado ya de dejar muy claro la ley 3/2014 de 27 de marzo, impide cualquier suerte de moderación o integración de una cláusula que deba ser declarada abusiva.

Pero es más, claro que no se discute el carácter ilegible de la cláusula, de hecho, esta parte mantenía que el tamaño y contraste de la letra, lo tenían todos los ejemplares y no sólo el presentado con el escrito de demanda, hasta el punto de interesar se librara mandamiento al notario para que aportara la copia que obra en su protocolo a tamaño real, y es acertadamente denegada esta prueba en la audiencia previa, que recurrida en reposición por esta parte, es desestimado dicho recurso con el siguiente argumento "si la parte demandada hubiera tenido una copia de la póliza más clara de la que ha aportado (doc. nº 3), la hubiera aportado, y como no lo ha hecho es que esa es la más clara que tiene" resolución absolutamente ajustada a derecho pues como acabamos de ver tanto la ley 7/98 como el RDL 1/2007, le impone a la parte demandada dicha carga de la prueba. Lo que sucede es que esta resolución o razonamiento que tuvo lugar en la audiencia previa se compadece mal por absolutamente contradictorio e incongruente con el fundamento ahora recurrido que finalmente plasmó en la sentencia cuando afirma que por ser intervenida por un fedatario público hace innecesario que se deba de analizar si la letra era o no suficientemente legible. También hace intrascendente si se trató de un contrato impuesto o no, lo que determina que deba desestimarse el punto primero del suplico de la demanda.

En todo caso, vista la importancia que el titular del Juzgado de Instancia ha otorgado a esa mera intervención notarial, qué mejor que para evidenciar el error denunciado que traer a colación la más reciente sentencia del TS Pleno, que ha dado respuesta a ello en los términos que viene interesando esta parte, aún cuando insistimos, el supuesto sometido ahora a enjuiciamiento, no es el de una escritura redactada y leída en su integridad ante notario como el caso resuelto por el Pleno del TS, algo que en absoluto guarda relación con nuestro caso en donde no se trata de una escritura así redactada, el ahora apelado descansa en una póliza mercantil que viene impresa por correo electrónico por el Banco sin posibilidad alguna de corregir ni modificar, ni siquiera el tamaño ni el contraste de la letra, y que el notario interviene cobrando una simple comisión, para que adquiera el carácter de título que lleva aparejada ejecución ex art. 517.5º de. la L.E.C .

Por el contrario la STS, Sala 1a Pleno, Sentencia 8-9-2014, nº 464/2014, rec. 1217/2013 , estima el recurso de casación, y en concreto: En el motivo tercero se denuncia la infracción del artículo 1 LCGC, en orden a la consideración de la cláusula suelo como una condición general de contratación; el motivo cuarto se denuncia la infracción de los artículos 80 y 82 TR-LGDCU 1/2007 y del artículo 8.2 LCGC. Basado en ausencia de reciprocidad y la ausencia de buena fe en el comportamiento de la entidad bancaria, inserta en una escritura sí redactada y leída ante notario, por ello con mayor razón, sus argumentos resultan de plena aplicación al supuesto sometido a enjuiciamiento.



Doctrina que se mantiene en la STS Pleno, 466/2014, de 12 de septiembre Rec. 1460/2013 . En igual sentido según se recoge tanto en el art. 23 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) como en el art. 81.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 1/2007, de 16 de noviembre, no se aprecia el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes exigido por el art. 80,1.c), añadiendo por ser de interés al presente litigio, que los prestatarios son consumidores, no planteándose debate sobre tal extremo, así como la especial atención legislativa y jurisprudencial que existe respecto de la tutela de los derechos de quienes tienen tal consideración (Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 y sentencias del TJUE sobre su interpretación y aplicación).

Más reciente aún, la STS Pleno, de 12 de enero de 2015 , anula un contrato de seguro de vida a la entidad bancaria por falta de información, dejando claro que la entidad tiene que facilitar al cliente en cuanto al seguro, la normativa que regula los seguros privados y en cuanto al producto de inversión la normativa que rige la contratación de estos productos, habiendo declarado a los efectos de la presente litis con cita de la STJUE de 18 de diciembre de 2014 dictada en el asunto C-449/13 en relación con la Directiva de Crédito al consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos.

La propia Sentencia del T.J.U.E. Sala Primera, de 21 de enero de 2015 en los asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13, C-485/13 y C-487/13 en asuntos de Unicaja y Caixabank, respecto a contratos de créditos hipotecarios, y por tanto necesariamente otorgados ante notario, pues es requisito de su válida constitución conforme al C.C. y la LH que conste en escritura pública, incide en el respeto de la aplicación de la directiva 93/13/CEE, y por tanto en la posibilidad de declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual no negociada individualmente, si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligación de las partes que derivan del contrato, debiendo apreciarla teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio, al momento de la celebración con las circunstancias que concurran en su celebración así como las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa (arts. 3.1 y 4.1), recordando que no sólo ha dado lugar a la nueva redacción de la RDL 1/2007 , sino a raíz de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 , a la ley 1/2013 que modifica diversos artículos de la L.E.C. (arts. 552 , 561 , 695) para poder decretar la improcedencia de la ejecución, constituyendo por primera vez como causa de oposición el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento de la ejecución o se hubiera determinado la cantidad exigible.

2.1.4.- Conclusión:

A) El 14 de noviembre de 2008, Don Jesús Carlos , a punto de cumplir los 64 años de edad, suscribió con Barclays Bank SA, contrato mixto de préstamo y seguro de reglamentación predispuesta, por importe de 96.748,69 €, ya incluidos los intereses, la prima del seguro y comisiones, con vencimiento final a los seis años, concretamente el día 14 de noviembre de 2014, al interés inicial del 8,2 %, no siendo controvertido tampoco que para su concesión, se le exigió la firma de un contrato tipo, de adhesión que entraña o incorpora en unidad de acto un seguro de vida/amortización, préstamo con la finalidad de proteger el pago en caso de que este falleciera, o fuera declarado inválido, cargándosele por tal concepto, una prima nada más y nada menos que por importe de 5.398,69 €, es decir, la suscripción del seguro iba en el paquete impuesto (doc. 1 de la demanda o nº 3 de la contestación), no pudiendo ser objeto de negociación ninguna de sus cláusulas, ni en ese preciso momento, ni con antelación suficiente, máxime cuando ni tan siquiera, insistimos, se puede leer, de muy mala calidad de tinta o impresa, y sin superar el milímetro de tamaño, firmándose únicamente en base a la confianza que en ese momento le traslada el Director de la Oficina al mismo tiempo operador del seguro, Sr. Maximiliano .

