



Roj: **SAP O 21/2021 - ECLI:ES:APO:2021:21**

Id Cendoj: **33044370012021100020**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2021**

Nº de Recurso: **750/2020**

Nº de Resolución: **20/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL JUAN COVIAN REGALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION PRIMERA

OVIEDO

SENTENCIA: 00020/2021

Modelo: N10250

C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO

Teléfono: 985968730-29-28 **Fax:** 985968731

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSL

N.I.G. 33044 42 1 2020 0005244

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000750 /2020

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000838 /2020

Recurrente: BANKINTER SA

Procurador: GEMMA DONDERIS DE SALAZAR

Abogado: JOSÉ LUIS FONT BARONA

Recurrido: Teodoro

Procurador: ANTONIO ALVAREZ ARIAS DE VELASCO

Abogado: JESUS ALONSO ALVAREZ

SENTENCIA nº 20/2021

RECURSO APELACION 750/20

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. José Antonio Soto-Jove Fernández

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro

Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Covián Regales

Oviedo, a diecinueve de Enero de dos mil veintiuno.



VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 838/2020, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION (LECN) 750/2020, en los que aparece como parte apelante, la entidad BANKINTER S.A., representada por la Procuradora GEMMA DONDERIS DE SALAZAR, asistida por el Abogado JOSÉ LUIS FONT BARONA, y como parte apelada, Teodoro , representado por el Procurador ANTONIO ALVAREZ ARIAS DE VELASCO, asistido por el Abogado JESUS ALONSO ALVAREZ, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 21 de Octubre de 2020 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador D. Antonio Álvarez Arias de Velasco, en la representación que tiene encomendada:

1.- Se declara la nulidad por abusivas de las cláusulas quinta, relativa a los gastos; séptima, vencimiento anticipado, y la concerniente al año comercial de 360 días, debiendo ser eliminadas.

2.- Se condena a la demandada al pago de 1198,44 euros, más los intereses legales desde la fecha de pago de cada factura y hasta la presente sentencia y, desde la misma, los previstos en el art. 576 de la LEC.

3.- Se condena a la demandada a devolver las cantidades cobradas de más por aplicación del cómputo de los 360 días en

vez de los 365 días en años "normales" o 366 en los bisiestos, más los intereses legales desde cada cobro y hasta la presente sentencia y, desde la misma y hasta el completo pago, los previstos en el art. 576 de la LEC.

Las costas se imponen a la entidad demandada."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación y previos los traslados ordenados la parte apelada formuló escrito de oposición, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 19 de Enero de 2021.

QUINTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en la instancia, interpone recurso de apelación la entidad demandada, con base en un único motivo, por considerar improcedente la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la utilización de la fórmula año comercial a 360 días para el cálculo del interés. Se interesa, entonces, se revoque la declaración de nulidad de tal cláusula y la imposición de las costas de la instancia.

Muestra expresa conformidad la parte demandante con el motivo del recurso, si bien interesa se confirme la imposición de las costas de la instancia a la parte demandada y no se le impongan las costas del recurso.

SEGUNDO.- Así delimitado, en necesaria síntesis, el objeto de esta resolución, al respecto de la cuestión planteada esta Sala ya se ha pronunciado sumándose a la doctrina que considera que lo relevante es determinar si nos encontramos ante una cláusula que establece una fórmula del año comercial 360/360 o 365/360, pues solo en este último caso procederá la declaración de nulidad de la cláusula. En este sentido, pueden citarse, a título de ejemplo, las resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 19 de diciembre de 2.019; Barcelona, sección 4ª, de 20 de diciembre de 2.019; Valencia, sección 9ª, de 27 de enero de 2.020 o 26 de abril de 2.019; Baleares, sección 5ª, de 28 de enero de 2.020, 7 de marzo o 4 de febrero de 2.019; o, en el ámbito de esta Audiencia, sección 5ª, de 2 de abril de 2.018. También se hace referencia a este criterio en la RDGRN de 21 de junio de 2.019.

Ciertamente, la razón originaria para el empleo del año comercial 360 días en el sector bancario y financiero, -en vez de acudir a la duración del año natural-, se encontraba en la simplificación de muchos cálculos, lo que justificaba su uso. Con ello se homogeneizaba la duración de cada uno de los doce meses, haciéndolos todos iguales a 30 días, lo que suponía un total de 360 días al año. Además, este uso igualaba el cálculo de intereses diarios, con el mensual y el anual. Sin embargo, en la actualidad el empleo de dicha fórmula como uso de comercio carece de sentido al aplicarse sistemas informáticos que facilitan dichos cálculos.



