

NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE DEVENGO DE INTERESES EN 360 DÍAS

**Comentario a la SAP de Pontevedra (Sección 1ª) de 9 de Febrero de 2017
(JUR 2017/78022)**

Mª del Mar Garrido Gómez
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 3 de Julio de 2017

1. SAP de Pontevedra (Sección 1ª) de 9 de Febrero de 2017 (JUR 2017/78022)

Con fecha 8 de Abril de 2016, el Juzgado de lo Mercantil nº3 de Pontevedra dictó sentencia, estimando parcialmente las pretensiones de D. Rubén y Dña. Concepción (parte demandante) contra Banco Caja de España de Inversiones. En ella declara nula por abusiva la cláusula de gastos, sin que proceda reintegro de las cantidades cobradas; la cláusula de fijación al año en 360 días; la cláusula suelo; y la cláusula de vencimiento anticipado. En este sentido, condenó a la entidad al reintegro de las cantidades cobradas por aplicación de la cláusula 360 días y la cláusula suelo desde el 9 de Mayo de 2013. Esta Sentencia fue recurrida en apelación por ambas partes procesales.

Respecto a la cláusula 360 días, los demandantes instaban la devolución íntegra de las cantidades cobradas en su aplicación, sin límite temporal. En este punto cabe señalar que la Audiencia, esgrimiendo la reciente sentencia del TJUE, de 21 de Diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, otorga la razón a los recurrentes-demandantes corrigiendo el fallo por el cual no se les otorgaba el derecho a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula que limitaba el tipo de interés, sin que, además, se pueda limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad.

En relación con la declaración de abusividad de la citada cláusula, la Audiencia empezó aludiendo a una sentencia dictada con anterioridad por el mismo Tribunal¹, ya que entienden que se cumplen los mismos parámetros para ser remitida. Así, reproduce la argumentación que dio entonces declarando la abusividad de la cláusula financiera al

¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 23 de Junio de 2016. Sentencia: 335/2016.



decir que “aun tratándose de un uso bancario que pudo tener justificación en el pasado y carecer de ella en la época actual, carece de justificación que en el momento de la liquidación del saldo pueda tomarse como base de la liquidación el año comercial de 360 días y en cambio se utilice el mes natural [30 ó 31 días] para el cálculo del devengo de intereses, lo que constituye una práctica que genera un desequilibrio importante e injustificado en los derechos y obligaciones de las partes que perjudica” al prestatario.

A este respecto el propio Banco de España² también se pronunció, como señala el Tribunal, diciendo que si bien se puede considerar como un “uso bancario” por la práctica reiterada que ha tenido la utilización de la fórmula de 360 días para el cómputo en la liquidación de intereses en operaciones de crédito sin que se tuviese que corresponder con el “cómputo de días transcurridos en el numerador”, esto no quiere decir que no puedan ser cuestionadas en el presente, pues lo que en su momento tenía razón de ser ahora puede no tener fundamentación, en concreto en este caso señala que “el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos. Y estas circunstancias sólo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y alcance de las cláusulas de los contratos”.

Es por ello que la Audiencia añade que este redondeo a la baja lo es en detrimento del consumidor y por ello aplicable al caso la doctrina del Tribunal Supremo³ en la que rechaza los recursos de casación interpuestos frente a varias sentencias que declararon nulas las cláusulas de redondeo al alza de los préstamos garantizados con hipoteca, por encontrar similitud con el redondeo en el cálculo de los intereses. Las referidas sentencias las declaraban nulas por considerar que dichas estipulaciones no habían sido negociadas individualmente, causando un desequilibrio entre las partes en los derechos y obligaciones que se derivaban del contrato, pues no se había atendido al criterio de la buena fe y, además, no cumplían con los requisitos de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Ello en base a lo estipulado en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, donde se dice que “los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año”, que un año tiene 365 ó 366 si se trata de uno bisiesto y que un año está compuesto por 52 semanas o doce meses normalizados. Y por ello, el uso del criterio del año comercial para el cómputo de los intereses es una cláusula abusiva, y con ello nula, pues no puede decirse de ella que supere el control de transparencia, “dado que no consta en modo alguno que el apelante fuera informado adecuadamente de las consecuencias económicas negativas que tiene exclusivamente para él la aplicación de dicha cláusula”.