B) No se ajusta a derecho la desestimación del punto 1 del suplico de la demanda, pues ha quedado claro que no supera el más mínimo control de transparencia que hace que no resulte comprensible de una manera real la reglamentación predispuesta, representa una contradicción y entrañar un desequilibrio en las prestaciones frente a ambas demandadas, debiendo revocarse en este punto y declarar en su lugar la nulidad por abusiva de las cláusulas contenidas bajo el apartado titulado CONDICIONES GENERALES VÁLIDAS COMO NOTA INFORMATIVA Y BOLETÍN DE ADHESIÓN, en letra absolutamente ilegible por diminuta o minúscula, respecto a la duración de la garantía, y en concreto al referirse a su extinción del seguro el último día del mes en que el asegurado cumpla 65 años de edad para la garantía de fallecimiento o IPA por enfermedad (14.4) y límite de 50.000 euros (14.5), con su inherente consecuencia, o condena al pago o devolución del importe satisfecho por los actores desde el fallecimiento de su padre (43.794,54 €), por cuotas cobradas indebidamente por no aplicar o ser atendidas por el seguro.

C) En ningún momento se redactó el contrato ante notario, ni se leyó ante notario, ni aquél intervino de ninguna manera para advertir de la posible nulidad de las cláusulas como erróneamente ha entendido el Juzgador de Instancia siendo su intervención meramente instrumental, esto es como consta en su propia "diligencia" para hacer constar que ha quedado incorporada la póliza en esa fecha en su libro registro donde se recogen todos los actos y contratos intervenidos en su condición de fedatarios públicos en cumplimiento de lo dispuesto



en la O.M. de 28 de mayo de 1998, y por supuesto para con ello, poder llevar aparejada ejecución ex art. 517.5º de la LEC, si bien como hemos visto, aun cuando hubiera tenido lugar, que no es el caso, mediante la redacción de escritura ante notario, con letra propia en lo que a tamaños, contrastes, espacios, etc., propias de escrituras públicas, y lectura de la misma, no puede variar la conclusión de nulidad, pues como ha resuelto la jurisprudencia, tratándose de reglamentación predispuesta, nada de todo ello suple, por el hecho de la lectura, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia, y así se está declarando en multitud de cláusulas, relativas cláusula, suelo, interés de demora, vencimiento anticipado, etc.

2.2.- Como contrato de seguro, al amparo de la doctrina del propio TS, las cláusulas controvertidas no cumplen los requisitos específicos en materia de seguros ni de transparencia exigidos en los arts. 2 y 3 LC de Seguro (Ley 50/1980), es además limitativa, no figura firmada, es ilegible, está redactada en un tamaño de letra inferior al mínimo legal exigido, no cumple el requisito de ser destacada de modo especial, ni aceptada por escrito de forma específica, en consecuencia no puede ser tenida como válida, en relación con lo establecido en el art. 1288 y demás concordantes del C.C. como normas de hermenéutica general, impiden entenderla contraria a la reglamentación natural y usual de un seguro de vida vinculado a la devolución del préstamo es que el plazo de vigencia de uno es idéntico al otro.

2.2.1.- Planteamiento.- Hasta ahora, de acuerdo con el art. 3 LCS, las condiciones generales y particulares de los contratos de seguros debían de ser redactadas de forma clara y precisa, hasta el punto de que el incumplimiento de esta exigencia, daba lugar a interpretarla de la forma más favorable para el asegurado, en tanto en cuanto que el art. 1288 CC establece que la interpretación de las cláusulas oscuras no puede favorecer a la parte que ha ocasionado la oscuridad.

Por otra parte nos encontramos ante un contrato de adhesión, el cual como hemos visto al amparo de la normativa citada de la LCGC y RDL 1/2007, antes ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores, decía exactamente lo mismo, y además que no puede invertirse la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario, debiendo entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado al amparo de lo dispuesto en el art. 2 y 3 LCS, pero no al contrario, resultando asimismo de aplicación el art. 1259 C.C. que ordena la mayor reciprocidad de intereses para los supuestos de dudas en contratos onerosos y el de seguro sin duda lo es, debiendo acudir si fuera necesario a la interpretación sistemática establecida en el art. 1285 del C.C.

Por otra parte, es de aplicación la directiva 93/13 CEE, que permite declarar directamente el carácter abusivo de una cláusula contractual no negociada individualmente, si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligación de las partes que derivan del contrato, debiendo apreciarla teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio, al momento de la celebración, con las circunstancias que concurren, así como las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa (arts. 3.1 y 4.1), sumamente importante esta cuestión en el caso que nos ocupa.

Efectivamente con independencia de la terminología de uso que queramos hacer, es indudable que estamos ante una figura de "unidad contractual" que en la demanda calificamos de contrato mixto y complejo por que confluyen elementos que pertenecen a diversos tipos contractuales, y la conexión o ligamen de esa pluralidad y unión de contratos, no puede escapar a la interpretación que ha de darse ex art. 1281 del C.C. querido como un todo, estando el seguro coligado al préstamo en una relación de mutua dependencia, con la única finalidad de garantizar su devolución para el supuesto de que el asegurado fallezca o sea declarado incapacitado y por tanto no pueda devolver la cuotas del préstamo por ello.

Por todo ello, nunca se debió de plantear la duda, pero generada la confusión en orden a la fijación de la garantía cubierta por el contrato de adhesión, o si se prefiere si ha de operar la extinción fijada por la puerta de atrás de los 65 años, es claro que en aplicación a lo expuesto dicha cláusula devendría siempre nula e ineficaz, y al no haberlo apreciado así el titular del Juzgado nº 58 de Madrid, incurre en la infracción legal denunciada y doctrina jurisprudencial que exponemos a continuación, que en modo alguno puede quedar zanjada afirmando que se trataba de una cláusula delimitadora del riesgo.

