



JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2

LENA

SENTENCIA: 00126/2021

PLAZA ALFONSO X EL SABIO Nº 7

Teléfono: 985490359/985493638, Fax: 985493447

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JRZ

Modelo: N04390

N.I.G.: 33033 41 1 2021 0000405

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000213 /2021

Procedimiento origen: /

Sobre **OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. PAULA CIMADEVILLA DUARTE

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. LIBERBANK SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

S E N T E N C I A nº 126/2021

En la Pola a 22 de diciembre de 2021.

Vistos por D. Juan-Bosco Rite Zambrano, Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción num 2 de Lena, los presentes autos de procedimiento de Juicio Ordinario nº 213/2021, seguidos ante este Juzgado a instancia de [REDACTED] representado/a por el Procurador/a D./D.ª Paula Cimadevilla Duarte y asistido/a por el/la letrado/a D./D.ª Jorge Álvarez de Linera Prado, contra Liberbank SA, representada por el/la Procurador/a D./D.ª [REDACTED] y asistida por el/la letrado/a D./D.ª [REDACTED], sobre nulidad por abusividad de condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el/la Procurador/a D./D.ª Paula Cimadevilla Duarte, en la representación que ostenta, se dedujo demanda contra Liberbank SA, solicitándose que se declarase la nulidad de la condición general que fija el interés remuneratorio y de la cláusula que fija la comisión por impago correspondientes al contrato de tarjeta de crédito formalizado entre [REDACTED] y Liberbank SA en fecha 11 de enero de 2008, subsidiariamente se declarase la nulidad de la cláusula que fija la comisión por impago; se condenase a Liberbank SA a estar y pasar por dicha declaración y las elimine del contrato, dejando subsistente el resto del contrato; se condenase a Liberbank SA a reintegrar a la parte actora las cantidades cobradas por aplicación de las cláusulas que se declaren nulas, cuantía a determinar en ejecución de Sentencia -previa aportación de la totalidad de liquidaciones-, con el interés legal



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: JUAN BOSCO RITE
ZAMBRANO
22/12/2021 09:52
Minerva



desde la fecha en que se detrajeron dichas cantidades de la cuenta del cliente hasta su determinación; se condenase a Liberbank SA al abono de todas las costas causadas.

SEGUNDO.- La citada demanda fue objeto de reparto por parte de Decanato y turnada a este Juzgado, dando lugar a los presentes autos, siendo admitida a trámite, en que se acordó dar traslado de la demanda y documentos de la misma a la parte demandada, con emplazamiento para que en el plazo de veinte días compareciera en forma legal en las actuaciones y contestara la demanda.

Liberbank SA contestó la demanda en el sentido de que no había abusividad alguna.

TERCERO.- Convocándose a las partes litigantes a la audiencia previa legalmente prevista.

El desarrollo de la misma tuvo lugar en la fecha señalada con la asistencia de todas las partes personadas, debidamente representados y asistidos, en el curso de la cual, el demandante se ratificó en sus escritos, ratificándose la demandada en sus posiciones, se fijaron los hechos controvertidos y propusieron como única prueba la documental, quedaron los autos vistos para sentencia, de conformidad con el artículo 429.8 de la LEC.

En el presente procedimiento se han cumplido todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por el/la Procurador/a D./D.^a Paula Cimadevilla Duarte, en la representación que ostenta, se dedujo demanda contra Liberbank SA, solicitándose que se declarase la nulidad de la condición general que fija el interés remuneratorio y de la cláusula que fija la comisión por impago correspondientes al contrato de tarjeta de crédito formalizado entre [REDACTED] y Liberbank SA en fecha 11 de enero de 2008, subsidiariamente se declarase la nulidad de la cláusula que fija la comisión por impago; se condenase a Liberbank SA a estar y pasar por dicha declaración y las elimine del contrato, dejando subsistente el resto del contrato; se condenase a Liberbank SA a reintegrar a la parte actora las cantidades cobradas por aplicación de las cláusulas que se declaren nulas, cuantía a determinar en ejecución de Sentencia -previa aportación de la totalidad de liquidaciones-, con el interés legal desde la fecha en que se detrajeron dichas cantidades de la cuenta





del cliente hasta su determinación; se condenase a Liberbank SA al abono de todas las costas causadas.

Liberbank SA contestó la demanda en el sentido de que no había abusividad alguna.

