

Roj: **SAP CA 1/2021 - ECLI:ES:APCA:2021:1**Id Cendoj: **11012370052021100001**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Cádiz**Sección: **5**Fecha: **04/03/2021**Nº de Recurso: **879/2018**Nº de Resolución: **200/2021**Procedimiento: **Recurso de apelación**Ponente: **OSCAR ALCALA MATA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ SECCIÓN QUINTA

Ilmos. Sres. PRESIDENTE: D. CARLOS ERCILLA LABARTA Magistrados D. ÁNGEL L. SANABRIA PAREJO D. ÓSCAR ALCALÁ MATA Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jerez de la Frontera Procedimiento Ordinario nº 387/2017 Rollo Apelación Civil nº : 879/2018

SENTENCIA n º 200/2021

En la ciudad de Cádiz, a cuatro de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial los autos de Procedimiento Ordinario seguidos con el n º 387 del año 2017, por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jerez de la Frontera, rollo de apelación de esta Audiencia nº 879 del año 2018, a instancia de UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS SA EFC, representado en esta alzada por la Procuradora D ª Alicia Orduña Mallén y defendida por la Letrada D ª Elena Valero Galaz, frente a D. Donato y D ª Daniela representados en esta alzada por D. Fernando Lepiani Velázquez y bajo la asistencia letrada de D. José Luis Ortiz Miranda.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jerez de la Frontera con fecha 23 de febrero de 2018.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "*Que estimando como estimo en parte la demanda origen de estos autos interpuesta por D. Donato y Dª. Daniela contra Unión de Créditos Inmobiliarios SA, Establecimiento Financiero de Crédito, debo declarar y declaro la nulidad de las siguientes cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 30/9/2010:- El pacto de anatocismo y la amortización de la tercera fracción temporal de la cláusula segunda.- Cláusula quinta: "Serán a cargo de la parte prestataria el pago de todos los gastos originados por la presente operación, tanto los que se hayan originado como los que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes de pago. En particular serán a cargo de la parte prestataria: a) Los gastos de tasación del inmueble y los de las sucesivas tasaciones del mismo que sean preciso practicar, cuando, a juicio de UCI, haya podido producirse una disminución de su valor; b) Los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca; c) Impuestos; d) Los de inscripción y conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo; e) Los gastos extrajudiciales derivados del incumplimiento de sus obligaciones por la parte prestataria, incluidos los honorarios de abogados, aunque su intervención no venga exigida por la ley; f) Los honorarios de la persona o entidad encargada de las gestiones necesarias para la inscripción y liquidación de la presente escritura y de las previas necesarias; g) Los gastos de correo, teléfono, u otros medios de comunicación que pudieran generarse. En caso de impago por la parte prestataria de cualquiera de los gastos mencionados, UCI podrá suplir el pago por cuenta de la misma, lo que le legitimará para su reclamación a dicha parte prestataria junto con el resto de obligaciones dinerarias derivadas del préstamo y con las mismas consecuencias en caso de impago a UCI. La persona o entidad encargada de la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la persona o entidad que acepta el encargo de la tramitación de las escrituras de préstamo hipotecario y, en su caso, de las previas*