2.2.2. Desarrollo.- Se constata la infracción legal y jurisprudencial, tanto desde el punto de vista general con independencia del tipo de seguro pactado, con razón demás descendiendo al tipo concreto que nos ocupa, pues tal y como se presenta el Doc. nº 1 de la demanda, o si se prefiere el nº 3 de la contestación de CARDIF, se localiza al final del anverso de la página nº 2 dentro del Subtitulo "CONDICIONES GENERALES VÁLIDAS COMO NOTA INFORMATIVA Y BOLETÍN DE ADHESIÓN" sin resaltar de ninguna manera ni aceptada expresamente, no está demás empezar trayendo a colación la reciente STS Sala 1ª 24-10-2014, nº 613/2014, rec. 470/2013, con cita de otras anteriores.



Esta es una razón más de porqué la sentencia recurrida no se ajusta a derecho, al no considerar la cláusula en cuestión en todo caso limitativa en la medida que forma parte de una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual rompiendo la unidad económica y jurídica del "producto" seguro vinculado al préstamo, que además tiene lugar en unidad de acto, porque al momento de suscribir el préstamo fue requisito necesario la contratación simultánea del seguro de vida, en nuestro caso además la concesión de crédito y garantía para su concesión constituyen económicamente un todo, lo que se traduce en el plano jurídico en una entidad negocial, debiendo en tal caso recibir un mismo tratamiento, siendo la garantía referida para llevar a buen fin la financiación supone el traspaso del riesgo, en el caso de fallecimiento del prestatario a la aseguradora y cuya prima del seguro se calcula teniendo en cuenta precisamente la fecha de vencimiento del préstamo vinculado, que quedaría desnaturalizada, si al año de su formalización por cumplir el Sr. Jesús Carlos 65 años se pierda la cobertura más importante del seguro como es el fallecimiento, escapa por completo a su comprensibilidad real y natural.

Es preciso recordar la STJUE de 21 de marzo de 2013 , sólo citada pero no transcrita en el primer motivo de apelación:

- Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC 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.
- 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.

Y que en la STJUE de 30 de abril de 2014 , como viene afirmando reiteradamente, "tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de la información de las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional" . Debiendo a tal efecto recordar, como ya hemos visto y mantiene tanto el T.S. como el TJUE, que es la entidad quien tiene que demostrar, y no ha probado nada, que el consumidor dispuso de esa información de manera previa y con la antelación suficiente para hacer una valoración correcta de su significado y alcance, esto es, hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas que derivan de la inclusión de las limitaciones o exenciones como es que el seguro desaparece al año de su formalización, por cumplir 65 años, cuando lo querido es garantizar el pago o devolución del préstamo durante la vigencia del mismo, que son seis años, y ni BARCLAYS BANK, ni CARDIF, han probado nada al respecto, ni tan siquiera lo han intentado.

Justo lo que ha sucedido en el caso sometido a enjuiciamiento que deja a los herederos de Don Jesús Carlos , ante una situación de indefensión injusta, observando como aquel costoso seguro que contrató su padre ligado por el Barclays Bank SA, no ha servido para el fin pactado, cubrir el crédito concedido para el supuesto de que falleciese, fallecimiento que tuvo lugar tan sólo unos meses después de cumplir 65 años; es decir, el Banco que vinculó la operación préstamo-seguro, y cobró una elevada prima por adelantado, lejos de dar cumplimiento a lo pactado, obliga a los herederos a la amortización del préstamo mes a mes, a pesar de las quejas y protestas que una y otra vez a todos los niveles como quedó acreditado en la instancia.

Esta reglamentación natural y usual de un seguro de vida vinculado a la devolución del préstamo pasa necesariamente por entender que el plazo de vigencia de uno es idéntico al otro, así lo ha entendido la AP Alicante, Elche, Sec. 9ª, 594/2013, de 13 de noviembre . Recurso 271/2013. A la misma conclusión llega la SA.P. Alicante Secc. 8ª 447/2013 de 29 de nov., en relación a un contrato de seguro vinculado con una financiera declara que contiene importantes contradicciones acerca de la duración de la cobertura, pues de un lado refiere que las garantías tendrían efecto durante toda la vida del préstamo (siete años desde 2008 a 2015)..., pero por otro lado, limita la indemnización a seis meses consecutivos o 18 alternos, previendo un plazo entre siniestros de seis meses para el desempleo. La contradicción surge de la propia posibilidad de estar pagando una prima por una cobertura inexistente, desempleo. Pero también lo vemos en la SAP Almería, Sec.3ª, 27/2014, de 4 de febrero. Rec. 182/2011 , a tal efecto nos recuerda que la doctrina jurisprudencial en torno a la vinculación de estos contratos de préstamo y el contrato de seguro como contratos vinculados, otorgados por compañías del mismo grupo; siendo doctrina reiterada, (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1990 , 3 de junio , 20 de junio , y 12 de noviembre de 1991 , 16 de marzo y 6 de junio de 1992 , y 12 de febrero de 1993), la que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores consagrados en los artículos 1.1 y 93 de la Constitución , se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias. La A.P. Pontevedra, en S. 11 enero 2013 nº 19. Rec. 873/2012 . Igual, la SAP Cádiz, Sec. 8ª 81/2008, de 4 de abril. Rec. 2/2008 .



Por último, y por innecesario o irrelevante que fuera a tenor de todo lo expuesto hasta ahora, tampoco es posible compartir el criterio del Juzgador a quo al calificar la cláusula cuya nulidad se ha interesado de delimitadora del riesgo en lugar de limitativa si realmente descendemos como debe ser al análisis del caso concreto, y en este sentido en modo alguno resulta contraria la doctrina del TS, como vemos a continuación y desde distintos puntos de vista:

El TS, Sala Primera, de lo Civil, 516/2009, de 15 de julio . Recurso 2653/2004, concluye acogiendo la propia doctrina suya sobre la diferencia entre cláusulas delimitativas y limitativas que "...Si es una cláusula limitativa de los derechos de los asegurados y «sobre todo» una cláusula dudosa, oscura y contradictoria. «porque contradice el texto de la solicitud de adhesión». Desestimando el Recurso de casación de Mapfre Vida, S. A. y que por tanto deben cumplir, en orden a su validez, y como expresión de un principio de transparencia legalmente impuesto, los requisitos de; (a) ser destacadas de modo especial; y (b) ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3 LCS , que se cita como infringido).