² Informe sobre buenas prácticas bancarias en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2009.

³ SSTS de 4 de Noviembre y 29 de Diciembre de 2010 y STS de 2 de Marzo de 2011.



2. Cláusula 360/365 insertada en contratos de préstamo hipotecario: sentencias que declaran su validez / sentencias que declaran su nulidad

De la lectura de la SAP de Pontevedra se desprende un hecho claro, esta sentencia no es la única que menciona, hace alusión y declara la nulidad o validez de la cláusula insertada en los contratos con consumidores tomando como referencia el año comercial o de 360 días para el cálculo de intereses y el año natural o de 365 días (366 si es bisiesto) para el cómputo del devengo de intereses.

2.1. Sentencias que declaran su validez

- a) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 23 de Junio de 2016⁴*: En este caso la Audiencia, tomando como referencia sentencias dictadas con anterioridad, tanto por el mismo Tribunal como por el TS⁵, declara que las cláusulas que utilizan el año comercial de 360 días como criterio para el cálculo de los intereses tienen el carácter de cláusulas abusivas, pues suponen una serie de consecuencias negativas exclusivamente para el consumidor, provocando un desequilibrio importante entre las partes. Ahora bien, para este caso en concreto, el Tribunal señala que al no encontrarse el hecho “ante un control puramente abstracto de una condición general, sino que al haber sido opuesta en la contestación, no como reconvención, el enjuiciamiento quedará limitado a comprobar si en la demanda se ha hecho de la cláusula para integrar el componente de la reclamación”. Es por este hecho, a raíz de que procesalmente se ha hecho uso del derecho de oposición, que la Audiencia señala que no se ha causado perjuicio efectivo al consumidor en este caso al tomar como referencia para el cálculo de los intereses los 30 días, y por ello se desestima el motivo no considerándose abusiva para el caso particular.
- b) *Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12^a). Auto núm. 212/2015 de 9 julio. JUR 2015\202400*: En el presente Auto, la Audiencia entra a decidir sobre la abusividad o no de la cláusula por la que se fija la liquidación de intereses basada en el año comercial de 360 días conforme a dos principios: de un lado, el control de incorporación al contrato y el nivel de transparencia de la cláusula, superando dicho control; y de otro, si esta cláusula causa un desequilibrio entre las partes, al encontrarnos en un contrato celebrado con consumidores. A este respecto señala la Audiencia Provincial que la cláusula de fijación del año en 360 días para la liquidación de intereses remuneratorios no es en sí misma abusiva. Esto es así

⁴ SAP de Pontevedra (Sección 1ª), núm. 335/2016, de 23 de Junio. JUR 2016/187848

⁵ SAP de Pontevedra (Sección 1ª), de 5 de Mayo de 2016 y SSTs de 4 de Noviembre y 29 de Diciembre de 2010 y STS de 2 de Marzo de 2011



debido a que la mencionada cláusula “determina la retribución que percibirá el prestamista, y correlativamente, el coste que tendrá para el prestatario”, fijando el tipo de interés como la base conforme a las cuales “se hará la liquidación en los periodos pactados, pues es la combinación de uno y otro la que arroja un resultado concreto”.

Además, señala que si se tomase como referencia el año natural de 365 días (ó 366 si fuera bisiesto) se causaría un perjuicio en el consumidor, pues el prestamista propondría un interés remuneratorio mayor, es decir, que con esta cláusula el consumidor obtiene una ventaja a cambio de una base temporal inferior a la de 365 días. Por tanto, supera también el control de abusividad al recibir el consumidor contratante una ventaja a cambio de que el banco obtenga esta forma de liquidar.