necesarias hasta su definitiva inscripción en el Registro de la Propiedad, así como la entidad aseguradora, han sido determinadas de mutuo acuerdo entre el cliente y UCI y en interés de ambas partes. En particular, reconocen expresamente, que la determinación de la gestoría de mutuo acuerdo entre la parte prestataria y UCI responde a los intereses de ambas partes, basados, por una parte, en la efectiva entrega y recepción, por la parte prestataria, del importe íntegro del préstamo en este acto, sin haberse constituido aún la hipoteca a favor de UCI mediante su inscripción registral; y por otra parte, en la seguridad para UCI de que se lleven a efecto, y con la debida diligencia, todos los trámites de presentación e inscripción en el Registro de la Propiedad de la presente escritura y de las previas necesarias, en su caso, trámites de cuyo buen fin depende la plena existencia del derecho de hipoteca una vez inscrita. Por ello, las partes reconocen que, de no existir el acuerdo en la determinación de la gestoría, no habrían podido cumplirse los intereses de las partes, no pudiendo realizarse, en tal caso, la entrega y recepción del préstamo en este acto, dado el riesgo asumido por UCI de no obtener la inscripción de su derecho de hipoteca. En virtud de todo ello, y en particular en orden a la inscripción de la hipoteca, ambas partes atribuyen a esta determinación el carácter de irrevocable. En este sentido, cada uno de los otorgantes del presente documento designa y por tanto autoriza a quien luego se dirá en el Anexo II, y a los efectos de aquello que establece el artículo 224 del Reglamento Notarial, para que pueda solicitar y obtener copias del presente documento. También, y a los efectos de aquello que establece el artículo 46 de la Ley General Tributaria, cada uno designa y por tanto autoriza a quien luego se dirá para que le represente frente a la Administración Pública en relación a la liquidación de los impuestos que gravan el presente acto como hecho imponible extendiéndose dicha representación a la comunicación de los datos necesarios para la liquidación de los tributos y a la recepción de notificaciones y, de forma genérica, para todo aquello que la Ley General Tributaria establece para la figura del representante del sujeto pasivo. También cada uno de los otorgantes designan y por tanto autorizan a quien luego se dirá para que les representen, en calidad de presentantes del documento a los efectos de aquello que establece la legislación hipotecaria, en aquellos trámites relativos a la consecución de la inscripción del presente título en el Registro de la Propiedad. Los otorgantes designan como domicilio propio para notificaciones aquél que consta en la comparecencia de este título. Las representaciones concedidas se extienden a la recepción de copias y a la realización de trámites por vía telemática y con uso de la firma electrónica avanzada en aquellos casos en que en aplicación de las normativas vigentes, ello fuera posible." Cláusula sexta, "No obstante el vencimiento pactado, UCI podrá declarar vencido de pleno derecho el préstamo y hacer exigibles la totalidad de las obligaciones de pago contraídas por la parte prestataria, cuando ésta no satisficiera alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en esta escritura y además por las siguientes causas". Y condeno a la entidad demandada a eliminar dichas condiciones generales de la contratación del mencionado contrato de préstamo hipotecario, a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo, eliminando las consecuencias de dicho anatocismo en la primera y segunda fracciones temporales (las amortizaciones en negativo de 675,48 euros y 4.570,67 euros), y realizando la correcta amortización de cada una de las doce cuotas de la tercera fracción de 713,01 euros; así como al abono a los actores de la cantidad de cuatrocientos sesenta y cinco con veinticinco euros (465,25), correspondientes a la minuta del Registro de la Propiedad, con el interés legal desde el momento del pago, y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta instancia."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandada UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS SA EFC, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jerez de la Frontera, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 5ª se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 8 de marzo de 2021, en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Óscar Alcalá Mata, JAT con destino en la Sección 5ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada, en lo que no se opongan a los que a continuación se exponen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurso se centra por la mercantil apelante en la indebida declaración de nulidad del pacto de anatocismo contenido en la cláusula segunda del préstamo hipotecario, al considerar: 1º) que dicho pacto (anatocismo convencional) es conforme a la normativa vigente (artículo 1109 a contrario sensu y 317 CCo) y jurisprudencia de los tribunales (STS 770/14 DE 12 de enero de 2015, 4 de junio de 2009 ; 2º)



que la capitalización de intereses ordinarios no está prohibida por la Legislación hipotecaria (a contrario sensu artículo 114 LH, al referirse a la prohibición del pacto de capitalización de intereses demora en préstamos o créditos para adquisición de vivienda habitual); 3º) que el pacto está establecido de forma clara y transparente, por lo que ha de reputarse válido y ajustado a derecho, al constar plasmado tanto en la escritura pública como en la oferta vinculante y en las simulaciones informativas del cuadro de amortización del préstamo).