En su Sentencia nº 715/2013, el TS de 25 de noviembre, Rec. 2187/2011 , afronta el mismo problema indicando que no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado, insiste, en que las fronteras entre ambas no son claras llegándose incluso al caso de que las cláusulas que limitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de derechos del asegurado, pasando a citar su doctrina del TS contenida en las mismas sentencias antes citadas de 11 de septiembre de 2006 o 20 de julio de 2011 entre otras para concluir con cita de la STS de 5 de marzo de 2012 "*Se trata pues de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, establecer "exclusiones objetivas" como señala la citada sentencia de 5 de marzo de 2012 ; eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera no frecuente o usual (sorprendentes)*". Por ello concluye con la desestimación del recurso de la aseguradora que defendía como clausula delimitadora de la responsabilidad civil del médico, lo que constituye una infracción normal del la lex artis de su actuación negligente o culposa de su actuación profesional, considerando limitativa o no delimitadora la cláusula que lo excluía, en este sentido, la reciente Sentencia AP Ávila de 26 de abril de 2013 , haciendo suyas la doctrina del TS considera, a pesar de estar la cláusula estampada en negrita, respetar el tamaño de 1,5 mm al menos y firmada la hoja de la póliza donde se contiene por el asegurado, que es limitativa de los derechos del asegurado, no considerándola convenientemente resaltada a los efectos del art. 3 de la LCS y difuminada entre otras muchas, de ahí que la aceptación del tomador no satisfaga las exigencias del citador art. 3, luego con razón de más el caso ahora sometido a enjuiciamiento, que no cumple ninguna de las anteriores exigencias legales.

Aunque podíamos concluir, al mismo resultado con invocación de la doctrina conforme a la cual "la falta de firma de las condiciones generales conduce a la falta de eficacia de las cláusulas establecidas en ellas que necesitan siempre de una aceptación escrita y específica", se trate de limitar las cuantías como es la contenida entre otras en las STS 30 diciembre 2005 , o se trate simplemente de relacionar exclusiones, en cuyo caso las referidas exclusiones no son operativas como es el caso recogido en la STS de 27 de marzo de 2012 nº 186, con amplia cita de otras.

2.2.3.- En conclusión: Cualquiera de todas las razones de hecho y de derecho expuestas, ya por falta de transparencia la cláusula controvertida no cumple los requisitos de transparencia exigidos con carácter general, de ser legible no contradictoria, ni en particular los exigidos en el artículo 3 LCS , ya porque es evidente que es limitativa, no firmada por el asegurado ni cumple el requisito de ser destacada de modo especial y, en consecuencia, no puede ser tenida por válida, ya porque pretenda delimitar negativamente de una manera anormal -o inusual el riesgo lógico, ya por contrario a la reglamentación natural y usual de este tipo de seguro, debe tenerse por no puestas.

3.- Por los apelados se oponen a los motivos de apelación.

SEGUNDO.- Hechos no controvertidos y objeto del recurso

De conformidad a la sentencia apelada y los motivos del recurso de apelación, hemos de partir del hecho no controvertido respecto de la suscripción de la "póliza de préstamo" de fecha 14 de noviembre del 2008 entre don Jesús Carlos , como prestatario, y la entidad BARCLAYS BANK, como prestamista, por un importe de 96.748,69 €, con vencimiento el 14 de noviembre de 2014, en la que por el prestatario se acepta "contratar el Seguro Opcional de Protección de Pago" (documento 1 de la demanda folio 34) y en sus condiciones generales, en concreto en la decimocuarta, se señala:

"14. SEGURO PROTECCIÓN DE PAGOS DE CARDIF



En caso de que el primer titular haya aceptado el Seguro de Protección de Pagos, declara aceptar el presente contrato de seguro tras haber tenido conocimiento de sus condiciones, así como de sus cláusulas limitativas y exclusiones...

CONDICIONES GENERALES VÁLIDAS COMO NOTA INFORMATIVA Y BOLETÍN DE ADHESIÓN...

14.4. Duración: El seguro tendrá efecto a partir de la fecha de celebración del contrato de lo cual será informado el asegurado, con las posibles reservas a la aceptación del riesgo por parte del Asegurador y tendrá una duración máxima de 84 mensualidades.

El seguro queda extinguido: Para la garantía de fallecimiento, IPA, en cualquiera de las siguientes situaciones (se utilizará la que ocurra primero por orden cronológico): a) Cuando el préstamo se haya reembolsado total o anticipadamente cualquiera que sea la causa o transcurridos 84 mensualidades desde la adhesión, b) El último día del mes en que el asegurado cumpla 65 años de edad para la garantía de Fallecimiento o IPA por enfermedad y el último día del mes en que el asegurado cumpla 70 años para la garantía de fallecimiento o IPA causados de forma accidental...

14.5.- Definición de las Garantías: a) Fallecimiento e IPA por enfermedad o accidente el asegurador liquidará al beneficiario (BARCLAYS BANK) el Capital Pendiente de Amortizar en la fecha del siniestro excluyendo los impagos que correspondan a mensualidades anteriores al siniestro con un límite de 50.000 euros..." (documento 1 de la demanda, folios 34 y 35).

De igual modo, no es controvertido que don Jesús Carlos (con fecha de nacimiento el NUM000 de 1944) falleció el 15 de febrero de 2011 (todo ello de conformidad al certificado de defunción que obra al folio 64 de las actuaciones), como consecuencia de un adenocarcinoma del recto diagnosticado en marzo de 2009 (documento 4 de la demanda, folio 47).

Al encontrarse excluido del "seguro protección de pagos CARDIF" por el riesgo de fallecimiento por enfermedad, al haber sobrepasado el asegurado la edad de 65 años a la fecha de la defunción, la aseguradora entendió que no procedía la indemnización por tal riesgo. En la sentencia objeto del presente recurso se concluye que la cláusula referida es delimitadora del riesgo, y de igual modo, el límite establecido de 50.000 €, aceptadas expresamente por el firmante del contrato e intervenida por fedatario público, por lo que se desestima la pretensión del punto primero de la demanda, en el que se solicitaba la "nulidad por Abusiva y limitativa de derechos la cláusula contenida en el apartado 14.4"; en el recurso se solicita la revocación de la sentencia en este apartado y se condene a las demandadas al reintegro de la cantidad de 43.794,54 € por la cobertura de fallecimiento.

TERCERO.- Contrato de préstamo vinculado al contrato de seguro

De conformidad a lo desarrollado en el anterior fundamento se revela que nos encontramos ante un supuesto, habitual en la práctica bancaria, en el que la concesión del préstamo se condiciona a que por el prestatario se concierte un seguro, sea de vida o de no vida, o de ambos, con la garantía de protección de pagos, con las coberturas de fallecimiento, incapacidad permanente o temporal, hospitalización, desempleo, etc., y con la finalidad última de reforzar la garantía de devolución.