- c) *Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª). Auto núm. 79/2017 de 30 marzo. JUR 2017\93164*: En el presente auto, la Audiencia, a la hora de entrar a examinar cuatro cláusulas insertas en el contrato de hipoteca y su posible carácter abusivo, se remite a lo señalado por el TS en su reciente sentencia de 9 de Marzo de 2017, la cual recoge la doctrina jurisprudencial relativa al control de transparencia aplicada a la cláusula suelo y extrapolable según esta Sala a lo discutido en el recurso. Señala que, “cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente”. Esta jurisprudencia se encuadra dentro de la doctrina emanada del TJUE, de la que se toma la premisa de que el control de transparencia no debe limitarse a que la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible gramaticalmente, sino que debe entenderse de manera extensa, es decir, que el consumidor “pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo⁶”. Menciona también el Auto la STJUE de 21 de Diciembre de 2016, en alusión a la importancia “fundamental para el consumidor de disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración”. A tal efecto y a juicio de esta Sala, las cláusulas contenidas en este contrato de hipoteca se encuentran “redactadas de manera clara, comprensible y con suficiente conocimiento para los prestatarios de la carga económica que el contrato les supone así como de su carga jurídica”. En concreto, apunta que, la cláusula referente al tipo de interés fijo ordinario, cuya fórmula para el cálculo del interés toma como base el año comercial de 360 días, no supone un “obstáculo de

⁶ Sentencia del TJUE de 30 de Abril de 2014, caso Kàsler.



abusividad”, por cuanto fija, de manera clara, que serán considerados todos los meses del año como meses de 30 días.

Por todo lo expuesto anteriormente, falla la Sala diciendo que las cláusulas referidas superan el control de transparencia antes definido, no pudiendo ser declaradas nulas.

- d) *Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª). Sentencia núm. 139/2017 de 13 marzo. JUR 2017\102793*: Para el fallo de esta sentencia, la Audiencia entra en primer lugar a determinar la condición o no de consumidor de Dña. Fermina, llegando a la conclusión de que, al tratarse una hipoteca suscrita con la finalidad de terminar con el negocio que regentaba, esto es, lo contraído en el ámbito de actividades relacionadas con el desempeño de su profesión y oficio, la parte recurrente no ostenta la condición de consumidor sino de empresario, y por ello, las cláusulas recurridas en la sentencia sólo deben superar el control de incorporación. Del análisis de todas las cláusulas se desprende que estas, y en concreto la relativa “al número de días al año para periodos de liquidación inferiores al año, considerando que un año tendrá 360 días”, no puede considerarse abusiva, oscura o introducida en perjuicio de la parte prestataria, pues se trata de una redacción fácilmente inteligible para un empresario, superando el control de transparencia.

En consecuencia, la Audiencia ratifica la Sentencia anterior, desestimando el recurso que da lugar a ésta, y deja como válida la cláusula relativa al devengo de intereses en 360 días.

2.2. Sentencias que declaran su nulidad

- a) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 30 de Abril de 2014*⁷: En esta Sentencia la Audiencia Provincial ratifica el fallo otorgado por el Juzgado de 1ª Instancia nº4 y de lo Mercantil. Fundamenta escuetamente su resolución en base a que de la escritura de préstamo hipotecario no puede desprenderse de forma clara e inequívoca la información referente al uso del año comercial de 360 días y “mucho menos la negociación del uso” de este periodo para el cálculo de los intereses remuneratorios. Añade, además, que la nulidad de la cláusula se debe al periodo utilizado para el cálculo y por ello se modifica para que sean recalculados en función de los 365 días del año natural.

⁷ SAP de Jaén (Sección 1ª), núm. 170/2014 de 30 de Abril de 2014, JUR 2014/195716.



