



Roj: **SAP PO 640/2016 - ECLI: ES:APPO:2016:640**

Id Cendoj: **36038370012016100192**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2016**

Nº de Recurso: **251/2016**

Nº de Resolución: **238/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00238/2016

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 251/16

Asunto: ORDINARIO 285/14

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 2 DE PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.238

En Pontevedra a cinco de mayo de dos mil dieciséis.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 285/14, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 251/16, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Belarmino , María Luisa , representado por el Procurador D. ANTONIO FERNANDEZ GARCIA, y asistido por el Letrado D. JOSE MANUEL OCAMPO MARTINEZ, y como parte apelado-demandado: BANCO PASTOR, representado por el Procurador D. PEDRO SANJUAN FERNANDEZ, y asistido por el Letrado D. OSCARD JOSE SURIS REGUEIRO, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 20 enero 2016, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Antonio Fernández García, en nombre y representación de D. Belarmino Y DOÑA María Luisa , contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, en base a los siguientes pronunciamientos:



1.-DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD de la cláusula 3.8 del contrato de compraventa, con subrogación, novación y ampliación de préstamo hipotecario de fecha 29 de junio de 2007 que establece; "Independientemente de lo previsto en los apartados anteriores se acuerda y pacta expresamente por ambas partes que el préstamo hipotecario, devengara un interés mínimo a favor del banco del 3%".

2.-DEBO DECLARAR Y DECLARO la subsistencia del resto de cláusulas contenidas en la escritura de compraventa, con subrogación, novación y ampliación de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29 de junio de 2007 y CONDENO a la entidad financiera demandada a pasar por dicha declaración de nulidad y a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo a que se refiere la demanda y a abstenerse de utilizarla en un futuro, y CONDENO a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013.

3.-DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD la cláusula 4.4 de la escritura de fecha 23 de diciembre de 2004.

4.-DEBO DECLARAR Y DECLARO la NULIDAD la cláusula 5.1.4 de la escritura de fecha 23 de diciembre 2004.

5.-DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD la cláusula 7.1.1 de la escritura de fecha 23 de diciembre de 2004. Debo condenar y condeno a la entidad financiera demandada BANCO POPULAR ESPAÑO, SA a pasar por dicha declaración de nulidad y eliminar dichas condiciones generales de la escritura de préstamo 23-12-2004 a que se refiere la demanda y a abstenerse de utilizarla en un futuro.

6.-DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la entidad financiera de la pretensión de que se declare **abusiva** la cláusula 3.5 de la escritura de 29-06-07, y 3 intereses de la escritura 23-12-04, y la cláusula 5.2.2.5 de la escritura de 23-12-04.

7.-Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por D. Belarmino y María Luisa , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente proceso versa sobre la nulidad, por abusivas, de diferentes cláusulas de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda declarando la nulidad de varias de las cláusulas cuestionadas. Sin embargo, no estima 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. Estima la sentencia que no se ha acreditado la existencia de un desequilibrio económico en perjuicio del demandante.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación insistiendo en la nulidad, por abusivas, de ambas cláusulas.

SEGUNDO.- En relación a la primera de las cláusula cuestionadas en esta alzada relativa al cálculo de los intereses tomando como base de la liquidación el **año comercial** de 360 días, tal estipulación aun tratándose de un uso bancario que pudo tener justificación en el pasado y carece 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 para el cálculo del devengo de intereses, 31 o 30 días, lo que constituye 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.

Pero no en la actualidad, de modo que dicha práctica ha sido muy discutida por el propio Banco de España en su informe sobre buenas prácticas bancarias en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2009.

Se dice en dicha Memoria en cuanto al **año comercial**/año civil que: *El criterio mantenido por el Servicio es el siguiente: «[...] 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 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 .»

Y es que esa especie de redondeo a la baja lo es en detrimento del consumidor.

Este es el caso resuelto por el Tribunal Supremo cuando rechazó los recursos de casación frente a sentencias que declararon nulas 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. En SSTs de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011 , se entendió que dichas cláusulas son abusivas en cuanto que en aplicación del art. 8.2 Ley 7/1.998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación, por tanto, del art. 10 bis Ley 26/1.984, de 19 de julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios (hoy artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), 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.

Y, finalmente 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* ".

Así pues, el cálculo de los intereses con la utilización del criterio del **año comercial** es una cláusula **abusiva** y, por tanto, nula, ya que no puede decirse 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.

TERCERO . - La segunda cláusula que se cuestiona es la relativa a la prohibición al prestatario de hipotecar, gravar, vender o arrendar el inmueble sin el consentimiento del prestamista.

Alega la parte apelante que tal prohibición es claramente una limitación al principio de propiedad, que es una restricción a la libertad de propiedad que no tiene razón de ser pues 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. Cita en su favor la STS de 16 diciembre 2009 .

La parte apelada estima que tal 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 concurra justa causa, como es la disminución del patrimonio del deudor sobre el que se constituye la garantía oportuna para la concesión del préstamo.

Por otro lado señala que el art. 13.1 LAU , garantiza al arrendatario de vivienda el derecho a permanecer en la vivienda arrendada 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.

También sostiene que el art. 219.2º RH recoge una modalidad específica de la acción de devastación del art. 117 LH .