En este sentido, este tipo de cláusulas han sido objeto de referencia en diversas Memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en los años 2.009, 2.012 y 2.015. Así en el primero de ellos se indica: "(...) el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un "uso bancario", establecido por la práctica reiterada del mismo por parte de las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16.10.50 (BOE del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 21 del del Código de Comercio. Como tal uso bancario se recogió en las Memorias del Servicio de Reclamaciones correspondientes a los años 1992 y 1993, que indicaban que "la aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituyen una práctica inveterada de las entidades bancarias que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario". Debemos advertir, no obstante, que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios 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.". No obstante, en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2.017, ya se mantiene, en relación con el cálculo de intereses, que cuando se utilizan períodos no uniformes (365/360) se estaría ante una mala práctica bancaria, mientras que no sería así cuando se utilizan períodos uniformes (365/365 o 360/360).

Del mismo modo, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, 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*". Es de reseñar que dicha orden no había sido promulgada en la fecha de la escritura objeto de litis.

También, se ha dicho que esta cláusula presenta similitud con la situación de las cláusulas de redondeo al alza y la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011 que declararon nulas las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos garantizados con hipoteca a interés variable. Dichas resoluciones entendían que las cláusulas que amparaban el denominado redondeo al alza eran abusivas, por tratarse 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, así como por falta de reciprocidad y ausencia de proporcionalidad.

Igualmente se ha pronunciado sobre la cuestión que nos ocupa la STJUE de 26 de enero de 2017, señalando, que el órgano deberá comprobar si la circunstancia de que los intereses ordinarios se calculen utilizando un año de 360 días, en lugar del año natural de 365 días, puede conferir carácter abusivo a la mencionada cláusula 3.

Finalmente, cabe señalar que, al tratarse de una condición general de la contratación en contrato con consumidores, es aplicable al caso la reiterada jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo, sobre la necesidad de superar el control de incorporación y de transparencia.

Sentado todo lo que antecede, la validez de la cláusula que nos ocupa es una cuestión controvertida y han sido dictadas resoluciones discrepantes en la jurisprudencia menor.

Así, un sector es favorable a la nulidad de la cláusula, dando por supuesto que se aplica la fórmula 365/360, que es lo que hace la sentencia de instancia. Se considera que este uso bancario carece de justificación en las fechas actuales, con los sistemas informáticos que facilitan los cálculos. Esta cláusula cuando se incluye en una operación de activo como es un préstamo, comporta un perjuicio económico evidente para el consumidor, hasta el punto de que determina, según ha puesto de manifiesto la doctrina, un encarecimiento de los intereses del crédito. Si tenemos en cuenta que el cálculo de los intereses se hace conforme a la fórmula "Interés = capital x tipo de interés / tiempo", resulta evidente que si se reduce el divisor, esto es el tiempo, pasándolo de 365 a 360 aumenta el interés, en este caso, a favor de la entidad que facilitó el préstamo, lo que redundaría en perjuicio del consumidor. Y, por otra parte, no parece presumible que el consumidor medio alcance a detectar con rigor que la consideración del año comercial de 360 días en el cómputo del interés incrementará en su perjuicio la onerosidad del contrato, como tampoco que el mismo consumidor, en el marco de una negociación individual, aceptará la inclusión en el contrato de la repetida cláusula tras ser informado lealmente por el profesional. Además, este tipo de cláusulas pueden ser declaradas abusivas en aplicación del artículo 82.1 del TRLGDCU



porque, en todo caso, causa, en contra de las exigencias de la buena fe, y en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, y ello porque, al menos en el contexto del contrato de préstamo, incrementa de forma ineludible la carga económica que debe soportar el prestatario, y, además, porque despreja la equitativa consideración de que el interés se debe por el período de tiempo real durante el cual se disfruta de un capital ajeno, y no por otro que pudiese resultar más ventajoso para la entidad bancaria.

