

SENTENCIA N.º.: 934/20

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

ROSA MARIA ANDRES CUENCA

PURIFICACION MARTORELL ZULUETA

JORGE DE LA RUA NAVARRO

En Valencia, a **13-07-2020**.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JORGE DE LA RUA NAVARRO**, el presente rollo de apelación número 000150/2020, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000287/2019, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 25 BIS DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a BANCO SANTANDER SA, representado por el Procurador de los Tribunales don/ña CARLOS FRANCISCO DIAZ MARCO, y de otra, como apelados a [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales don/ña M.ª PILAR IRANZO PONTES, en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER SA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 25 BIS DE VALENCIA en fecha 3 DE DICIEMBRE DE 2019, contiene el siguiente **FALLO**: "*Estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de [REDACTED] contra BANCO SANTANDER, S.A. y en consecuencia:*

1º Declaro nula, por abusiva, el apartado 3.7 de la cláusula 3.- Intereses inserta en la escritura de préstamo hipotecario autorizada el 3/4/2006 por el Notario D. José Luis López, referida al cálculo comercial de los intereses sobre 360 días, por lo que deberá eliminarse dicha referencia y sustituirse por el cálculo de intereses sobre la base del año, con condena a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas de más, a cuantificar en ejecución de sentencia, cantidades a incrementar con los intereses del art. 576 de la LEC.

2ª Se imponen las costas a la demandada."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANCO SANTANDER SA, dándose el trámite previsto en la Ley y

remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes.*

1º).- La escritura de préstamo hipotecario concertada por las partes del presente contrato contiene una cláusula 3.7 en la que se señala que: *“Número de días del año para períodos de liquidación inferiores al año. Para realizar el cálculo de intereses devengados durante períodos inferiores a un año se considerará que el año tiene 360 días”*.

2º).- En el inicio de la cláusula 3, se establece que el cálculo de los intereses se realizará sobre la fórmula de $c \cdot r \cdot t / 36000$ en la que c es el capital pendiente de amortizar, r el tipo de interés nominal anual y t el período de tiempo transcurrido desde la anterior liquidación o desde la formalización de la operación en el caso de ser la primera liquidación y computado en días. Por tanto, en este último numerando, se prevé que se pueda computar el total de los días que tiene un año, incluidos los bisiestos.

3º).- La sentencia de la instancia, en su fallo, declaró nula, por abusiva, el apartado 3.7 de la cláusula 3.- Intereses inserta en la escritura de préstamo hipotecario autorizada el 3/4/2006 por el Notario D. José Luis López, referida al cálculo comercial de los intereses sobre 360 días, por lo que debía eliminarse dicha referencia y sustituirse por el cálculo de intereses sobre la base del año, con condena a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas de más, a cuantificar en ejecución de sentencia, cantidades a incrementar con los intereses del art. 576 de la LEC.

4º).- La sentencia de la instancia contiene un fundamento de derecho cuarto que expresa que: *“La estimación de la demanda ha de implicar que se impongan las costas a la demandada. (art. 394 de la LEC).”* A su vez, la sentencia estima la demanda de forma completa.

SEGUNDO.- *Delimitación del recurso de apelación.*

La parte demandada se alza contra la sentencia alegando, en esencia:

1º).- Desde la página 1 a la página 5 del escrito del recurso de apelación, que los intereses forman parte de un elemento esencial del contrato y que, por tanto, no puede apreciarse su nulidad por abusividad. Señala que, en el control de transparencia, el juez no puede hacer ninguna consideración de tipo económico y que el prestatario conoce positivamente el tipo de interés nominal anual concreto que se aplicará sobre el capital que recibe del prestamista y con ello la carga económica que deben afrontar para disponer del capital prestado.

2º).- Alega la inexistencia de perjuicio económico por el empleo de la base de cálculo de los intereses pactada. En el presente supuesto, entiende que la base

de cálculo está contemplada en el préstamo hipotecario y se explicita claramente la referencia temporal utilizada. La aplicación de la base 30/360 fijada en el contrato con respecto a la utilización de la base act/act es equivalente y conduce a resultados similares en relación al pago de intereses.

Valoración de la Sala.

El recurso debe desestimarse.

En primer lugar, hay que señalar que la Sala comparte la totalidad de la argumentación sostenida en la sentencia de la primera instancia, haciéndola propia.

La posibilidad del control de transparencia de la cláusula objeto de controversia ha sido analizada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, En el asunto C-421/14, asunto Banco Primus, en el que señaló que: *“En el marco de este examen, el órgano jurisdiccional remitente deberá, en particular, comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esa cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado.”* En el apartado 65 de la sentencia se dispone que *“ El órgano jurisdiccional remitente deberá, en particular, comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado. En particular, 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.”*