Debemos 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.

Tal diferenciación obedece a que sobre el arrendamiento existen normas que justifican, en determinadas circunstancias, la validez y razonabilidad de dicha cláusula. Efectivamente, en una interpretación sistemática



del art. 1129 CC en relación con el art. 219 RH , se pone en evidencia que el valor de la finca puede verse disminuido por un arrendamiento (que según la STS 16 diciembre 2009 debe limitarse a los arrendamientos de vivienda) en ocasión o circunstancias que revelen como finalidad primordial del arrendamiento causar la disminución de su valor, y establece a tal efecto una presunción que admite prueba en contrario. Precepto que cita a su vez el art. 117 LH , relativo a la acción de devastación, que permite para esos casos de deterioro y disminución de valor del bien hipotecado, que se prohíba al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño, como podría ser el no arrendamiento gravoso o reductor del valor de la finca.

Pero, desde luego, no puede tomarse por tal cualquier arrendamiento, sino aquel que, según el propio art. 219 RH , *en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al seis por ciento, no cubra la responsabilidad total asegurada* . Y en esta línea la RDGRN de 28 enero 2008, que admite esta limitación al arrendamiento, no tiene un carácter general sino en determinadas circunstancias, así en su FJ sexto señala que:

(..) respecto de la posible existencia de cargas preferentes no mencionadas en la escritura, es doctrina de este Centro que puede configurarse como causa de vencimiento anticipado del préstamo con el apoyo de la previsión legal contenida en el artículo 1129.3 del Código Civil , al ser indudable el eventual quebranto de la garantía establecida; y respecto de la previsión hecha en cuanto a los arrendamientos, es criterio de este mismo Centro que resulta admisible que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieren no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudiera disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contenga, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta, que es precisamente lo prevenido en el apartado 1.6 de la estipulación segunda. Tampoco, por su propia naturaleza, pueden implicar prohibiciones de disponer contrarias al artículo 27 de la Ley Hipotecaria las previsiones de vencimiento anticipado por razón de la existencia de situaciones arrendaticias o posesorias anteriores a la hipoteca y no declaradas en la escritura .

Esta limitación es precisamente al que consta en la cláusula 5.2.2.4 de la escritura del año 2004, y que no es cuestionada. Pero la que es sometida a consideración del tribunal es la que consta, sin ninguna limitación, en la cláusula 5.2.2.5 de la misma escritura, junto a la prohibición, también genérica y sin limitación o concreción alguna, de la prohibición al prestatario de hipotecar, gravar, vender o arrendar el inmueble sin el consentimiento del prestamista.

Ante esta generalidad y falta de limitación alguna, no sirven los argumentos esgrimidos por la parte apelada que sólo podían justificar su procedencia de una limitación a la facultad de arrendar en los términos expuestos, pero no de una forma total y absoluta.

Esa prohibición o limitación a cualquier negocio que implique la transmisión de la posesión, incluyendo ahora también el arrendamiento en cualquier circunstancia, así como la facultad de hipotecar, gravar o enajenar, es tan genérica y absoluta, e implica una cercenación tan relevante de las facultades que integran el dominio que provoca, en beneficio exclusivo de la prestamista y en perjuicio exclusivo del prestatario, un claro desequilibrio en los derechos del prestatario. Este ve limitadas las facultades fundamentales de su derecho de propiedad, que además le impide prácticamente cualquier explotación económica la misma durante, nada más y nada menos, que casi 38 años. Y ello a fin de salvaguardar el valor económico del bien en beneficio de la prestamista para el caso de que hubiera que proceder a la realización de la hipoteca, cuando en realidad no resultaría prácticamente afectada pues 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.

CUARTO. - A pesar de la declaración de nulidad de estas otras dos cláusulas, no puede entenderse que exista una estimación sustancial de la demanda cuando una de las cuestiones que ha sido objeto de mayor controversia en los tribunales como es la retroactividad total o parcial de la denominada cláusula suelo, y aún está pendiente de pendiente de un pronunciamiento por parte del TJUE, que esperemos ponga término a las diversas interpretaciones sobre la cuestión, no ha sido estimada, por lo que debe considerarse a los efectos del art. 394 LEC como una estimación parcial, además de existir sobre esa cuestión de fondo serias dudas de derecho que justificaría también su no imposición con fundamento en el art. 394.1 apartado segundo LEC .

La estimación parcial del recurso conlleva la no imposición de costas, sino que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad (art. 398.2 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,



FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Belarmino y Doña María Luisa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra, revocando la misma en el sentido de declarar también la nulidad, por abusivas, de la cláusula 3.5 de la escritura pública de 29 junio 2007 y 3.6 de la escritura de 23 diciembre 2004, relativa a la consideración del año de 360 días para el cálculo de intereses, así como de la cláusula 5.2.2.5 de la escritura pública de 23 diciembre 2004 relativa a la prohibición al prestatario de hipotecar, gravar, vender o arrendar el inmueble, o celebrar cualquier contrato con tercero que transmita la posesión de la finca hipotecada sin el consentimiento del prestamista.

Todo ello sin especial imposición de costas en esta alzada.

Hágase devolución del depósito constituido para poder recurrir en apelación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