



Roj: **AATS 5165/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5165AA**

Id Cendoj: **28079119912013800002**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **03/06/2013**

Nº de Recurso: **485/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Auto Aclaratorio**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1470/2011,**  
**STS 1916/2013,**  
**AATS 5165/2013,**  
**ATS 10482/2013,**  
**SAP Z 1871/2016**

Recurso Num.: **485/2012**

Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayon Cobos

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. José María Ramallo Seisdedos

**AUTO**

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL

PLENO

Excmos. Sres.

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

D. Rafael Gimeno Bayon Cobos

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil trece.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: LA SENTENCIA



1. El pasado nueve de mayo de dos mil trece dictamos la sentencia 241/2013 , cuya parte dispositiva dice:

"Primero: Estimamos el segundo submativo del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, representada por la procuradora de los tribunales doña María José Rodríguez Teijeiro, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010 y, en su consecuencia, reconocemos a la expresada Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios capacidad procesal en este pleito para ejercitar la acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación impuestas por entidades financieras.

Segundo: Desestimamos el primer y segundo motivos y el primer submativo del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, comparecida en autos bajo la antedicha representación de la procuradora de los tribunales doña María José Rodríguez Teijeiro, contra la expresada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011.

Tercero: No procede la imposición de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

Cuarto: Estimamos en parte los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la referida Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010, y casamos la sentencia recurrida.

Quinto: Asumimos la segunda instancia, y estimamos en parte los recursos interpuestos por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG Banco S.A.U. contra la sentencia dictada el treinta de septiembre por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010.

Sexto: Desestimamos en parte la demanda interpuesta por Asociación de usuarios de los servicios bancarios (Ausbanc Consumo) y declaramos que no ha lugar a declarar la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a contratos de préstamo a interés variable suscritos con consumidores.

Séptimo: Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Octavo: Condenamos a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG Banco S.A.U. a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.

Noveno: Declaramos la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las expresadas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. demandadas, concertados con consumidores en los que se hayan utilizado las cláusulas cuya utilización ordenamos cesar y eliminar.

Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.



Decimoprimeramente: Acordamos la publicación de los apartados sexto, séptimo y octavo del fallo de esta sentencia en un diario de los de mayor difusión de la provincia de Sevilla, con letra de tamaño 10 o superior, a cargo de las demandadas por terceras e iguales partes en el plazo de 30 días desde su notificación.

Decimosegundo: No procede imponer las costas del recurso de casación que estimamos en parte.

Decimotercero: No procede imponer las costas de ninguna de las instancias".

#### SEGUNDO: LA PETICIÓN DE ACLARACIÓN

2. Los procuradores de los tribunales doña Ana Llorens Pardo, don Rafael Silva López y don Guillermo García San Miguel Hoover, en nombre y representación respectivamente de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, NCG Banco, S.A.U. y Cajas Rurales Unidas, S.C.C. han presentado solicitud de rectificación, aclaración y subsanación de la sentencia, al amparo de lo dispuesto en los artículos 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interesando que la Sala acuerde lo siguiente:

1.- Corregir el apartado séptimo del fallo de la Sentencia en el sentido de sustituir la remisión a los "apartados 2, 3 y 4" del antecedente de hecho primero por la referencia a los "apartados 3, 4 y 5" de dicho antecedente.

2.- Aclarar el apartado séptimo del fallo de la Sentencia en el sentido de que la declaración de nulidad sólo es predicable respecto de las cláusulas suelo allí indicadas, de modo que satisfacen el requisito de transparencia las cláusulas suelo respecto de las que se hayan observado al menos una o algunas de las medidas indicadas en las letras a) a f) de dicho apartado o, en su defecto, respecto de las que se hayan adoptado medidas equivalentes (como por ejemplo la comunicación de información verbal o por escrito, o la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante u otro documento análogo).

3.- Aclarar lo resuelto en el apartado Séptimo del fallo de la Sentencia, en relación con el Sexto, en el sentido de especificar:

(i) En qué casos, o a partir de que momento temporal, ha de entenderse que la entidad financiera se encontraba en una situación en que "se hacía previsible que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo" y, en consecuencia, a que contratos vigentes afectan los pronunciamientos de la Sentencia.

(ii) Si, a sensu contrario de los razonamientos de la Sentencia, debe entenderse que en concretos casos en los que los consumidores se han beneficiado de las bajadas de los tipos de interés durante un determinado periodo de tiempo, sin que por tanto viesan frustradas sus expectativas de abaratamiento del crédito, no concurre el requisito de la abusividad.

4.- Corregir y subsanar el apartado decimoprimeramente del fallo de la Sentencia en el sentido de acordar la publicación íntegra del fallo o, al menos, de los apartados sexto a décimo".

#### TERCERO: OPOSICIÓN A LA ACLARACIÓN

3. A la aclaración se opuso la procuradora de los tribunales doña María José Rodríguez Teijeiro, en nombre y representación de la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO), mediante escrito que contiene el siguiente suplico:

"Suplico a la Sala: Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, por cumplimentado en tiempo hábil y en forma legal el trámite de alegaciones conferido y, en su mérito, teniendo por realizadas las anteriores manifestaciones, acuerde denegar en su integridad la solicitud formulada de contrario de rectificación, aclaración y subsanación de la Sentencia, manteniendo la misma en sus términos".