SEGUNDO.- Ya determinó la STS 149/2020, de 4 de marzo que el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio habría podido realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores.

TERCERO.- El artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación dispone literalmente "En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Por tanto, el citado precepto exige que el contrato se haya celebrado con un consumidor. A este respecto el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias define consumidor como la personas física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Si se atiende al propio contrato son tarjetas de crédito emitidas para facilitar el consumo de los particulares, cuestión que no ha sido impugnada ni desmentida por la parte ejecutante y que debe darse por probada.

En la actualidad el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ha sido sustituido por el artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (RDleg 1/2007 de 16 de noviembre) que dispone que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En virtud del artículo 82.2.2º del Texto Refundido el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.





Mientras que el listado de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ha sido sustituido por el incluido en los artículos 83 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, conforme al artículo 82.4 que dispone que en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive, vinculen el contrato a la voluntad del empresario; limiten los derechos del consumidor y usuario; determinen la falta de reciprocidad en el contrato; impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

La definición de cláusula abusiva está contenida en el artículo 82 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, caracterizándose por dos requisitos, la falta de negociación individual y un desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, de los derechos y obligaciones derivados del contrato, contrario al principio de buena fe. Sin embargo, la propia ley en sus artículos 85 y 90, enumera una serie de cláusulas que se consideran, en todo caso nulas (art. 82.4). Importa recordar que la lista supone una ejemplificación de lo que es contrario a las exigencias de la buena fe causando desequilibrio. Para su aplicación es preciso que se trate de cláusulas no negociadas individualmente. Las negociadas individualmente no son cláusulas abusivas por definición. En cuanto a qué hay que entender que por falta de negociación individual, dado que la ley no lo concreta, debemos acudir a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que se traspuso en virtud de la Ley 7/1998, y que establece en su artículo 3.2 que "se entenderá que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido". Norma de la Directiva que debe ser tomada en consideración por el juez nacional para interpretar y aplicar la ley nacional, según la doctrina "Faccini Dori" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Debiendo recordarse que según el artículo 82.2. 2º del Texto refundido, sobre el demandante recae la carga de probar la negociación individual, sin que conste en el proceso prueba de las citadas negociaciones individuales.





En definitiva, el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente. STS 265/15 de 22 de abril.

CUARTO.- Nunca podría ser declarado abusivo el interés remuneratorio pactado, al ser parte del precio del contrato, salvo en supuestos de ausencia de claridad y concreción, pero sí el de demora, al no formar parte de ni del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, al tratarse de una penalización por retraso.

No puede ser declarado abusivo el interés remuneratorio pactado pues forma parte del precio del préstamo, elemento esencial del contrato sobre el que no cabe control de abusividad. Así la STS Sala 1ª 241/13 de 09/05/13 recurso 485/12, que dispone que las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que como regla no cabe el control de su equilibrio. Ello en base al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril traspuesta por ley 7/1998 de 13 de abril, que dispone que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

La interpretación a *contrario sensu* de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible, en el sentido de que su falta de transparencia no permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos. En definitiva lo relevante es que el consumidor pueda conocer las consecuencias económicas que se derivan de las prestaciones a su cargo.





Como se determina en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 86/2014 de 26 de mayo y en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 464/2014 de 8 de septiembre, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato.

En el mismo sentido la STJUE de 30 de abril de 2014, al determinar que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Utilizando la STS Sala 1ª 241/13 de 09/05/13 recurso 485/12 como criterio para valorar que dicha cláusula no se redacta de manera clara y comprensible, falta información suficiente sobre el funcionamiento de este tipo de productos, en la cual la cuota mensual está compuesta fundamentalmente por intereses, sin que se amortice apenas capital, en definitiva como determinó la STS 149/2020, de 4 de marzo el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio y las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas, en comparación con la deuda pendiente, pero alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas, hasta el punto de que puede convertirle en un deudor cautivo, de tal modo que no puede evaluar





las consecuencias económicas que se van a desprender de las prestaciones a su cargo. A este respecto y para que el consumidor pueda cabalmente conocer las consecuencias económicas que se van a desprender de las prestaciones a su cargo se ha dictado la Orden ETD 699/2020 de 24 de julio, la cual obliga a la prestamista a aportar una serie de información, norma que no es aplicable al presente caso, pero que sirve para evaluar qué información se entiende suficiente, sin que la parte demandada haya presentado prueba alguna sobre la información que facilitó.