Contrato de seguro de cuya gestión, además, suele encargarse la propia entidad de crédito, de modo que, al interés en asegurar el reembolso, se añade el beneficio derivado de incrementar el volumen de negocios entre la entidad prestamista y la entidad aseguradora, mediante la concertación de seguros y el pago de primas por los prestatarios; habitualmente prestamista y aseguradora pertenecen a mismo grupo, aunque en ocasiones, para evitar posibles conflictos de interés, eludir controles formales, crear sinergias o, simplemente, disminuir riesgos, la conexión se extiende más allá de las empresas del mismo grupo y el seguro se deriva, mediante acuerdos de reciprocidad y de distribución, hacia empresas aseguradoras controladas por terceros operadores bancarios.

Esto es precisamente lo que ocurre en el supuesto objeto del presente recurso, aunque con matices, como resulta del clausulado de la póliza de préstamo, pues si bien, con carácter general, se hace constar "El 1er titular SÍ acepta contratar el Seguro Opcional de Protección de Pago. Imp: 5398,69" (folio 34), tal opción es más aparente que real, pues las condiciones del seguro se incluyen como un todo en la póliza de préstamo, de esta manera, en las mismas condiciones generales del préstamo (en la decimocuarta) se incluye la adhesión a las Pólizas de seguro colectivo de las que es tomadora y beneficiaria la entidad prestamista (folio 35 y vuelto), a tales fines, aparecen como aseguradoras las entidades "Cardif Assurance Vie/Assurance Riesques Divers, Sucursal en España (Cardif)", mediante la fórmula de pólizas de seguro colectivas para la garantía de vida (fallecimiento e IPA) nº NUM001 y para la garantía de No Vida (Desempleo, IT, Hospitalización) nº NUM002, en las que el Banco prestamista no es sólo el tomador, sino también el beneficiario (folio 35), y no se trata de una mera remisión a las pólizas, sino que, por el contrario, en los dieciséis apartados de



la condición general decimocuarta se definen las características y condiciones de los seguros concertados (riesgos, duración, límites, exclusiones, etc.) (folio 35 y vuelto).

En definitiva, nos encontramos ante dos contratos de seguros colectivos (de vida y no vida) vinculados al contrato de préstamo principal, formando parte del mismo, en los que la iniciativa de la concertación del seguro no parte del prestatario sino de la propia entidad bancaria y los seguros se concertan con una aseguradora negocialmente vinculada a ella. No solo se condiciona/sugiere la concertación del seguro para lograr la concesión del préstamo (al figurar en el mismo documento), sino que se impone también su concertación con una aseguradora ligada al Banco. A su vez, la prima se deduce de la cantidad objeto del contrato de préstamo, pues como se deriva del documento 2 de la demanda la prima única de 5.398,69 €, se abona con cargo al préstamo concedido (folio 38).

Que no se trata de una opción para el prestatario se refuerza, en el presente supuesto, con base a la prueba testifical practicada en el acto del juicio, por las manifestaciones de don Maximiliano , empleado de Barclays y director de la oficina de Majadahonda en el año 2008 cuando se suscribió la póliza de préstamo (hora 13:06 del soporte audiovisual), reconoce se trata de un contrato mixto de préstamo y seguro (hora 13:06), no recuerda, en concreto, cuál era la finalidad del préstamo, quizás fuera, entre otras cosas, para la reconstrucción bucal (hora 13:07), y reitera, entre otras cosas, puede que fuera para eso (hora 13:08), lo habitual era informar previamente (hora 13:09), se trata de condiciones fijadas por el Banco (hora 13:11), en principio se aceptan íntegramente (hora 13:12), no recuerda, después de tantos años, que se leyera (hora 13:13), una vez que se aprobada por el departamento de riesgos, cree recordar, imprimíamos en la oficina la póliza correspondiente y se llevaba a la Notaría (hora 13:14), no había posibilidad de modificar nada, sólo se imprimía, no modificaban nada (hora 13:15), se le explicó que por muerte natural se extinguía a los 65 años (hora 13:17).

CUARTO.- Condiciones generales de la contratación. Control de incorporación o primer control de transparencia

De lo desarrollado en el anterior fundamento, en primer lugar, hemos de examinar si respecto de la condición general decimocuarta de la póliza de préstamo, referida al "seguro protección de pagos de CARDIF", nos encontramos ante condiciones generales de la contratación.

A tales efectos, en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, es de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que, en primer lugar, establece el ámbito objetivo en el artículo 1.1 al disponer "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos...", y de igual modo, respecto de su ámbito subjetivo, pues el artículo 2 establece "1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente...".

Respecto de los requisitos de las condiciones generales del artículo 1 transcrito, hemos de traer a colación la STS 9 de mayo de 2013 recurso 485/2012 "137. La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes: a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión. c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. 138. De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".



Por otra parte, como señala la STS 29 de abril de 2015 recurso 1072/2013 "Es un hecho notorio que en determinados sectores (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet, primera venta de vivienda, etc.) la contratación de las empresas y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o el profesional. Quien pretende obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él. Tal circunstancia no solo resulta corroborada por la constatación empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente", aunque el que las condiciones generales vengan impuestas por la contratación en masa, no implica su ilicitud, pues como señala la ya citada STS 9 de mayo de 2013 recurso 485/2012 "166. Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que *"comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico"*. De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que *"la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad"*.

Sin que pueda excluirse la aplicación de la Ley 7/1998 porque se trate de condiciones generales referidas al objeto principal o se trate de cláusulas delimitadoras del riesgo, pues como señala la ya citada STS 9 de mayo de 2013 "a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo".

En el presente supuesto nos encontramos ante condiciones generales de la contratación con los requisitos del artículo 1 Ley 7/1998 y conforme a la doctrina jurisprudencial trascrita, como se deriva tanto de la condición general decimocuarta de la póliza de préstamo como, de manera evidente, de la prueba testifical, pues se trata de una cláusula con dieciséis apartados para una generalidad de contratos de préstamos y su inserción no deriva del acatamiento de una norma imperativa; condiciones que estaban predispuestas e impuestas por la entidad prestamista y beneficiaria de los seguros suscritos; el adherente debía suscribirlas en los términos prerredactados, sin posibilidad de negociación, pues aceptada la concesión del préstamo por el departamento de riesgos (se ha de entender de la entidad prestamista), se remitía a la correspondiente sucursal, y los empleados se limitaban a imprimirla y llevarla a la Notaria, tal y como explica el testigo, en los términos que hemos reseñado en el anterior fundamento.