La cláusula segunda de la escritura pública de préstamo hipotecario de 30 de septiembre de 2010, establece: *"La parte prestataria se obliga a la devolución del capital prestado mediante el pago de 360 cuotas de periodicidad mensual. La amortización se realizará en cuatro fracciones temporales y de acuerdo con estas condiciones: a) Primera fracción temporal. Esta fracción comprenderá las primeras 3 cuotas, cuyo importe, que podrá ser 0 euros si la parte prestataria ha elegido la opción de carencia total de capital e intereses, y fecha del primer pago figuran en el Apartado "Primera Fracción Temporal" del Anexo I y con vencimientos respectivos el día 1 de cada mes. No obstante si dentro del periodo de vigencia de esta primera fracción temporal se produjere el reembolso anticipado de una cantidad igual o superior a 120.000 euros, se pondrá fin a la misma a partir de día 1 del mes siguiente a aquel en que se produjera el reembolso, entrando en vigor directamente lo establecido en la "Tercera Fracción Temporal". Los intereses devengados y no satisfechos por la primera cuota mensual en función de la fecha de firma de la presente escritura y de lo establecido en el Apartado 3º "Devengo, cálculo y liquidación de los intereses" de la estipulación tercera: intereses ordinarios, se acumularán al capital pendiente de amortización el día de vencimiento de la primera cuota, entendiéndose capitalizados por pacto entre ambas partes de acuerdo con el art. 317 del Código de Comercio. Los intereses devengados y no satisfechos que pudieran generarse en función del tipo de interés aplicable según lo establecido en la Estipulación Tercera "Intereses Ordinarios", y del importe a pagar durante la primera fracción temporal, que pondrá ser de 0 euros si la parte prestataria ha elegido la opción de carencia de capital e intereses durante esta fracción temporal, se acumularán al capital pendiente de amortización, entendiéndose capitalizados por pacto de ambas partes de acuerdo con el art. 317 del Código de Comercio. b) Segunda fracción temporal. Esta fracción comprenderá las siguientes 21 cuotas de duración del préstamo, cuyo importe y fecha del primer pago figuran en el Apartado "Segunda Fracción Temporal" del Anexo I y con vencimientos respectivos el día 1 de cada mes. No obstante si dentro del periodo de vigencia de esta segunda fracción temporal se produjere el reembolso anticipado de una cantidad igual o superior a 120.000 euros, se pondrá fin a la misma a partir de día 1 del mes siguiente a aquel en que se produjera el reembolso, entrando en vigor directamente lo establecido en la "Tercera Fracción Temporal". Los intereses devengados y no satisfechos que pudieran generarse en función del tipo de interés aplicable según lo establecido en la Estipulación Tercera "Intereses Ordinarios", y del importe a pagar durante la segunda fracción temporal, se acumularán al capital pendiente de amortización, entendiéndose capitalizados por pacto de ambas partes de acuerdo con el art. 317 del Código de Comercio. c) Tercera fracción temporal. Esta fracción comprenderá las cuotas restantes hasta completar las primeras 60 cuotas de duración del préstamo. Durante esta fracción temporal, si no se ha producido aún el reembolso anticipado de una cantidad igual o superior a 120.000 euros, el importe de las cuotas se determinará de acuerdo con las siguientes condiciones: -El importe de la cuota mensual se volverá a calcular aplicando al capital pendiente a dicha fecha, comprensivo además de los intereses devengados y no pagados en las fracciones anteriores, el tipo de interés que resulte aplicable según la estipulación TERCERA o TERCERA BIS. Estas cuotas serán comprensivas de intereses exclusivamente. Si la cuota calculada después de cada revisión de tipo fuese inferior a la cuota resultante de la revisión anterior, se aplicará esta última. Si ya se ha producido el reembolso anticipado de una cantidad igual o superior a 120.000 euros durante las dos fracciones temporales anteriores, o bien a partir del momento en que se produzca a lo largo de esta fracción temporal, el importe de las cuotas se volverá a calcular para cada período de conformidad con el nuevo tipo de interés que resulte aplicable según la estipulación TERCERA BIS y el capital pendiente a dicha fecha. No obstante, la parte prestataria tendrá la opción en esta fracción temporal de, una vez producido el mencionado reembolso, y solo en ese momento, solicitar que las cuotas sean comprensivas de intereses exclusivamente. d) Cuarta fracción temporal. Esta fracción comprenderá las restantes 300 cuotas mensuales de duración del préstamo. Durante esta fracción temporal el importe de las cuotas se determinará de acuerdo con estas condiciones: -El importe de la cuota mensual se volverá a calcular para cada período de conformidad con el nuevo tipo de interés que resulte aplicable según la estipulación TERCERA BIS y el capital pendiente a dicha fecha, de manera que el mismo sea totalmente reembolsado durante el resto del plazo pactado. -La primera cuota resultante del nuevo cálculo vencería al iniciarse la cuarta fracción temporal, y las siguientes, en las fechas indicadas en el Anexo I, Apartado "Fecha de vencimiento de la cuota revisada".*