El hecho de que la cláusula no haya sido redactada de manera clara y comprensible, al formar parte del precio, permite el control de abusividad, pero no presume que la cláusula sea abusiva. Es necesario que concurren los requisitos del artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (RDleg 1/2007 de 16 de noviembre) que dispone que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Debe recordarse que la falta de transparencia no determina sin más la nulidad por abusividad de la cláusula, sino que, por afectar a un elemento esencial del contrato (el precio), permite analizar su abusividad y solo en el caso de afirmarse ésta, estaría justificada la nulidad de la cláusula, sentencias del Tribunal de Justicia de la UE de 30 de abril de 2014 y de 26 febrero de 2015; así como las del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2019 y 24 de febrero de 2020.

Así lo fija la Sentencia del Tribunal Supremo nº 121/2020 de 24 de febrero al establecer que si cuando se celebró el contrato no estaba en vigor la actual redacción del párrafo segundo del art. 83 TRLCU (entró en vigor el 16 de junio de 2019), que parece equiparar la falta de transparencia a la abusividad, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad. Se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo 585/2020 de 6 de noviembre cuando determina que la falta de transparencia no determinaría necesariamente la nulidad de la cláusula, el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es la nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad, esto es, permite valorar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena





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

En el mismo sentido las Sentencias 595, 596, 597 y 598 de 12 de noviembre de 2020 del Tribunal Supremo al determinar que el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad, esto es, permite valorar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En el mismo sentido la STJUE, de 26 de enero de 2017, C-421/14 determina que en caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva.

La falta de negociación individual se desprende del propio tenor de la cláusula, redactada para ser incorporada a una pluralidad de contratos sin que el consumidor haya podido influir sobre su contenido, sin que el empresario haya acreditado tal negociación individual, cuando en virtud del artículo 82.2.2º del Texto Refundido el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

En cuanto a la vulneración de las exigencias de la buena fe, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Como determinan las Sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11) y de 26 de enero de 2017 (C-421/12) se debe comprobar debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. No pudiendo concluirse en relación a lo expuesto que la cláusula fuese conforme a las exigencias de la buena fe al permitir, no siendo redactada de manera clara, permitiendo reclamar un interés remuneratorio totalmente desproporcionado, de tal modo que el profesional no podía estimar





que este aceptase ser un deudor cautivo en una negociación individual.

En cuanto al desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, las Sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11), de 16 de enero de 2014 (C-226/12) y de 26 de enero de 2017 (C-421/12) determinan que se deberá valorar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente, debiendo considerarse que es así pues concurre una protección para el acreedor excesivamente gravosa para el consumidor.

QUINTO.- En cuanto a la comisión por devolución de recibos o gestión de cobros, de 39 € por recibo impagado, puede entenderse como abusiva en base a los artículos 89.5 del Texto Refundido que dispone que en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación; y 85.6 que dispone que las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones; pues obviamente, tal comisión por gestión de cobros no atiende a servicios efectivos algunos, no debiendo olvidarse que la entidad bancaria ya dispone el derecho a que se le abonen las costas de la ejecución, toda vez además que se asumió con la entidad bancaria que los prestatarios quedarían obligados a abonar los gastos procesales y de otra naturaleza derivados del incumplimiento de la obligación.

En el mismo sentido las siguientes sentencias de la AP de Asturias:

De la Sección 6 del 04 de mayo de 2015, Sentencia: 120/2015: *Del mismo modo debe confirmarse la decisión de instancia concerniente a la nulidad de las comisiones por reclamación porque la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 en que pretendía ampararse la entidad financiera permite efectivamente la libertad de pacto, pero añade que en todo caso será necesario justificar que efectivamente se han devengado los gastos correspondientes y sin embargo nada consta a este respecto.*

De la Sección 6 del 23 de abril de 2015, Sentencia: 104/2015: *lo que incumpliría además los criterios establecidos al respecto por el*





Banco de España en aplicación de su Circular 8/1990, de 7 de septiembre, según los cuales, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que el adeudo de esta comisión solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador) y al coste de las mismas.