Dentro del marco general que estamos examinando, y presupuesto que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación, en primer lugar nos hemos de centrar en el examen del control de transparencia documental, y en concreto, en los requisitos de incorporación del artículo 5 de la Ley 7/1998 al establecer "...5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez", y en sentido negativo, el artículo 7 al disponer "No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:... b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato", por último, respecto de los efectos de no incorporación el artículo 10 dispone "1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. 2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo".

A su vez, dentro de este primer control de transparencia documental o de inclusión, hemos de tener en cuenta que respecto del objeto del presente recurso, también es de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues el fallecido don Jesús Carlos, respecto de la suscripción del préstamo y, en consecuencia, respecto de los contratos de seguro suscritos, a los que se adhiere en los términos de la condición general decimocuarta, tenía la condición de consumidor, al disponer en su artículo 3 "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", pues no consta que el destino de la cantidad objeto del contrato de préstamo fuera para el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, siempre y cuando como hemos reseñado en el anterior fundamento, el testigo don



Maximiliano manifiesta que quizás fuera para la reconstrucción bucal, aunque también señala, entre otras cosas, sin especificación alguna.

El RDLeg. 1/2007, en primer lugar, respecto de las condiciones generales de la contratación, nos remite a la regulación general de la Ley 7/1998 pues en su artículo 59.3 dispone: "3. Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación".

Respecto de las cláusulas no negociadas individualmente, como es el supuesto del presente recurso, el artículo 80, en la redacción original hasta la Ley 3/2014, establecía "1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido... c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas", la Ley 3/2014 ha venido a concretar los criterios de accesibilidad y legibilidad del apartado b) al añadir "En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura".

Por último, hemos de tener en cuenta la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al establecer en el artículo 1 "El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores", el artículo 3.1 del siguiente tenor: "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato", el apartado 2 " el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba". De igual modo, debemos referirnos al artículo 4.2 del siguiente tenor: "2. 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** ", y, a su vez, se ha de tener en cuenta, lo establecido en el artículo 5 «En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, **estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible** . [...]», por último, el vigésimo considerando de la Directiva al indicar " [...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]".

No podemos obviar que en el presente supuesto nos encontramos ante contratos vinculados, cuales son el préstamo y el seguro de protección de pagos, y como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 23 Abril 2015, C-96/2014, aportada al presente recurso "35. Por otro lado, en lo que atañe a una cláusula incluida en un contrato de seguro celebrado entre un profesional y un consumidor, el decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 dispone que, en tales supuestos, las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de una apreciación del carácter abusivo, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor", aunque también se debe tener en cuenta respecto de esta sentencia, por la similitud al supuesto del presente recurso, " 48. Podría también resultar pertinente en este contexto la circunstancia de que el contrato de seguro sobre el que versa el litigio principal se incardina en un entramado contractual más amplio y está ligado a los contratos de préstamo. De hecho, en el supuesto de que se celebren varios contratos vinculados entre sí, no puede exigirse al consumidor la misma atención en cuanto al alcance de los riesgos cubiertos por el mencionado contrato de seguro que la que se le exige en el supuesto de que hubiera celebrado de manera diferenciada dicho contrato de seguro y los contratos de préstamo".

Traemos a colación la Directiva 93/13/CEE, pues aunque referida a cláusulas abusivas, la exigencia de claridad y comprensión (art. 4.2 y 5 y vigésimo considerando) entendemos debe de ser tenida en cuenta dentro del primer control de transparencia documental (o de incorporación) pues si la cláusula no es legible, difícilmente podrá ser comprensible.

Por lo tanto, de conformidad al elenco legislativo y doctrinal que hemos reseñado en el presente fundamento, al encontrarnos ante condiciones generales de la contratación predispuestas o impuestas al consumidor, sin posibilidad de negociación, se deberá de efectuar el primer control de transparencia documental (de



incorporación o de inclusión), pues como señala la Sentencia núm. 138/2015 del Tribunal Supremo de 24 Marzo 2015, Rec. 1765/2013 "La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE ", de lo que se deriva que el primer control de las condiciones generales (presupuesto el de legalidad que en el presente supuesto no es controvertido) es el de transparencia documental, a tenor de los preceptos que se reseñan en la sentencia transcrita.

De igual modo, este primer control de transparencia documental (de incorporación o inclusión) se reitera por la STS 23 de diciembre de 2015 recurso 2658/2013 , en sus distintos fundamentos "Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013 , con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo , ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical [...] Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC) [...] 3.- Las citadas sentencias de esta Sala han basado dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 TRLGCU, interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE ; y hemos citado a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG , respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste» [...] 4.- En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar -arts. 5 y 7)..."

En conclusión, respecto de la condición general decimocuarta de la póliza de préstamo de 14 de noviembre 2008, como condición general sin posibilidad de negociación por el consumidor, y referida a la adhesión a los seguros colectivos que en la misma se reseñan (en sus apartados 14.1 a 14.16), procederá examinar, presupuesto el control de legalidad, si supera o no el control de transparencia documental (o de incorporación) por cumplir los requisitos que a tales efectos dispone la legislación aplicable, conforme a lo desarrollado en el presente fundamento.

QUINTO.- Aplicación al supuesto del recurso del control de transparencia documental o de incorporación

Con base a la legislación y doctrina reseñada en el anterior fundamento, trasladada al supuesto del presente recurso, la "condición general" decimocuarta de la póliza de préstamo, en la que se contiene el "seguro protección de pagos de CARDIF" hemos de concluir no supera los requisitos de incorporación al contrato, por la ilegibilidad de la misma, pues su lectura es harto dificultosa, sin que el tamaño de la letra tenga el mínimo exigido en el artículo 80.b) LGDCU , en la redacción dada por la Ley 3/2014, y sin que esta última conclusión implique que estemos aplicando la redacción actual con carácter retroactivo, pues obviando la aclaración de este precepto, el requisito de legibilidad es un criterio exigido tanto en el artículo 5 (en sentido positivo) como en el 7. b) (en sentido negativo) de la Ley 7/1998 , y de igual modo, en el artículo 80 b) RDLeg. 1/2007, en su redacción original, es más, como hemos reseñado, tanto el artículo 4.2 como el 5 de la Directiva 93/13/CEE , exigen claridad y comprensión en la redacción de las cláusulas, lo que presupone que sean legibles, y esto no ocurre en el supuesto del presente recurso, pues dado el tipo de letra utilizado difícilmente pueden leerse y comprenderse. En el mejor de los casos, su lectura requiere un gran esfuerzo y, en consecuencia, se dificulta la comprensión. Conclusiones que hemos de derivar tanto respecto del documento 1 de la demanda (folios 34 y 35) como respecto del documento 3 de la contestación (folios 173 y 174), pues las diferencias son mínimas, y la dificultad de lectura es evidente respecto de las condiciones generales del préstamo, en las que se incluye la decimocuarta referida al "seguro protección de pagos Cardif". El testigo, como hemos reseñado en anteriores fundamentos, ni tan siquiera recuerda se le leyera la póliza al prestatario.