Este estudio de la abusividad sobre una cláusula de características similares en la que se permite el cálculo de intereses de 365 días sobre la base de un año comercial de 360 ha sido objeto de análisis por la Sala, por muchas, en la sentencia de 27 de enero de 2020 en el rollo de apelación 995/2019 en la que, con invocación de otras sentencias anteriores, se decía que: *“En Sentencia de 18 de julio de 2018 (ROJ: SAP V 4038/2018) declaramos en relación a la cláusula de intereses por referencia al año comercial que de la abundante doctrina existente sobre la materia: “podemos concluir que hay que distinguir dos situaciones. Por un lado, cuando el numerador y el dividendo tienen el mismo dígito (360/360) y por otro lado, cuando el numerador y el dividendo tienen distintos dígitos (365/360). [...] no es suficiente con impugnar que el cálculo de los intereses se haga por 360 días (año comercial), como hace la parte actora, sino que habrá que valorar también el cómputo mensual (30 días) e impugnar la fórmula completa, de forma que también se valore el dígito empleado en el numerador... ” Y añadíamos: “ En el presente caso nos encontramos con una demanda muy farragosa y escueta en*

que se impugna esta cláusula sin mayor explicación, y referida únicamente al cálculo del plazo de 360 días, sin mención al numerador de la fórmula. /Buscada esta información en la escritura, ante la falta de alegación de la parte actora, resulta que sólo se impugna el apartado 3.c) que dispone " El número de días que se considerará que tiene el año para el cálculo de los intereses devengados durante períodos inferior a un año, es de 360 días". /No existe ningún indicio aportado por el actor que determine que la entidad está aplicando la fórmula 365/360, sino que a todos los efectos el año natural es 360 días y, por tanto, los meses se computan de 30 días. /En consecuencia y conforme la jurisprudencia alegada hemos de declarar la validez de la fórmula del año comercial empleada (360/360), estimamos la impugnación del recurso de apelación de la entidad bancaria y revocamos la sentencia de primera instancia ."

En la Sentencia de 26 de abril de 2019 (ROJ: SAP V 2275/2019 - ECLI:ES:APV:2019:2275) insistimos en que " el desequilibrio existe cuando se usa la fórmula 365/360 y las sentencias reproducidas que no han declarado la nulidad era con el mismo fundamento, porque la entidad había empleado la fórmula 360/360."

En el presente caso, en la estipulación tercera, se indica que los intereses se devengan por días y se indica al final de la cláusula que cuando " para el cálculo de intereses devengados durante períodos inferiores a un año, sea preciso convertir el tipo de interés anual en un tipo de interés diario, se considerará que el año tiene 360 días."

Teniendo presente cuanto hemos expuesto, la cláusula que se somete a nuestra consideración es nula, porque por una parte se toma en consideración el devengo de interés día a día (365 días) y el dividendo de 360 para la liquidación de los intereses en períodos inferiores al año, lo que pone de manifiesto el desequilibrio a favor de la entidad demandada determinante de la declaración de nulidad."

Pues bien, el presente caso presenta las mismas características pues, como se ha dicho en los antecedentes relevantes, la fórmula consagrada en la escritura permite que el tiempo para el cálculo de los intereses se haga día a día y, por tanto, pudiendo computar la totalidad de los días del año, incluidos los bisiestos. Frente a ello el denominador debe ser de 360 días por lo que ello genera un desequilibrio que determina la nulidad por abusividad. Y a ello cabe añadir que la parte demandada no ha acreditado el cumplimiento del deber de información para acreditar que la parte prestataria era consciente del funcionamiento del préstamo en cuanto a este aspecto ni tampoco constan simulaciones sobre los tipos de interés generalmente admitidos en el mercado.

TERCERO.- Delimitación del recurso de apelación.

La parte demandada apela el pronunciamiento de las costas de la primera instancia sobre la base de señalar que, en la Sentencia impugnada, se concluye erróneamente, que al estimarse sustancialmente la demanda, procede imponer las costas a la parte demandada. No obstante, no se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para apreciar una estimación

sustancial. Y, acto seguido, analiza los requisitos para la apreciación de la existencia de la estimación sustancial.

Valoración de la Sala.

No se entiende bien este motivo de apelación. En efecto, la sentencia de la instancia, como se ha podido comprobar en el fundamento de derecho primero de esta sentencia relativo a los antecedentes relevantes, no aprecia la estimación sustancial de la demanda sino la estimación total de la misma y, en mérito a ello, aplica la regla del principio de vencimiento objetivo del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No justifica nada acerca de una posible estimación sustancial. Y, comparando el suplico de la demanda con el fallo de la sentencia, se concluye una estimación total. La parte apelante no ha justificado en el recurso por qué considera que, pese a lo anterior, la sentencia ha apreciado una estimación sustancial y porque existe una estimación parcial y no total o sustancial. Por tanto, el motivo de apelación se refiere a un pronunciamiento que no contiene la sentencia.

CUARTO.- Costas. Procede la imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente con pérdida del depósito para recurrir a la vista de la desestimación íntegra del mismo conforme a lo previsto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el procuradora Sr Díaz Marco en nombre y representación de Banco de Santander, S.A. y CONFIRMAMOS la sentencia dictada en fecha de 3 de diciembre de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia número 25 bis de Valencia en su Juicio Ordinario 287/19. Todo ello con la imposición de las costas a la parte recurrente y la declaración de la pérdida del depósito para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.