En el supuesto sometido a revisión, nos encontramos con un sistema de amortización complejo, incluso farragoso por la remisión a la cláusula tercera y tercera bis y al Anexo I de la escritura pública, en que la cláusula que contiene un pacto de capitalización de intereses remuneratorios vencidos e impagados durante los dos primeras fracciones temporales -comúnmente denominado *anatocismo convencional*-. Pacto cuya legalidad o conformidad al Derecho vigente es admitida legal (véase el artículo 317 Cco y 114 LH a contrario sensu) y



jurisprudencialmente pero que entendemos no ha sido suficientemente informada a los consumidores por la entidad bancaria, incumpliendo las exigencias jurisprudenciales de transparencia.

Así resulta acreditado que el 16 de septiembre de 2013 los actores firman la solicitud de estudio de préstamo -préstamo "cambio de casa", comúnmente denominado hipoteca puente-, y en fecha 29 de septiembre de 2010 los siguientes documentos: la oferta vinculante, la simulación informativa del cuadro de amortización del préstamo hipotecario, y la declaración de compromiso y capacidad de pago. Un día después se formaliza la escritura, suscribiendo el documento "Justificante de entrega de folleto de tarifas de comisiones aplicables por Unión de Créditos Inmobiliarios SA Establecimiento Financiero de Crédito". También resulta acreditado que la cláusula segunda de la escritura de préstamo, -que obra bajo la rúbrica Amortización del préstamo-, la parte prestataria se obligaba a la devolución del capital prestado mediante el pago de 360 cuotas mensuales, y se prevé la amortización en cuatro fracciones temporales de conformidad con las condiciones que se detallan y con remisión al Anexo I. Anexo en el que constan las cuotas de la primera y segunda fracción - correspondientes a 24 meses-. En las tres primeras fracciones el tipo de interés es fijo del 3,70%, y en la cuarta fracción temporal variable, correspondiéndose con el Euribor a un año más 1,15% de diferencial.

Con estos precedentes debemos asumir por su gran claridad la fundamentación jurídica desplegada por la Juez a quo. Con carácter previo debemos considerar que la complejidad del método de amortización e incluso la farragosa redacción del clausulado con continuas remisiones a la cláusula tercera y tercera bis y Anexo I de la escritura pública imponía a la entidad bancaria extremar la diligencia en la correcta explicación y deber de información de la carga económica y jurídica que la cláusula suponía para los consumidores. Dicho lo cual, en primer lugar deben hacerse notar las propias discrepancias existentes entre el Anexo I de la escritura pública y la propia cláusula segunda que se remite a éste en cuanto a la determinación del tipo fijo aplicable a las tres primeras fracciones temporales y a la duración de cada una de ellas. Así, el Anexo determina que la tercera fracción temporal llegaría hasta el 1/10/2013 -es decir a los tres años-, mientras que la cláusula segunda determinaba que tal fracción culminaría a los cinco años, al alcanzar la 60ª mensualidad, a partir de la cual se aplicaría un interés variable al entrar en vigor la cuarta fracción temporal. Según obra en el cuadro de amortización de fecha 15 de junio de 2016, en realidad la tercera fracción temporal alcanzaba hasta la 36ª cuota (tres años). Lo que también tiene su reflejo en la simulaciones informativas -supuesto 2º, caso de no reembolso alguno durante las primeras 60 cuotas- pero no en la oferta vinculante. Aunque ahondando en dicha simulación también se incurre en el error de prolongar hasta la cuota 60 el exclusivo pago de intereses remuneratorios, pues en el cuadro de amortización aplicado realmente -reitérese documento número 2 de la demanda- tan sólo se practica y se ha aplicado hasta la 36ª cuota.