Sin embargo, como se ha dicho, otro sector de la doctrina considera determinante conocer si nos encontramos ante una cláusula en la que se utilizan 360 días tanto en el numerador como en el divisor de la operación de división a efectuar para el cálculo de los intereses, o si, por el contrario, si se utilizan 365 días en el numerador y 360 días en el denominador. Se trataría de dos tipos de cláusulas: la denominada fórmula 365/360 ó 366/360 en años bisiestos, o la fórmula 360/360. Lo anterior, porque esta última fórmula es considerada por este sector de la doctrina jurisprudencial como inocua para el consumidor y, consecuentemente, no abusiva. La fórmula 360/360 implica que el año comercial de 360 días se aplica tanto en el dividendo como en el divisor, o lo que es lo mismo, para el cálculo de intereses se parte como si el año tuviera 360 días, o doce meses de treinta días, de modo que cada liquidación mensual tiene 30 días. En tal supuesto no se aprecia que tal forma de cálculo de interés suponga para el consumidor una carga económica o jurídica mayor de la que razonablemente cabría esperar, con lo que ningún perjuicio se irroga al cliente, y ningún beneficio adicional resulta para la entidad bancaria, con lo cual no se produce desequilibrio alguno, requisito necesario para declarar la abusividad de la cláusula por falta de transparencia, y ello sin perjuicio de su dificultad de apreciación para un consumidor medio. Por el contrario, en la fórmula 365/360, o en años bisiestos 366/360, en el dividendo se aplican los días reales del año, y en el divisor 360, y es obvio, tal como se ha indicado antes, si se reduce el divisor el importe del interés se incrementa en perjuicio del consumidor.

En el supuesto de autos, la propia parte demandante viene a admitir que la fórmula que se aplica en el cálculo de interés es la de 360/360, mostrando conformidad expresa con la no nulidad de la cláusula. En consecuencia, partiendo de este hecho, debe considerarse que la cláusula impugnada resulta inocua y, en aplicación de la doctrina que se ha dejado expresada, no procede su declaración de nulidad al no haberse acreditado su carácter abusivo.

En suma, se estima en este punto el recurso interpuesto, dejando sin efecto la declaración de nulidad de la cláusula que nos ocupa y restitución acordada en relación con tal declaración.

TERCERO.- Por lo que se refiere a las costas de la instancia, la estimación del recurso conlleva que la estimación de la demanda sea parcial y de aplicación lo previsto en el artículo 394.2 de la LEC. En relación con esto y las alegaciones de la apelada, no puede desconocerse que en este caso no se trata de una minoración de la cantidad reclamada, sino de que se rechaza la declaración de nulidad de una de las cláusulas objeto de litigio y la restitución que tal nulidad conllevaría, por lo que no se considera de aplicación la doctrina establecida en la STJUE de 16 de julio de 2020 y en la STS 472/2020, de 17 de septiembre (reiterada en otras posteriores). En consecuencia, es procedente dejar sin efecto la imposición de costas que se acuerda en la instancia.

En relación a las costas de esta alzada, estimándose el recurso, no procede la condena en costas a ninguno de los litigantes, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

FALLO

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANKINTER, S.A., contra la sentencia de fecha 21 de octubre de 2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo, en autos de procedimiento ordinario número 838/2020, que se revoca parcialmente, dejando sin efecto la declaración de nulidad de la cláusula tercera en lo relativo al cómputo de intereses referidos al año comercial 360 días y la condena que se establece en relación con tal declaración de nulidad, estando, en cuanto a lo demás, a la resolución dictada, sin imposición de las costas causadas en la instancia y por el recurso de apelación.

Estimándose el recurso, procédase a la devolución del depósito efectuado (D.A. 15ª.8 LOPJ).

MODO DE IMPUGNACIÓN: Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el Art. 466 de la LEC, serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los Arts. 468 y ss., 477 y ss. y Disposición final 16ª, todos ellos de la LEC, previa consignación del Depósito o Depósitos (50 €



cada Recurso), establecido en la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, en la cuenta de consignaciones del Tribunal abierta en el BANCO SANTANDER nº 3347 0000 12 &&&& && (los últimos signos deben sustituirse por el número de rollo y año), indicando en el campo CONCEPTO del documento de ingreso que se trata de un "RECURSO", seguido del código siguiente: 04 EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL; 05 RESCISIÓN DE SENTENCIA FIRME A INSTANCIA DE REBELDE; 06 CASACIÓN. Si el ingreso se realiza por transferencia bancaria, el código anterior y tipo concreto de recurso deberá indicarse después de los 16 dígitos de la cuenta expediente antedicha en primer lugar, separado por un espacio. Al interponerse el recurso, el recurrente tiene que acreditar haber constituido el depósito para recurrir mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