

2. DERECHO MERCANTIL

Acerca de la limitación de la retroactividad de la «cláusula suelo» en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 en base al régimen general restitutorio de la nulidad y al Orden Público

On the limitation of the retroactive nature of floor clauses in the Supreme Court ruling of 25 March 2015 on the basis of the general restitutive procedure in nullity and public policy

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 vuelve a sentar la falta de retroacción *ex tunc* de las prestaciones a causa de la nulidad de la cláusula suelo sobre determinados argumentos que resultan criticables, entre los que destacamos el relativo a la limitación de dichos efectos en función de la naturaleza de las prestaciones y el recurso al Orden Público.

ABSTRACT: *The Supreme Court ruling of 25 March 2015 establishes anew that nullity of floor clauses does not have the effect of making contract considerations retroactive ex tunc. There is room to criticize some of the court's arguments on this point, such as the argument concerning the limitation of said effects depending on the nature of the contract considerations and the court's decision to resort to public policy as an argument.*

PALABRAS CLAVE: Derecho mercantil. Derecho de contratos y de consumo.

KEY WORDS: *Commercial law. Contract law and consumer protection.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DE LA LIMITACIÓN RESTITUTORIA *EX TUNC* EN FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS PRESTACIONES.—III. DEL RECURSO AL ORDEN PÚBLICO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 139/2015 de 25 de marzo (*RJ* 2015, 735) vuelve de nuevo a tratar la delicada cuestión del régimen restitutorio de la nulidad y los efectos de la misma en el ejercicio de una acción individual de nulidad de la conocida «cláusula suelo». Lejos de apartar y de silenciar definitivamente la polémica levantada al respecto tras la conocida y criticable en muchos aspectos sentencia del Tribunal Supremo dictada por el Pleno el 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088), la argumentación realizada en la de 25 de marzo de 2015 vuelve a reproducir en aspectos esenciales la que efectuase la sentencia de 9 de mayo de 2013.

La cuestión argumental ha sido objeto de arduo debate tanto en los Juzgados de Primera Instancia, en las Audiencias Provinciales y en nuestra doctrina científica, llegándose incluso a hablar en relación con los primeros de una auténtica rebelión de las instancias inferiores frente al Tribunal Supremo, cuando en buena parte de asuntos se han desviado de la decisión de este acerca de considerar aplicable solo la restitución de los intereses de la cláusula declarada nula a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, por considerarse los Juzgados de Instancia que atentaba al sistema de fuentes del Derecho legalmente establecido en el artículo 1 del Código Civil el hecho de no aplicar la retroactividad *ex tunc* claramente predicada en nuestro artículo 1303 del Código Civil, con carácter general, «salvo lo que dispone en los artículos siguientes», inciso este último de la referida norma jurídica absolutamente despreciado —a nuestro juicio— por el Tribunal Supremo¹.

El problema lejos de dejar relevancia práctica sigue teniéndola tanto desde un punto de vista procesal ya que algunos Juzgados tras la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 denegaban la legitimación activa al consumidor en ejercicio de una acción individual sobre la cuestión, cuando previamente se había ejercitado la acción colectiva por parte de la correspondiente asociación de consumidores y usuarios. En este sentido, el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, que el pasado 27 de junio de 2014 planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre si el efecto suspensivo de las acciones colectivas suponen un obstáculo para el consumidor y, por lo tanto, infringe el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CE.

Con la finalidad de unificar criterios y esperar a que el Tribunal de Justicia resuelva la anterior cuestión planteada, los Juzgados Mercantiles de Barcelona fijaron los siguientes acuerdos en fecha 21 de noviembre de 2014:

- a) En los juicios en los que se haya dictado alguna resolución sobre la prejudicialidad o la litispendencia deberá el Tribunal estar a lo acordado conforme a lo previsto en el artículo 207.3 de la LEC.
- b) No se admitirán las excepciones que se planteen después de la contestación a la demanda, conforme a lo previsto en el artículo 405.3 LEC, por lo tanto, el juez desestimarán por extemporánea la excepción de litispendencia o la prejudicialidad civil que se plantea después de dicho momento, cuando los hechos en los que se base sean anteriores.
- c) Alegada en forma la litispendencia o la prejudicialidad en la contestación a la demanda, el Juez acordará la suspensión del plazo para resolver, hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, asunto C/381-14, en el que se plantea al Tribunal si es conforme al artículo

7.1 y 3 de la Directiva la suspensión o el archivo de un procedimiento por prejudicialidad o litispendencia en otro proceso en el que se ejercite una acción colectiva.