En segundo lugar, también debe resaltarse que ni tan siquiera se cumplen los requisitos formales de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de préstamos hipotecarios, pues la entrega de la oferta vinculante no se realizó con tres días hábiles de antelación a la firma de la escritura pública imposibilitando la facultad que asistía a los consumidores de verificar el borrador de la escritura en Notaría con dicha antelación (artículo 5.2 en relación con el artículo 7.2 de la citada Orden Ministerial). Así es de ver que la oferta vinculante fue entregada y firmada un día antes de dicha firma.

En tercer lugar, y al margen de tales evidentes errores materiales e infracción de la normativa bancaria, y lo que para Sala es más importante, la documental acompañada a los autos, única prueba practicada, no permite advenir la existencia de una correcta información por parte de la entidad bancaria a los consumidores sobre el mentado pacto de capitalización de intereses remuneratorios vencidos y no satisfechos, incumpliendo las exigencias jurisprudenciales propias del control de transparencia.

Así, identificada la cláusula controvertida y admitido válido el anatocismo convencional en un contrato de préstamo, artículos 1109 del Código Civil y 317 del Código de Comercio, para su estudio y evaluación, debemos partir, previamente, de los razonamientos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Supremo español han realizado sobre los llamados controles de incorporación y de transparencia.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, sintetizando el criterio de sentencias anteriores, considera que: *la exigencia de 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). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio "*.



Ese doble control de transparencia, según el Tribunal Supremo, supone que "... la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" (STS de 9 de mayo de 2013).

Y matiza que " El control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo " (sentencias 406/2012, de 18 de junio , y 241/2013, de 9 de mayo).

En relación con los referidos controles de incorporación y transparencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-154/15 , Gutiérrez Naranjon), señala que:

" 50 (...) reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , apartado 44).

51. Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 , de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular " .

En tal sentido, en el supuesto sometido a revisión, el pacto de anatocismo significaba en cuanto a los efectos económicos de operatividad de la cláusula segunda que los intereses remuneratorios no abonados durante las dos primeras fracciones temporales (correspondientes a los dos primeros años) se sumarían al capital para generar más intereses, lo que suponía un progresivo aumento del capital del préstamo del que entendemos los consumidores no contaban con la suficiente y comprensible información. Al contemplarse en la cláusula litigiosa por remisión al anexo I la fórmula de la asunción de un tipo fijo del 3,70% nominal anual durante dichas dos anualidades, equivalente a una cuota fija de 487,90 euros mensuales -cantidad que parte se corresponde con amortización de capital y parte con intereses remuneratorios (según resulta del cuadro de amortización acompañado emitido a fecha 15 de junio de 2016)- no se explica a los consumidores que el interés nominal y constante correspondiente a dichas dos anualidades rondaba el promedio de 705 euros al mes y, por tanto, para el caso de no mediar reembolso anticipado de la cantidad de 120.000 euros la parte de intereses no cubierta por la cuota fija por mor del citado pacto de capitalización de intereses supondría, como supuso, un incremento progresivo del capital. Capital que además hasta la 37ª cuota -comienzo real de la cuarta fracción temporal en que se aplica el interés variable- no era amortizado pues la mentada tercera fracción temporal estaba destinada a sufragar en exclusiva intereses remuneratorios para el caso de no hacerse el reembolso de la cantidad de 120.000 euros mediante la venta de la vivienda de los demandantes. La única y escueta referencia contenida en la oferta vinculante -último párrafo del apartado amortización- difícilmente permitía a un consumidor con conocimientos financieros o jurídicos medios e incluso al avezado en estas prácticas comprender el citado mecanismo de amortización y de capitalización de intereses.