- b) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 5 de Mayo de 2016*⁸: Para determinar la nulidad de la cláusula para el cómputo de los intereses por considerarla abusiva el Tribunal hace uso de tres argumentos, los cuales han sido desarrollados en el estudio de la SAP de Pontevedra, de 9 de Febrero de 2017, y que de forma resumida viene a decir que si bien el uso del año comercial de 360 días puede considerarse como una conducta que constituye un verdadero uso bancario, eso no excluye la posibilidad de que estos usos carezcan de razón que justifique su uso en la actualidad, provocando este “redondeo a la baja” un detrimento en el consumidor. Como segundo argumento toma la jurisprudencia sentada por el TS⁹, señalando la similitud más que evidente con las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos con garantía hipotecaria, y que el Alto Tribunal entendió abusivas, al no ser estipulaciones negociadas individualmente y que provocan un desequilibrio importante entre las partes en los derechos y obligaciones que se derivan del contrato. Y en tercer lugar, señala la Audiencia que este tipo de cláusulas insertadas en contratos con consumidores no cumplen con los criterios de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en relación con la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de Octubre.
- c) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 27 de Junio de 2016*: Esta Sentencia viene a ratificar una publicada con anterioridad por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de San Sebastián, en la que se declaraba la validez de la cláusula tercera en relación con los intereses ordinarios, si bien declara nulo el apartado referente al cómputo de 360 días para el cálculo de los intereses, en lugar del año natural de 365 días. Esta peculiaridad en el pronunciamiento es en base a la propia cláusula, que trata los intereses a pagar por la prestataria como parte del precio y forma parte del objeto principal del contrato, siendo además clara y sencilla en su redacción, sin que quepan dudas en cuanto al establecimiento de que el año tiene 360 días para el cálculo de periodos inferiores al año. Si bien especifica que este tipo de premisa en el uso de 360 días y no de los 365 del año natural “no se justifica cuando de facto supone un leve aumento en la cuota del prestatario”, siendo esta parte la que se somete a valoración por parte del Tribunal, al entender que no tiene razón de ser, pues el cálculo puede ser exacto conforme al año natural usando la correspondiente aplicación informática. Y es por ello que aduce una falta de transparencia, en “referencia al módulo de los 360 días y no 365 [o 366

⁸ SAP Pontevedra (Sección 1ª) núm. 238/2016 de 5 de Mayo, JUR 2016/107662. *Vid.* RALUCA STROIE, I.: “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”, CESCO, 20 de Julio de 2016.

⁹ SSTs de 4 de Noviembre y 29 de Diciembre de 2010 y STS de 2 de Marzo de 2011.



si es bisiesto] lo que permite entrar a analizar la abusividad de la cláusula”, llegando a la conclusión de que ésta no es abusiva en esencia, lo que no quita que pueda rechazarse por abusivo el sistema utilizado para la determinación de los intereses ordinarios, y que por ello se declara su nulidad.

- d) *Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) Auto núm. 26/2017 de 31 enero. JUR 2017\80070*: El presente auto viene a determinar la abusividad de la cláusula insertada en el contrato hipotecario referente a la fijación del año comercial de 360 días frente al año natural de 365 (ó 366 si es bisiesto), en base a que, si bien la utilización del año comercial puede ser considerado como un “uso bancario” debido a la reiterada utilización de la misma en el tiempo, a día de hoy no puede considerarse que lo que antes era admitido deba seguir siéndolo, como indica el Banco de España en su Memoria de Reclamaciones del año 2015. Por ello, la Audiencia entra a cuestionar el criterio que toma como base para la liquidación de intereses el año comercial, alegando que, esta práctica puede ser usada cuando quede explicada y redactada de forma clara y entendible para el consumidor no constituyendo una mala práctica. A sensu contrario, supone mala praxis por parte de la entidad bancaria cuando “no se detalla la fórmula en la que figure de manera explícita la correspondiente base de 360 ó 365, limitándose a una simple mención de «días objeto de la liquidación, expresados en días comerciales», o expresión equivalente”. Añade también que, con independencia de su consideración de uso bancario, esta fórmula supone un perjuicio económico para el consumidor al encarecer los intereses de crédito. Al quedar comprometida de esta forma la claridad y transparencia de la cláusula conforme a la jurisprudencia sentada por el TS en su sentencia de 26 de Mayo de 2014 y por el TSJUE en la sentencia de 14 de Marzo de 2013, y suponiendo un perjuicio al consumidor, un desequilibrio entre las partes en los derechos y obligaciones de ambas y no respondiendo al principio de buena fe contractual, al incrementar “de forma ineludible la carga económica que debe soportar el prestatario”, la Audiencia confirma el auto que da lugar a éste, declarando abusiva y nula la cláusula que toma como base de referencia para la liquidación de intereses el año comercial de 360 días.