De conformidad a estos presupuestos, al no reunir la condición general decimocuarta, objeto de controversia, los requisitos de los preceptos reseñados en cuanto a la transparencia documental (de incorporación o primer



control de transparencia), la conclusión a la que hemos de llegar es la establecida en el artículo 10.2 Ley 7/2008, pues entendemos no nos encontramos ante un supuesto de nulidad total del seguro de protección de pagos, sino de tener por no puestas las exclusiones del riesgo por fallecimiento o IPA por enfermedad el último día del mes en que el asegurado cumpla los 65 años, así como el límite de los 50.000 €, sin que podamos entender que no rige el primer criterio de transparencia o de no incorporación por tratarse de cláusulas delimitadoras del riesgo, por la doctrina jurisprudencial que se reseña en la sentencia apelada (STS 15-10-2014), siempre y cuando, en el presente supuesto, no nos encontramos ante un supuesto de falta de transparencia propiamente dicho (o de control de cláusulas abusivas), sino en un estadio anterior, es decir, en el examen de los criterios de no incorporación por falta de legibilidad de las cláusulas, por lo tanto, no podemos compartir el criterio del Juzgador de instancia al entender que al tratarse de cláusulas delimitadoras del riesgo, la ilegibilidad de las mismas es irrelevante, cuando han sido aceptadas por el asegurado con su firma intervenida por fedatario público, pues con tales conclusiones se estaría obviando la regulación de la Ley 7/1998, así como los artículos 59.3 y 80 del RDLeg. 1/2007.

Los efectos de la no incorporación y, por consiguiente, la exclusión de lo establecido en el seguro de protección de pagos, conlleva el que deba integrarse con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo (artículo 10.2 Ley 7/1998), lo que implicará, en el presente supuesto, que el riesgo por fallecimiento por enfermedad, objeto de controversia, se deberá extender a la duración del préstamo, al pactarse en la póliza el vencimiento al 14-11-2014, dada la vinculación entre ambos (préstamo y seguro), como hemos desarrollado en anteriores fundamentos, pues esta consecuencia es la que se deriva de la naturaleza del contrato de seguro, conforme a los criterios del citado artículo 1258 CC. Lo que no puede ser de recibo es limitar el seguro por fallecimiento por enfermedad a un periodo de duración de 13 meses, pues el asegurado don Jesús Carlos, cumpliría los 65 años el NUM000 de 2009, y el préstamo se suscribe el 14 de noviembre de 2008, sin que conste que el cálculo de la prima por 5.398,69 € (folio 34), se efectuara teniendo en cuenta esta circunstancia. A su vez, debemos de tener en cuenta que podría entenderse como legible el apartado 14.3 al resaltar la cobertura, en letras mayúsculas, respecto del "FALLECIMIENTO, INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA (IPA), INCAPACIDAD TEMPORAL (IT)...HOSPITALIZACIÓN", empero, no ocurre lo mismo en cuanto a la duración de cada una de ellas, en concreto, respecto del fallecimiento, pues la duración del riesgo, bien por enfermedad hasta el último día del mes en que el asegurado cumpla 65 años o por accidente hasta los 70 años, y el límite cuantitativo por tal riesgo, se reseñan con letras minúsculas de muy difícil lectura (en los dos contratos aportados a las actuaciones), y en estos supuestos (seguro vinculado a un préstamo) no puede exigirse al consumidor la misma atención, en cuanto al alcance de los riesgos cubiertos por el mencionado contrato de seguro, que la que se le debe exigir en el supuesto de que hubiera celebrado de manera diferenciada dicho contrato de seguro y el contrato de préstamo, por lo que al consumidor, en estas condiciones generales predispuestas y no negociadas, le bastará con la lectura de los riesgos asegurados en general, cuando el tipo de letra es accesible al consumidor medio.

No nos encontramos ante un supuesto de examen de transparencia propiamente dicha por tratarse de cláusulas abusivas, sino que por el contrario, hemos de reiterar, nos encontramos en un estadio anterior (control de incorporación o transparencia documental), y por ello las entendemos por no puestas, por no cumplir los requisitos necesarios para tenerlas por incorporadas al contrato de seguro, y por consiguiente, tales requisitos de legibilidad y claridad también deben predicarse de las cláusulas delimitadoras del riesgo.

En una primera aproximación podríamos entender que al no haber superado el primer control de transparencia documental o de incorporación (por la ilegibilidad de todo su contenido, salvo las reseñadas con letras mayúsculas), la consecuencia debería ser la nulidad del contrato (artículo 10.1 Ley 7/1998), sin posibilidad de integración, y en concreto respecto de la condición general decimocuarta. Sin embargo llegar a esta conclusión supondría un evidente perjuicio para el consumidor (en el presente supuesto para sus herederos), pues la aseguradora se vería liberada de sus obligaciones con la sola devolución del importe de la prima única, por aplicación del artículo 1303 CC.

La declaración de nulidad beneficiaría únicamente a la aseguradora y a la entidad prestamista, en perjuicio del consumidor, en este supuesto sus herederos (pues éstos deberían continuar pagando los vencimientos pendientes del préstamo pese a haberse producido uno de los riesgos objeto de cobertura), lo que supondría que el no haber podido superar el primer control de transparencia documental (por su ilegibilidad) frustraría la finalidad de la legislación aplicable (a favor del adherente y consumidor). Por estas consideraciones no puede ser de recibo, en supuestos como el presente, la declaración de nulidad, sino que, al contrario, el contrato debe integrarse, respecto del seguro de protección de pagos, por aplicación del artículo 1258 CC, al respecto, aunque se trate del examen de cláusulas abusivas, la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 30 Abril 2014, Rec. C-26/2013 "83. En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su



totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. 84. En efecto, tal anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a éste más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca. 85. Por las anteriores consideraciones se ha de responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional".

