

**NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS RELATIVAS AL CÁLCULO DE INTERESES  
TOMANDO COMO REFERENCIA EL AÑO COMERCIAL Y A LA  
PROHIBICIÓN AL PRESTATARIO DE HIPOTECAR, GRAVAR, VENDER O  
ARRENDAR EL INMUEBLE SIN EL CONSENTIMIENTO DEL  
PRESTAMISTA\***

**SAP Pontevedra (Sección 1ª) núm. 238/2016 de 5 mayo, JUR 2016\107662**

*Iuliana Raluca Stroie*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 20 de julio de 2016*

Antes de entrar en el análisis de la Sentencia que es objeto de este trabajo tenemos que hacer una breve referencia al método de cálculo matemático en el que se toma como referencia el año de 360 días en lugar de 365, para periodos de liquidación inferiores al año. Este método se basa en el denominado *año comercial*, conforme al cual se toma en consideración un año comercial para el devengo de los intereses y una base de cálculo de 365 días.

Como advertía ANDRÉS LLAMAS<sup>1</sup>, “el uso del llamado año comercial (360 días) no implica necesariamente un perjuicio para el deudor. Una entidad puede optar de manera lícita por una base de cálculo de 360 días siempre y cuando mantenga la ficción al computar el tiempo efectivamente transcurrido. El perjuicio injustificado al consumidor se produce cuando una entidad financiera utiliza la base 360 pero aplica, a sensu contrario, el año natural para el cómputo de los días transcurridos, práctica que a lo largo de la vida de un préstamo hipotecario suele acarrear un notable sobrecoste”.

---

\* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

<sup>1</sup> En el artículo, [El método 365/360 de cálculo de intereses en contratos de préstamo con consumidores: una propuesta de control judicial de abusividad](#), publicado en el número 11/2014 de la Revista CESCO de Derecho de Consumo.

En el caso enjuiciado por la Audiencia de Pontevedra se trata de una petición de declarar la nulidad, por abusivas, de diferentes cláusulas de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. La sentencia de instancia había estimado parcialmente la demanda declarando la nulidad de varias de las cláusulas cuestionadas. Sin embargo, no estimó la nulidad de la cláusula en que se establece el cálculo de intereses tomando como referencia el año de 360 días en lugar de 365, para periodos de liquidación inferiores al año, ni la cláusula relativa a la prohibición al prestatario de hipotecar, gravar, vender o arrendar el inmueble sin el consentimiento del prestamista al considerar que no se ha acreditado la existencia de un desequilibrio económico en perjuicio del demandante.

En relación a la primera de las cláusulas, relacionada con el cálculo del devengo de los intereses, la Audiencia pone de manifiesto que si bien el mencionado método de cálculo representaba un uso bancario que “pudo tener justificación en el pasado” carece de justificación en la actualidad en cuanto que no puede tomarse como base de la liquidación el año comercial de 360 días y se utilice el mes natural para el cálculo del devengo de intereses, 31 o 30 días, ya que se trataría de una práctica que *“genera un desequilibrio importante e injustificado en los derechos y obligaciones de las partes que perjudica siempre a la misma parte, el prestatario”*.

Para declarar la nulidad de la citada cláusula por abusiva, la Sala se basa en los siguientes argumentos:

- En el informe sobre buenas prácticas bancarias del Banco de España contenido en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2009. En la mencionada memoria se advierte que *«determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios -como lo es la utilización del método de cálculo 360/365- sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la actualidad de razón técnica, y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos. Ahora bien, estas circunstancias solo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y alcance de las cláusulas de los contratos»*. Teniendo en cuenta lo expuesto, señala la Audiencia que “esa especie de redondeo a la baja lo es en detrimento del consumidor”.
- El segundo de los argumentos se refiere a la jurisprudencia del TS, que ha declarado la nulidad de las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos garantizados con hipoteca a interés variable cuya similitud con el redondeo del cálculo de los intereses es más que evidente. El alto Tribunal entendió que dichas cláusulas son abusivas en cuanto que en aplicación del art. 8.2 de Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y el art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (hoy, el artículo 82 del TRLGDCU), se trata de estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe,

causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

- Por último, pone de manifiesto la Audiencia que la cláusula tampoco se ajusta a la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establece en el anexo V en relación al cálculo de la Tasa anual equivalente que *«los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, 365/12), con independencia de que el año sea bisiesto o no»*.

En relación a la segunda cláusula enjuiciada, relativa a la prohibición al prestatario de hipotecar, gravar, vender o arrendar el inmueble sin el consentimiento del prestamista, la parte apelante alega que tal prohibición representa claramente una limitación al principio de propiedad, que no tiene razón de ser en cuanto que la hipoteca es un derecho real con eficacia erga omnes, por lo que no resulta afectado por la posible transmisión del bien. Y que lo mismo ocurre con las hipotecas posteriores, pues su ejecución no elimina o extingue la hipoteca anterior. También, conforme al art. 13 LAU, la ejecución hipotecaria provocará la extinción del arrendamiento.

Por otro lado, la parte apelada alega que la cláusula no es contraria ni al art. 33 CE ni al art. 348 CC, y sin embargo tiene un sólido fundamento en el art. 219 RH, y en los arts. 1129 CC y 693.2 LEC, en cuanto la pérdida del beneficio del plazo y la posibilidad de pactar el vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, como es la disminución del patrimonio del deudor sobre el que se constituye la garantía oportuna para la concesión del préstamo. Señala asimismo que el art. 13.1 LAU, garantiza al arrendatario de vivienda el derecho a permanecer en la misma los primeros cinco años del contrato en el caso de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, por lo que el acreedor hipotecario se ve perjudicado al reducirse posibles licitadores ante un arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta. Minusvaloración de la vivienda que disminuye, generalmente, la garantía de la hipoteca. Por último, sostiene que el art. 219.2º RH recoge una modalidad específica de la acción de devastación del art. 117 LH.

La Sala aclara que en primer lugar se ha de diferenciar la prohibición de arrendar sin consentimiento del acreedor, del resto de negocios que caen bajo la misma prohibición, hipotecar, gravar, vender o cualquier otro negocio que transmita la posesión a terceros de la finca hipotecada. En el presente caso se debe tener en cuenta que la cláusula controvertida contiene una prohibición genérica, sin limitación o concreción alguna, por lo que no se pueden aceptar las alegaciones de la parte apelada las cuales estarían justificadas si se trataría de una limitación a la facultad de arrendar en los términos recogidos en el art. 219 RH, es decir cuando la finalidad primordial del arriendo es causar una disminución de valor. Para determinar si existe el indicado propósito, si el inmueble

se arrienda por renta anual que, capitalizada al seis por ciento, no cubra la responsabilidad total asegurada.

En conclusión, la prohibición de la cláusula ahora controvertida impide prácticamente cualquier explotación económica de la propiedad para casi 38 años con el fin de salvaguardar el valor económico del bien en beneficio de la parte prestamista para el caso de que hubiera que proceder a la realización de la hipoteca. No obstante, hay que tener en cuenta que cualquier gravamen o carga, incluyendo el arrendamiento tras la reforma del art. 13.1 LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio, se extinguiría con la realización de la dicha hipoteca.