Es Magistrado ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayon Cobos, Magistrado de Sala

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO: RECTIFICACIÓN DE ERRORES MATERIALES

1. La petición de rectificación

4. La petición de rectificación se sustenta en que el pronunciamiento séptimo del fallo incurre en un error material evidente, dado que la mención a "los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia", ha de referirse a los apartados "3, 4 y 5" de dicho antecedente de hecho.

2. Procedencia de la rectificación

5. Como indica la parte, el pronunciamiento séptimo de la sentencia incurre en un error material evidente, al indicar que los apartados de la sentencia en los que se transcribían las cláusulas suelo cuya declaración de



nulidad interesó la demandante eran los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de la sentencia, cuando en la realidad eran los apartados 3, 4 y 5 del indicado antecedente de hecho primero.

6. En consecuencia, procede la rectificación del error material interesada.

## SEGUNDO: PRIMERA ACLARACIÓN

### 1. La petición de aclaración

7. La primera de las aclaraciones pretendidas se fundamenta en que el apartado séptimo del fallo de la sentencia, no precisa si la declaración de nulidad de las cláusulas ha de apreciarse caso por caso, y tampoco indica si la nulidad se proyecta sobre las cláusulas en las que concurren todas las circunstancias indicadas en las letras a) a f) del apartado séptimo del fallo o, por el contrario, también se proyecta sobre las cláusulas suelo cuando tan solo concurren alguna o algunas, pero no todas.

8. También, sostiene la petición de aclaración en que la sentencia no concreta los mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado el consumidor en cada caso, de tal forma que, entre las medidas, se hallarían: la información que verbalmente o por escrito se hubiere facilitado al consumidor al acudir a la entidad a solicitar el préstamo; la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante; la existencia de otras declaraciones recogidas en el contrato; y las advertencias específicas sobre dicha cláusula por parte del propio notario autorizante, o fuera de aquél.

9. A lo expuesto añade que todo ello "sin perjuicio, además, de las particularidades que pueden concurrir en relación con estas exigencias, como en el supuesto de préstamos formalizados sobre la base de ofertas realizadas y negociadas con instituciones privadas de carácter asociativo, tales como colegios profesionales, sindicatos de empresas, mutualidades o asociaciones, a favor de los respectivos colectivos a los que representan, y a las que posteriormente se acogen sus integrantes".

### 2. Valoración de la Sala

#### 2.1 . El juicio de transparencia.

10. La sentencia proclama la licitud de las cláusulas suelo condicionada a que se observe la especial transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores.

11. El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes -uno de ellos referido a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas- cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes.

12. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo.

2.2. No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado,

13. También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas.

2.3, La imposibilidad de suscitar cuestiones nuevas en los escritos de aclaración.

14. La referencia a los préstamos formalizados sobre la base de ofertas realizadas y negociadas con instituciones privadas de carácter asociativo contenida en el escrito de aclaración, en la que se insinúa que la doctrina de la Sala no es aplicable a tales supuestos, excede con mucho del limitado ámbito que para la aclaración señala el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ya que se trata de una cuestión que no ha sido decidida en la sentencia cuya aclaración se suplica.

2.4. Improcedencia de la aclaración.



15. Consecuentemente con lo expuesto no procede aclarar el extremo séptimo del fallo en el sentido interesado.

#### TERCERO: SEGUNDA ACLARACIÓN

##### 1. La petición de aclaración

16. La segunda de las aclaraciones pretendidas, sostiene que el apartado séptimo del fallo no precisa el momento temporal en el que las entidades financieras estaban en condiciones de prever que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, y tampoco indica si concurre el requisito de abusividad en aquellos casos en los que los consumidores se han beneficiado de las bajadas de los tipos de interés durante un periodo de tiempo.

##### 2. Valoración de la Sala

###### 2.1. Las cláusulas abusivas eventualmente no lesivas.

17. La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito.

18. El hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor, ya que, como hemos indicado, la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses de la prestamista frente a las bajadas del índice de referencia.

###### 2.2. Procedencia de la aclaración.

19. Aunque lo expuesto se desprende con claridad de la sentencia, por razones prácticas, a fin de evitar cualquier posible equívoco, procede aclarar el extremo séptimo del fallo en el sentido de que la nulidad de la cláusula suelo no queda subsanada por el hecho de que el consumidor se haya visto beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia.

#### CUARTO: LA SUBSANACIÓN

##### 1. La petición de subsanación

20. La petición de subsanación se sustenta en que la condena a publicar exclusivamente los apartados sexto, séptimo y octavo del fallo de la sentencia en un diario de los de mayor difusión de la provincia de Sevilla, supone un desajuste con lo razonado en el fundamento de derecho decimooctavo de la sentencia, ya que en el mismo se argumenta la publicación del fallo en su integridad. Además, afirman quienes interesan la aclaración, podría afectar a la interpretación y entendimiento que los consumidores pudieran realizar del fallo, en la medida en la que se excluyen de la publicación los apartados noveno y décimo del fallo, relativos, respectivamente, a la declaración de subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor que contengan cláusulas suelo, y a la irretroactividad de la sentencia.