- d) El artículo 721 LEC, permite a todo actor, bajo su responsabilidad, solicitar medidas cautelares, que con carácter temporal, provisional, condicionado y susceptibles de modificación y alzamiento, pueda consistir en órdenes y prohibiciones de contenido similar a los que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte, artículo 726 LEC.

Estas medidas podrán ser solicitadas basándose en el posible perjuicio que se ocasiona al actor por la suspensión del procedimiento hasta que resuelva el Tribunal de Justicia aquella cuestión, artículo 730.4 LEC, siempre que la aplicación de dicha cláusula sea económicamente significativa para el actor y sin perjuicio de la resolución que se dicte valorando la apariencia de buen derecho.

Por otro lado y según nuestro conocimiento, aunque no sepamos el resultado de la misma, también se ha solicitado por determinados consumidores ante los Juzgados de Málaga que se interponga cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el tema de la retroactividad *ex tunc* denegada en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, a la luz de los razonamientos efectuados en el Voto Particular al Fallo de la misma que efectuó el Magistrado ORDUÑA MORENO al que se adhirió el Magistrado O'CALLAGHAN MUÑOZ.

Por ello, reproducir el extenso debate surgido a raíz de esas sentencias del Tribunal Supremo no es nuestro propósito en el presente trabajo sino mostrar unas breves reflexiones acerca de dos argumentos que nos llamaron la atención desde que se publicara la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 de los que sigue siendo deudora esta sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, a saber, el recurso que se realiza a la limitación *ex tunc* de los efectos retroactivos en los casos donde la restitución no pueda ser restituible de forma específica y la utilización a estos efectos del Orden Público.

II. DEL ARGUMENTO AL CASO DE LA LIMITACIÓN RESTITUTORIA *EX TUNC* CUANDO LAS PRESTACIONES FUERAN IRRESTITUIBLES

En las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, se utiliza como argumento interpretativo (a los efectos perseguidos de invalidar los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad) el siguiente:

«También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que «[l]a «restitutio» no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y esta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad» (STS 118/2012, de 13 de marzo, RC 2009, 675)».

En primer lugar nos llama poderosamente la atención que el razonamiento anterior se realice sin ofrecer una mayor explicación de la cuestión, dada la trascendencia de su finalidad —que no es otro que la de servir de refuerzo inter-

pretativo o razonamiento a la invalidación de los efectos *ex tunc* de la nulidad, admitida sin ambages como regla general en el artículo 1303 del Código Civil, aunque si bien es cierto, «salvo lo que dispone en los artículos siguientes»— así como sin contrastar si las circunstancias de la invalidez que se analizaban en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 resultaban extrapolables al caso enjuiciado en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015.

Ello supone que inevitablemente tenga el intérprete que acercarse a los hechos que sustentaron el Fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 para analizar la semejanza con el tema de la cláusula suelo y su incidencia en el régimen restitutorio previsto en los artículos 1303 y siguientes del Código Civil, para concluir que estos hechos no pueden sustentar, ni siquiera a mayor abundamiento, el nuevo Fallo del Alto Tribunal sobre la irretroactividad de la cláusula suelo.

Pues bien, en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 se analizó un caso de nulidad de condiciones abusivas, declarándose la procedencia de dicha declaración, por la imposición junto con el suministro de los canales y servicios digitales por satélite ofertados, del uso oneroso de un instrumento accesorio no solicitado por ellos —el descodificador—, sin que procediera la devolución de las cantidades cobradas por las demandadas con causa en las cláusulas nulas ya que las cantidades reclamadas por la actora constituyeron la adecuada contraprestación por el continuado uso de los aparatos descodificadores de que disfrutaron los abonados de las demandadas.