De la sección 6 del 15 de diciembre de 2014, Sentencia: 331/2014: *En este sentido las reclamaciones que realiza la entidad bancaria por los indicados conceptos, que si bien están basados en cláusulas contractuales, para su acogimiento precisaría de la necesaria acreditación de los gastos que le ocasionó a la entidad bancaria el descubierto producido, no constando la existencia de las actuaciones que generaron el importe reclamado que le hubiera supuesto un gasto real y efectivo, y menos la razón por la que en un mismo día se cargan tres cantidades por el mismo concepto como es la liquidación de la cuenta a la vista, ni a qué responde el concepto de la comisión por reclamación descubierto ni el llamado gasto prejudicial, que no ha sido debidamente justificado pese a tener la entidad bancaria la facilidad probatoria al con todos los datos y actuaciones del gasto realizado. Y en base a ello, al realizar el cargo de una comisión que no consta responda a ningún tipo de gestión o gasto por la reclamación de esas posiciones deudoras, el hecho de que este pactada a favor de la entidad financiera, la misma, no se devenga a su favor cantidad alguna por el mero hecho de existir esa deuda o posición deudora, sino por el hecho de hacer o llevar a cabo gestiones de reclamación de deuda, que no proceden por el mero hecho de remitir el extracto al cliente.*

Recientemente la abusividad de esta cláusula ha sido declarada por la STS 566/2019 de 25 de octubre al plantearse como una reclamación automática.

La demandada sostiene que realizó gestiones tendentes al cobro de la deuda consistente en llamadas de teléfono, envío de correo postal y sms, si bien no justifica el coste real de dichas actuaciones, cuando tal comisión se plantea como una reclamación automática, cuyo importe se fija en 39 €, cuantía que se fija de una manera totalmente independiente al coste real de dichos servicios de





reclamación, cuando además la demandada no ha justificado cual fue el coste real de dichas actuaciones.

Ya determina la STJUE de 16 de julio de 2020 la obligatoriedad de la entidad financiera de demostrar que la comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, cuando si atendemos a la propia redacción de la cláusula se fija la cantidad de 30 € por mes, sin aportar prueba cierta del coste real de las reclamaciones.

SEXTO.- Siendo el efecto de la declaración de abusividad la no incorporación al contrato, conforme a la STS Sala 1ª 241/13 de 09/05/13 recurso 485/12, *“la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia”*, de tal modo que *“los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas”*.

Por tanto las clausulas abusives deben entenderse nulas, debiendo ser integrado el contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 83 del Texto Refundido, subsistiendo el contrato sin aplicar tal cláusula.

Por tanto no puede moderarse una cláusula abusiva, ni sustituirse por otra válida ni sustituirse por una disposición de derecho nacional, simplemente se expulsará del contrato.

Así la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

Pero si se ha admitido por el TJUE la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara





expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus Sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.

Si atendemos a la STJUE de 15 de marzo de 2012, a la STJUE de 26 de marzo de 2019, a los tres autos del TJUE de 3 de julio de 2019 y a la STS 463/2019 de 11 de septiembre, para valorar si el contrato puede persistir sin la cláusula declarada nula debe atenderse a si las partes habrían celebrado ese contrato sin la aplicación de tal cláusula, es decir si la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no serían las mismas.

Debe tenerse en cuenta que la razón de ser del pronunciamiento del TJUE en el caso C-618/2010 se fundamentaba en que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

La Sentencia nº 296/2020 de 27 de julio de la Sección Quinta de la AP de Asturias concluye que el contrato no será nulo por este motivo pues la entidad prestamista ofrecía la modalidad de pago a fin de mes de manera gratuita y la modalidad de pago rotatorio con pago de interés, determinando que quedaría obligado el cliente a devolver la cantidad de capital sin intereses.

Por su parte la Sentencia nº 252/2020 de 13 de julio de la Sección Sexta de la AP de Asturias determina que la exclusión de dicho condicionado y subsiguiente eliminación de los intereses remuneratorios y demás estipulaciones sobre la prestación a percibir por el prestamista durante la vida del contrato, que tampoco se concreta, desnaturalizan un negocio concertado sobre esos presupuestos jurídico-económicos e impiden que el contrato pueda subsistir en lo sucesivo al margen de esos pactos.

Por su parte la Sentencia nº 427/2020 de 3 de diciembre de la Sección Quinta de la AP de Asturias determina que el sistema de





amortización diferido en combinación con la reconstitución del límite del crédito disponible constituyen el núcleo y esencia del contrato, no pudiendo subsistir sin ello, por lo que procede declarar la nulidad de todo el contrato, con los efectos restitutorios del art. 1303 del Código Civil.