##### 2. Valoración de la Sala

###### 2.1. La finalidad de la publicación de la sentencia.

21. En determinados supuestos nuestro sistema admite la condena a la publicación total o parcial de las sentencias -así los artículos 63.1.f) de la Ley de Patentes, 41.1 f) de la Ley de Marcas y 53.1.f) de la Ley de Protección jurídica del Diseño Industrial, se refieren a la publicación de las sentencias y los artículos 138 del texto refundido de la Ley de Propiedad-Intelectual y 32.2 de la Ley de Competencia Desleal a la publicación total o parcial-.

22. En el caso de condiciones generales de la contratación el artículo 21 de la Ley 7/1998, atribuye al tribunal la facultad de acordar la publicación del fallo de la sentencia, lo que, como se razona en el apartado 295 de la sentencia cuya subsanación se pretende, debe ponerse en relación con su finalidad -que la noticia llegue al máximo número posible de destinatarios de forma útil-. Por ello, dentro de los límites fijados por la norma, la difusión de la sentencia debe ajustarse a las reglas de la comunicación de la noticia en función del medio utilizado -prensa escrita- y del sector de la población al que la misma se dirige -ciudadano medio lector de diarios-, que exigen no dificultar el acceso al contenido esencial del mensaje mediante una extensión excesiva que puede desmotivar su lectura, enmascararlo, o diluirlo mediante una información exhaustiva sobre extremos que, aunque importantes, no dejan de ser secundarios y fácilmente accesibles.

###### 2.2. Procedencia de la subsanación.





23. En contra de lo que pretende la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO), el trámite de aclaración no abre de nuevo el debate sobre lo decidido en la sentencia, cuyos pronunciamientos sobre el fondo son intangibles. Por el contrario, la aclaración queda ceñida a subsanar, en su caso, el pronunciamiento referido al contenido de la publicación del fallo, habida cuenta de que en los apartados 295 a 297 de la sentencia se alude la misma, sin acotar los extremos, mientras en el pronunciamiento décimo se limita a los extremos sexto a octavo.

24. De conformidad con lo suplicado con carácter subsidiario en el apartado 4 de la solicitud de rectificación, aclaración y subsanación de la sentencia, procede la publicación de los pronunciamientos noveno y décimo, además de los contenidos en los apartados sexto, séptimo y octavo, ya que no merman la eficacia de la noticia, la cual se ajusta a la nota de prensa facilitada por la Sala a los medios de comunicación y es conforme con lo razonado en los expresados apartados 295 y 297 de la sentencia.

QUINTO; LA RECTIFICACIÓN DE OFICIO.

25. El apartado 110 de la sentencia contiene una referencia al apartado 27 de sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro ), fruto de un error informático manifiesto, que se introduce en los siguientes términos "Puedes citar una sentencia en vez de unas conclusiones de abogado general, por ejemplo: [...]", al incluir una de las notas internas entrecruzadas entre los miembros de esta Sala en la elaboración de la sentencia.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO: Ha lugar a rectificar la referencia a los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero, contenida en el pronunciamiento séptimo de la sentencia, que debe sustituirse por la referida a los apartados 3, 4 y 5 del indicado antecedente de hecho primero, de tal forma que, donde: dice "Séptimo: Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia [...]", debe decir "Séptimo: Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 3, 4 y 5 del antecedente de hecho primero de esta sentencia [...]".

SEGUNDO: No ha lugar a la aclaración del extremo séptimo del fallo en el sentido interesado en la primera de las aclaraciones solicitada.

TERCERO: Ha lugar a aclarar que la falta de información que requiere la especial transparencia de las cláusulas suelo no negociadas individualmente, incorporadas a contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores, no queda subsanada por el hecho de que en casos concretos se hayan abaratado los créditos durante un período de tiempo.

CUARTO: Ha lugar a completar el apartado decimoprimer del fallo que debe decir "Decimoprimer: Acordamos la publicación de los apartados sexto a décimo del fallo de esta sentencia, ambos inclusive, en un diario de los de mayor difusión de la provincia de Sevilla, con letra de tamaño 10 o superior, a cargo de las demandadas por terceras o iguales partes en el plazo de 30 días desde su notificación.

QUINTO: Se suprime la referencia al apartado 27 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 octubre 2006 (asunto C-168/05, caso Mostaza Claro ), que se introduce en los siguientes términos "Puedes citar una sentencia en vez de unas conclusiones de abogado general, por ejemplo: [...]".

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

Juan Antonio Xiol Ríos

Francisco Marín Castán

José Ramón Ferrándiz Gabriel

José Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller

Francisco Javier Arroyo Fiestas

Ignacio Sancho Gargallo



Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Sarazá Jimena

Sebastián Sastre Papiol

Rafael Gimeno Bayon Cobos

Lo relacionado es cierto, lo inserto por fotocopia con acuerdo con su original al que me remito y en cumplimiento de lo acordado expido al presente en Madrid a 12 de Junio 2013.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