La sentencia de apelación pese a declarar la nulidad de las cláusulas, desestimó la pretensión —deducida en la demanda por Unión de Consumidores de Pontevedra —de condena de Canal Satélite Digital, SL y DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA al reembolso de las cantidades que habían recibido de los abonados por el arrendamiento de los aparatos descodificadores y, por tanto, con causa en las cláusulas declaradas abusivas ya que «constituyeron la adecuada contraprestación por el continuado uso de los aparatos descodificadores de que disfrutaron los abonados de las demandadas —aprovechamiento que, además, no están en condiciones de devolver y cuyo valor sería compensable con el crédito cuya satisfacción reclaman: artículos 1307 y 1308 del Código Civil».

En lo que ahora nos interesa, el Fundamento de Derecho Noveno de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012, razonó expresamente lo siguiente, desestimando el motivo de casación:

«NOVENO

Vinculan los artículos 1303 del Código Civil (LEG 1889, 27) y 12, apartado 2, de la Ley 7/1998 (RCL 1998, 960) a la nulidad del contrato o de alguna cláusula abusiva una propia «restitutio in integrum», como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar —«quod nullum est nullum producit effectum» (lo que es nulo no produce ningún efecto)—, dado que esta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la «condictio in debiti» —sentencia 1385/2007, de 8 de enero—.

Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente —«solvens»—.

No obstante, la «restitutio» no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, el fundamento de la regla de liquidación de

la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra —sentencias 485/2000, de 16 de mayo (RJ 2000, 5082), y 541/2008, de 23 de junio— y esta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes —sentencia 109/2009, de 26 de febrero (RJ 2009, 1522)—, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida.

Por lo tanto, pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido el enriquecimiento.

Pues bien, en el caso enjuiciado el Tribunal de apelación declaró probado —en el fundamento de derecho quinto de su sentencia y con el efecto que ello tiene para la casación— que las cantidades reclamadas por Unión de Consumidores de Pontevedra constituyeron la adecuada contraprestación por el continuado uso de los aparatos descodificadores de que disfrutaron los abonados de las demandadas —aprovechamiento que, además, no están en condiciones de devolver y cuyo valor sería compensable con el crédito cuya satisfacción reclaman: artículos 1307 y 1308 del Código Civil—.

Los dos motivos se desestiman».

Es decir, cuando la cosa es imposible de restitución *in natura* por una de las partes contractuales es cuando el Tribunal Supremo mitiga el efecto retroactivo *ex tunc* de la nulidad en esta sentencia de 13 de marzo de 2012 (aunque ni siquiera en esta sentencia, entendemos que el razonamiento sea del todo correcto) en la que se apoyan las sentencias del Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, para la deducción de su equivocada —a nuestro juicio— solución.

En este sentido, conviene recordar el régimen reparatorio de la nulidad estudiado en nuestra Doctrina y tomamos como ejemplo los razonamientos de DELGADO ECHEVARRÍA², quien opina acertadamente a nuestro juicio lo siguiente: «Los artículos 1303 y 1308 están pensados para los supuestos en que el contrato inválido produzca obligaciones para ambas partes y que ambas las hayan cumplido, y el primero de ellos atiende más específicamente a la compraventa. A pesar de lo cual, la norma ha de ser generalizada cuando sea posible (Sentencia de 22 de noviembre de 1983), de modo que servirá de fundamento también para la restitución de la prestación única realizada; y lo mismo cuando se hayan entregado cosas o dinero como cuando la prestación sea por su naturaleza irrestituible *in natura* (p. ej., servicios: entonces, en su equivalente dinerario).

Tanto en este último caso, como en los de contratos con prestaciones continuas o recurrentes se ha planteado por un sector doctrinal si la declaración de invalidez habrá de producir efectos exclusivamente hacia el futuro (*ex nunc*), debiendo respetarse los efectos ya producidos como una suerte de relación contractual de hecho (se piensa, en particular, en los contratos de trabajo, sociedad o arrendamientos); pero, salvo, disposición distinta del legislador, más adecuado es entender obligada la restitución de las prestaciones mediante el pago de su valor en dinero, calculado, no de acuerdo con la contraprestación pactada, sino según apreciación objetiva (el art. 1307 sirve de argumento para ello).