En su consecuencia, procede desestimar el motivo del recurso y confirmar la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- El segundo bloque de motivos de recurso se contrae a la que entiende indebida declaración de nulidad de la cláusula 5ª -comúnmente denominada "cláusula gastos", así como la que también entiende indebida repercusión económica de los gastos por aranceles notariales.

Respecto al primer motivo del recurso atinente a la declaración de nulidad de la cláusula financiera 5ª, conforme a la última jurisprudencia recaída y la que al tiempo venía y viene aplicando esta Sección (entre otras Sentencias de 9 de octubre de 2018, Rollo de Apelación 998/17 o 17 de octubre de 2018, Rollo de Apelación 769/17), debemos desestimar el recurso interpuesto.

Damos por reproducido el contenido de la mencionada cláusula que se transcribe en el hecho I de esta sentencia, a fin de evitar reiteraciones que por ociosas resultan innecesarias.

La Sala Civil del TS en Pleno ha venido a zanjar la cuestión debatida en sentencias 46, 47, 48 y 49/19 de 23 de enero declarando la abusividad global de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y predispuestas, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos



que genera la operación, declarando su nulidad. Lo que aplicado supuesto sometido a revisión importa que el primero de los motivos del recurso deba ser desestimada, y ello pese a la comprensibilidad de los términos contenidos en la mentada cláusula quinta, toda vez que ninguna prueba se practica sobre la negociación individualizada e informada de los términos comprendidos en la misma. Carga de la prueba que incumbía a la hora apelante conforme a lo prevenido en el artículo 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias .

Decía esta Sección en sentencia 3 de octubre de 2019 (Rollo de Apelación 470/18) en supuesto asimilable al presente que: Efectivamente la cláusula en cuestión indica que "Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación- incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía-, y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de la garantía".

Tratándose de consumidor, entran en juego las normas protectoras del mismo, con especial importancia la negociación individual, la información, los acuerdos y particularmente la prohibición de cláusulas abusivas en cuanto causantes de un desequilibrio de prestaciones. No consta en autos la existencia de negociación alguna en la cual se vengan a discutir estas cuestiones, por lo que debe entenderse como cláusula impuesta, y dentro de su valoración, dicha cláusula, si bien no es igual que la que cláusula de gastos con respecto a la cual resolvió nuestro TS en sentencia de 23-12-2015, el contenido es esencialmente el mismo y viene a responder a las expresiones y consideraciones que en su día realizó nuestro Tribunal Supremo en relación a las cláusulas de gastos. Así, la referida sentencia de 23-12-2015 indica "En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto. El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º)". Asimismo añade que todo ello "conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)". En su consecuencia y dada la amalgama de gastos y responsabilidades que se imponen al consumidor en virtud de tales cláusulas no negociadas individualmente no cabe sino acordar la nulidad de la cláusula.

Ahora bien, ello no significa, como se ha indicado en otras resoluciones, que deban imputársele a la entidad bancaria la totalidad de dichos gastos , sino que habrá que determinarse quien deba ser responsable de cada uno de los que se generen a consecuencia del préstamo hipotecario de acuerdo con la jurisprudencia consagrada en las sentencias de 23 de enero de 2019, lo que pasamos a analizar en el siguiente fundamento.

Partiendo de lo doctrina expuesta y con relación a la indebida repercusión económica de los aranceles registrales, en citadas Sentencias 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, fija la doctrina sobre algunas cuestiones relativas a cláusulas abusivas en contratos con consumidores sobre las que aún no se había pronunciado, en concreto, sobre comisión de apertura, aranceles notariales, registrales, IAJD y gastos de gestoría, considerando que son pagos que ha de hacerse a terceros -no al prestamista- como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario, sin que la declaración de abusividad pueda conllevar, por ende, que estos terceros (Notarios, Registradores o gestores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde. Por lo que, tal y como razona la STS 725/18, de 19 de diciembre, aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor -toda vez que no resulta de aplicación el efecto restitutorio derivado del art. 1303 CC, al tratarse de un pago a un tercero-, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva,



desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuenta que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no lo hubiera recibido directamente, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido el prestatario indebidamente, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

Y por lo que aquí interesa, con relación al **Arancel registral**, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto.