En el mismo sentido la STS 23 de diciembre de 2015 recurso 2658/2013 "4.- Y la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo: «Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización». 5.- En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, al decir: «[I]a consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor...".

En conclusión, en el presente supuesto, declarar la nulidad del "seguro protección de pagos de CARDIF", por no superar el control de transparencia documental (o de incorporación o no inclusión) sólo implicaría un perjuicio para el consumidor (en este supuesto los herederos), por lo que se hace necesario la integración del contrato en los términos ya reseñados, es decir, mantener el riesgo por fallecimiento por enfermedad durante la vigencia del contrato, y no sólo hasta el último día del mes en que el asegurado cumpliera los 65 años.

Por otra parte, no podemos obviar las peculiaridades de los contratos vinculados (préstamo en el que se incluye una cláusula de adhesión a los seguros colectivos de vida y no vida, detallando sus condiciones), en los que el principal es el préstamo, lo que implica que el consumidor no preste la misma atención, respecto de los riesgos cubiertos, que cuando se suscriben de manera autónoma, de ahí que el consumidor sólo preste la debida atención a lo especialmente reseñado, así lo que consta con letras mayúsculas, y de posible lectura.

El que se trate de contratos vinculados también conlleva que la adhesión al "seguro protección de pagos CARDIF", tenga una doble función, en primer lugar para el tomador-beneficiario (entidad prestamista) el seguro tiene una función más parecida a una garantía o a un seguro de crédito, pues de ocurrir los riesgos, tanto de vida como de no vida, se le garantiza el cobro de las cantidades pendientes de vencimiento, y, en concreto, respecto del seguro de vida (por fallecimiento) la garantía vendrá dada por cuanto de producirse el riesgo, el prestamista se asegura que el capital pendiente se va a cubrir por el seguro concertado; pero el seguro también cubre un interés esencial para el asegurado, pues en caso de acaecimiento del riesgo (en este caso el fallecimiento), sus herederos quedarían liberados de la restitución del préstamo por el pago, por la aseguradora, de la indemnización prevista en el contrato. Lo que implica que la duración del seguro deba extenderse a la del préstamo.

En definitiva, ambos contratos (préstamo y seguro) contenidos en una misma póliza, deben tener vidas paralelas, a tal efecto traemos a colación la STS del 19 de febrero de 2004 Recurso: 1089/1998 "a) El contrato de seguro de vida que en este pleito se discute, no nace sólo, es decir, no es independiente, sino que está supeditado, o compone, como cláusula de garantía, formando parte de un contrato principal, el de préstamo hipotecario, en el que el allí asegurado, aquí prestatario, queda obligado a garantizar su posible prelación, con el fin de que el contrato principal se cubra o mantenga con las prestaciones del seguro de vida, a efectos de que el indicado prestatario- asegurado, y a través del seguro, abone, para tal caso, las primas anuales, o el pago del capital prestado. Por ello, tiene razón la parte recurrente cuando machaconamente insiste en que los dos contratos llevan vidas paralelas, y que es una exigencia del préstamo que la prestación correspondiente al favorecido por él, se complementa con su aseguramiento".



Por lo tanto, dada la doble funcionalidad del seguro de protección de pagos, por una parte como garantía para el beneficiario, y por otra, como seguro de vida para el asegurado, y la vinculación entre ambos, nos ha de llevar a integrar el mismo (a los efectos del artículo 10.2 Ley 7/1998 con relación al artículo 1258 CC), en los términos ya reseñados con anterioridad, es decir, que el riesgo por fallecimiento (ya sea por enfermedad o por accidente) se debe de extender a la duración del préstamo, y por el importe del capital pendiente a la fecha de producirse el riesgo.

En conclusión, el recurso de apelación ha de ser estimado en estos términos, y por lo tanto, procederá la cobertura de fallecimiento, en la cantidad de 43.794,54 €, más la cantidad de 9.393,41 €, por los conceptos de días de hospitalización e incapacidad temporal, de conformidad a los fundamentos tercero y cuarto de la sentencia apelada, por lo que el total a indemnizar ascenderá a 53.187,95 €, más los intereses del artículo 20 Ley Contrato de Seguro, con cargo a la compañía aseguradora CNP Paribas Cardiff España. La indicada cantidad de 43.794,54 € es la abonada por los herederos tras el fallecimiento del asegurado (documento 17 de la demanda, folios 102 y 103), en cuanto a las que estuvieran impagadas hasta la finalización del préstamo (14-11-2014), la entidad prestamista, por las razones dadas en el presente recurso, si lo entendiera procedente, deberá reclamarlas a la aseguradora, al ser la beneficiaria de los seguros colectivos.

No procede la condena solidaria a la codemandada Barcays Bank, en la actualidad Caixa Bank, al tratarse de la tomadora y beneficiaria del seguro, y por lo tanto, carece de legitimación pasiva, a los efectos del artículo 10 LEC, máxime cuando en el recurso de apelación, salvo en el suplico, ninguna alegación se efectúa respecto de lo resuelto en el fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada, por lo que procede confirmarla en este extremo.

SEXTO.- Respecto de las costas de primera instancia, al encontrarnos en un supuesto de estimación parcial de la demanda (pues no se estima respecto de todos los codemandados), a los efectos del artículo 394.2 LEC no procede hacer declaración sobre las mismas, y respecto de las causadas en esta alzada, al estimarse en parte el recurso, a los efectos del artículo 398.2 LEC, no procede imponerlas a ninguno de los litigantes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por DA. Africa, D. Lorenzo Y DA. Coral, representados por la Procuradora DA. SOFÍA PEREDA GIL, contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia nº 58 de Madrid, en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el número 1560/2013, debemos **REVOCAR** la referida resolución en el sentido de estimar en parte la demanda y condenar a la aseguradora "BNP PARIBAS CARDIF ESPAÑA" a pagar a los actores la cantidad de 53.187,95 €, más intereses del artículo 20 Ley Contrato de Seguro, y sin hacer declaración sobre las costas devengadas en primera y segunda instancia.

La estimación en parte del recurso de apelación 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.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, 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 Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid**, con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274**, que es la cuenta general o "buzón" del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: « **2649-0000-00-0455-15**» excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

sí, 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.

En Madrid, a 3 de febrero de 2.016.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.