Por su parte las Sentencias nº 320/2020 de 23 de septiembre, nº 332/2020 de 29 de septiembre y nº 408/2020 de 4 de noviembre de la Sección Séptima de la AP de Asturias determina que tal criterio favorable a la subsistencia del negocio jurídico no parece que pueda ser el mantenido en el supuesto que nos ocupa, a la luz del propio contenido contractual y de la afectación de la declaración de falta de transparencia y abusividad a unas cláusula definitorias de uno de los elementos esenciales del contrato, como es el modo de cálculo del interés remuneratorio y el sistema de pago revolving, cuya nulidad, estimamos vacía de contenido el contrato en cuestión, lo que obliga a decretar la nulidad en su totalidad, y en consecuencia, a la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 1.303 C.C., es decir la sola obligación del prestatario de devolver el capital.

La jurisprudencia del TJUE (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, apartados 83 y 84 y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, apartado 63) recuerda que si se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse.

En el caso de un contrato de préstamo, sigue diciendo la anterior doctrina, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca.

La exposición a situaciones especialmente perjudiciales es lógica consecuencia de los préstamos en los que se adeuda una importante cantidad. En tales supuestos, efectivamente, haría verdaderamente gravosa para el consumidor una obligación restitutoria inmediata y total.

No constando que la demandada ofrezca en el mercado préstamos gratuitos cabe concluir que es más que dudoso que la entidad





prestamista hubiese concertado dicho contrato sin percibir un interés remuneratorio, de tal modo que la nulidad de la cláusula determinará la nulidad de todo el contrato, de tal forma que el actor solo quedará obligado a amortizar el capital dispuesto, debiendo en su caso la entidad bancaria devolverle las cantidades que entregadas y que excedan del capital dispuesto.

SEPTIMO.- Como se determina en la Sentencia nº 166/2018 de la Sección Sexta de la AP de Asturias no es hecho obstativo al éxito de la acción de nulidad, la doctrina de los actos propios y la confirmación por ello del contrato en general y de la cláusula que fija los intereses remuneratorios por aplazamiento en particular, en base a lo dispuesto en el art. 1303 del Civil.

OCTAVO.- En materia de intereses debe estarse al artículo 1303 del Código Civil, de tal modo que las cantidades abonadas y que excedían del capital prestado devengarán el interés legal desde el momento en que se produjo tal exceso de amortización.

NOVENO.- En todo caso procede la condena en costas a la demandada en aplicación del principio de efectividad del artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril, en la interpretación dada por la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020 que determina que el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales.

En el mismo sentido de atender al principio de efectividad del artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril, a los efectos de los pronunciamientos sobre costas la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 472/2020, de 17 de septiembre. Y la más reciente aún nº 510/2020 de 6 de octubre de 2020.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo nº 40/2021 de 2 de febrero permite no imponer las costas pero cuando la demanda se fundamenta exclusivamente en la ley Azcárate, lo cual no sucede en el presente caso.





Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el/la Procurador/a D./D.^a Paula Cimadevilla Duarte en nombre y representación de [REDACTED] y en consecuencia:

1. Se declara la nulidad de la condición general que fija el interés remuneratorio y de la cláusula que fija la comisión por impago correspondientes al contrato de tarjeta de crédito formalizado entre [REDACTED] y Liberbank SA en fecha 11 de enero de 2008, con la consecuencia legal de la nulidad de todo el contrato.

2. Se condenase a Liberbank SA a estar y pasar por dicha declaración.

3. En consecuencia [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] solo quedará obligado a reintegrar el capital dispuesto, siendo condenada Liberbank SA a reintegrar a la parte actora todas aquellas cantidades amortizadas y que excedan del capital dispuesto, cuantía a determinar en ejecución de Sentencia - previa aportación de la totalidad de liquidaciones -, con el interés legal desde la fecha en que se produjo el exceso de amortización.

4. Se condena a Liberbank SA al abono de todas las costas causadas.

Llévese la presente resolución al Libro de sentencias definitivas de este Juzgado, dejando testimonio de la misma en autos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes en legal forma advirtiéndoles que contra la misma pueden interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias que deberán interponer en este Juzgado en el plazo de 20 días desde su notificación.

La interposición de dicho recurso precisará de la constitución de un depósito de 50 € en la cuenta de Consignaciones y depósitos de este Juzgado en el modo y forma previsto en la D.A. 15^a de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, sin cuya constitución no será admitido a trámite.





Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, yo Juan-Bosco Rite Zambrano, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de los de Lena y su partido.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

