

# AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

## LUGO

N10250

PLAZA AVILÉS S/N

Tfno.: 982294855 Fax: 982294834

FF

N.I.G. 27028 42 1 2014 0003670

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000163 /2016**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000698 /2014

Recurrente: xxxx

Procurador: JUSTO ALFONSO FERNANDEZ EXPOSITO, JUSTO ALFONSO FERNANDEZ EXPOSITO

Abogado: ,

Recurrido: NCG BANCO S.A.

Procurador: ALVARO MARTIN-BUITRAGO CALVET

Abogado: MAURO JESUS VARELA PINTOS

### SENTENCIA 4/2017

ILMOS. SRES.:

D. JOSÉ ANTONIO VARELA AGRELO

D. DARÍO ANTONIO REIGOSA CUBERO

D.<sup>a</sup> MARÍA INMACULADA GARCÍA MAZAS

Lugo cuatro de enero de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000698/2014**, procedentes del **XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO**, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000163/2016**, en los que aparece

como parte apelante, **xxxx**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr.

JUSTO ALFONSO FERNANDEZ EXPOSITO y asistido por el Abogado D.

JAVIER CUESTA SÁNCHEZ, y como parte apelada, **NCG BANCO S.A.**,

representado por el Procurador de los tribunales, Sr.

ALVARO

MARTIN-BUITRAGO CALVET y asistido por el Abogado D. MAURO JESUS VARELA PINTOS, sobre nulidad cláusula de intereses de contrato préstamo hipotecario. Siendo ponente el presidente Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO VARELA AGRELO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 2 de LUGO, se dictó sentencia con fecha dos de febrero de dos mil dieciséis,

en el procedimiento del que dimana este recurso.

2

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Fernández Expósito

en representación de Don xxx y Doña

xxx contra la entidad "NCG Banco, S.A.", =

DECLARO nula, por abusiva, la cláusula que contiene una limitación mínima del 3,75% a la variación del tipo de interés

suscrito el 12 de julio de 2007 entre los demandantes y la entidad demandada, y en consecuencia,== CONDENO a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario, absteniéndose de aplicarla en lo sucesivo, manteniéndose vigente el resto del contenido del contrato;== ABSOLVIENDO a NCG Banco, S.A." de los restantes pedimentos deducidos en su contra en la demanda, al no haber lugar a la restitución de las cantidades percibidas en virtud de la cláusula declarada nula con anterioridad al 9-05-2013.== Todo ello sin expresa imposición sobre las costas causadas en esta instancia.", que ha sido recurrido por la parte xxxx, xxxx, habiéndose alegado por la contraria oposición al recurso.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día cuatro de enero de dos mil dieciséis a las diez treinta horas, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Se aceptan los de la sentencia apelada con la modificación que se dirá.

**PRIMERO.-** Consiste la contienda en la acción de nulidad de una cláusula de limitación del tipo de interés que figura en un préstamo hipotecario.

La sentencia de instancia estima parcialmente la pretensión actora, sin imposición de costas y contra estos pronunciamientos la parte demandante formula recurso de apelación.

3

**SEGUNDO.-** Mediante auto de 25 de Abril de 2016, frente al que se aquietan las partes, la Sala acordó la suspensión del procedimiento hasta la resolución por el TJUE de cuestiones prejudiciales sobre la materia. Pues bien, la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de fecha 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15, cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada y, c-307/15 y C-308/15, cuestiones prejudiciales elevadas por la sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante resuelve la

cuestión en el sentido declarar no conforme con el Derecho de

la Unión Europea la limitación temporal de los efectos restitutorios de las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la declaración de nulidad de una cláusula suelo abusiva conforme había establecido la Sentencia del Tribunal

Supremo (Pleno Sala Primera) de 9 de mayo de 2013.

En concreto el Tribunal de Justicia contestó a la cuestión prejudicial:

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas

en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado

con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales

efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas

indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad

al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que

se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Así las cosas, el recurso, de acuerdo con el citado criterio, debe ser acogido en lo relativo al alcance de los efectos restitutorios de la declaración de abusividad.

**TERCERO.**- En relación con las costas, hay que señalar que previamente a la interpelación de la entidad financiera había

abonado 6 meses antes, la diferencia de lo indebidamente cobrado de acuerdo con el criterio fijado en la STS de 9 de Mayo de 2013, que además era el criterio que siguió lógicamente esta Sala.

4

Por tanto, era una cuestión muy incierta el acogimiento de la pretensión en el sentido planteado por la demanda que únicamente procede ahora tras el superior criterio del TJUE,

por lo que la no imposición de costas en la instancia resulta

correcta.

**CUARTA.**- No procede condena en costas al estimarse en parte el recurso.

Vistos los artículos de pertinente aplicación

**F A L L O**

Se estima en parte el recurso de apelación revocándose en igual medida parcial la sentencia en el sentido de que la extensión de los efectos de la nulidad de la cláusula comporta

la devolución íntegra de lo indebidamente percibido.

Manteniéndose lo demás.

No se condena en costas.

Devuélvase al consignante el depósito constituido para recurrir.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el

plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

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