De forma que la imposición del total arancel registral a la entidad bancaria que inscribe la garantía hipotecaria, y que se viene a sostener en la reciente STS 457/2020 de 24 de julio (RC 1053/2018), se halla en armonía con la doctrina sentada por el TJUE en la mentada sentencia de 16 de julio de 2020.

TERCERO.- El tercer motivo del recurso se refiere a la incorrecta determinación de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado ante cualquier impago, que entiende la parte apelante debe sustituirse por la correlativa disposición de derecho nacional -al tiempo del recurso el art. 693.2º LEC-.

Menos dudas ofrece aún la correcta declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, y la consecuencia de tenerla por no puesta a raíz de la Sentencia del Pleno de la Sala Primera 463/2019, de 11 de septiembre, (Recurso (CIP) 1752/2014) da respuesta al eventual efecto de la declaración nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los Autos de 3 de julio de 2019, y consagra que para evitar estas consecuencias, y con aplicación expresa de la mentada STJUE admite que la cláusula abusiva se sustituya por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al art. 693.2 LEC en su redacción del año 2013. No obstante, el Pleno de la Sala 1ª TS consideró más lógico, en el momento actual, tener en cuenta la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), como norma imperativa más beneficiosa para el consumidor. Al tiempo arbitra unos criterios orientadores para los Tribunales para los casos de eventual ejecución hipotecaria en los que no ha habido todavía entrega de la posesión al adquirente, determinando que ante la eventual declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipada en los mismos -lo que hay que asumir como extensible a los supuestos de declaración de nulidad en procedimientos ordinarios- se pueda instar procedimiento ejecutivo no ya sobre la base de la cláusula contractual declarada nula sino tomando como parámetros legales los del artículo 24 Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

Lo que a juicio de la Sala no significa *per se*, y en el ámbito en que nos hallamos -proceso declarativo ordinario- que la cláusula litigiosa mantenga su vigor y deba constar la expresa mención de la norma legal que en una eventual ejecución hipotecaria halla de aplicarse para valorar la procedencia de la resolución anticipada. Antes al contrario la cláusula es correctamente expulsada del contrato; siendo en el ámbito de la eventual ejecución hipotecaria donde se ofrecen al Juez Nacional criterios o parámetros orientativos por remisión a disposiciones legales de derecho interno, con los que valorar la procedencia del vencimiento anticipado del préstamo hipotecario. En su consecuencia, también el motivo el recurso también debe ser desestimado.

CUARTO.- Desestimado el recurso de apelación interpuesto y confirmada en su integridad la resolución judicial recurrida, procede imponer las costas procesales de esta alzada a la parte recurrente (art. 398.1ºLEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jerez de la Frontera, con fecha 23 de febrero de 2018, en autos de procedimiento ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el nº 387 del año 2017, debemos confirmar la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales generadas de esta alzada, acordando la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, y, en su caso por infracción Procesal siempre que la cuantía exceda de 600.000 euros y si no excediere o el procedimiento se hubiese seguido por razón de la materia cuando la resolución del recurso presente interés casacional, tal como determina el artículo 477 de la L. E. Civil , en el primer caso; y en el segundo cuando concurren los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley, ambos preceptos en relación con la disposición final 16ª del repetido cuerpo legal.

El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.



Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir por la cantidad de 50 euros en uno y otro caso, que previene la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de todos ellos o beneficiarios de la Asistencia Jurídica Gratuita) y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección nº 1280 0000 12 0879 18.

Igualmente deberá adjuntarse el impreso de autoliquidación de la tasa que previene la Ley 10/12 de 20 de Noviembre y Orden que la desarrolla de 13 de Diciembre de 2012, modificada por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de Febrero, siempre que se trate de personas jurídicas.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jerez de la Frontera, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