Así parece entenderlo la jurisprudencia que, por ejemplo, frente a la pretensión del arrendatario —declarado nulo el arrendamiento— a la restitución de las mercedes pagadas opone la del arrendador indemnizatoria de la privación de la cosa «y por el lucro que torticeramente había venido obteniendo el ocupante mientras duró la ocupación indebida» (sentencia de 17 de mayo de 1973); *vid.* sentencias de 10 de noviembre de 1906, 24 de febrero de 1962 (Soc.) y 10 de noviembre de 1966 (esta última argumenta a partir del art. 1547).

Por otro lado, CARRASCO PERERA³, razona lo siguiente: «Si las prestaciones recíprocas son del mismo género, las obligaciones de restitución se compensan entre sí hasta la cantidad concurrente. La obligación de restitución derivada de la nulidad se reconduce a una deuda de dinero cuando aquella no es restituible en forma específica. Es el caso, por ejemplo, de la restitución del uso disfrutado sobre la base de un contrato (de arrendamiento) nulo o las prestaciones de servicios o de obras realizadas por uno de los contratantes en favor del otro en cumplimiento del contrato nulo o anulado, o la nulidad en un contrato de abanderamiento con suministro de carburantes para su reventa, o las atenciones y cuidados prestados al cedente en un contrato de vitalicio nulo, o la restitución del valor de una opción de compra de la que se disfrutó a cambio de una prima por medio de un contrato nulo. En esta tesitura caben dos opciones. O bien se restituye el valor que el uso o los servicios tenían al tiempo en que se prestaron, más los intereses de esta cantidad a contar desde tal fecha (cfr. artículo 1307 del Código Civil), compensando con el pago en dinero recibido por el otro contratante más los intereses desde entonces, o bien se calcula el valor del uso o los servicios en función del precio o renta que fue pagado por ello, compensando ambas cantidades. Si la razón de la nulidad no es precisamente la lesión producida en la equivalencia de prestaciones, lo correcto será operar de esta segunda forma, considerando siempre que el precio del contrato sea la medida del valor del uso, de los servicios o de las obras realizadas y no restituibles. De hecho, esto conduce casi necesariamente a que en los contratos de uso o servicios de tracto sucesivo, así como en los de suministro para reventa, la nulidad acabe limitándose a producir un efecto *ex nunc*, manteniéndose cumplidas y ejecutadas conforme al contrato las prestaciones que ya fueran hechas. Y para las realizadas y no pagadas, el precio del contrato acabará siendo también determinante del valor de la prestación a retribuir. El asunto es singular sin duda en alguna clase de contratos. Así el TS aprecia que la restitución que procede de un contrato de abanderamiento y suministro de carburante, nulo infracción del artículo 101 TFUE (antiguo art. 81 TCE), no alcanza sino al carburante ya suministrado ni a su precio, cobrado por el suministrador o cobrado por el revendedor. Y en la constitución onerosa de un derecho de superficie nulo, el concedente ha de restituir la parte del precio recibido que se correspondería con el tiempo de disfrute que el superficiario no va a disponer por causa de la nulidad».

Sin embargo, en el supuesto de la nulidad de las cláusulas suelo no nos encontramos ante obligaciones de distinto género como en el caso analizado en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012.

Para limitar los efectos de las variaciones de los tipos de interés variables a los que suelen sujetarse los préstamos concedidos por las entidades de crédito, es cuando se ha recurrido en la práctica bancaria a la limitación de las posibles oscilaciones de los mismos mediante la estipulación de las conocidas «cláusulas techo» y «cláusulas suelo». Así, cuando el tipo de interés variable baja por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario, y a la inversa sucede con las cláusulas techo. Al hilo de lo anterior;

hemos de recordar que la deuda de intereses tiene la consideración de frutos civiles, tal y como a los mismos, con carácter general, se refiere nuestra Doctrina⁴.

Por lo tanto, en nuestro supuesto de las cláusulas suelo nos encontramos ante una deuda de intereses dineraria, generalmente a pagar por el prestatario de forma indebida de acuerdo con el control que de la misma se hiciera y a devolver por la entidad de crédito como consecuencia de la nulidad operada, que en todo caso podría ser compensada con otra deuda dineraria de la misma especie que tuviera el prestamista con el prestatario —vgr. un descubierto en cuenta corriente, si efectivamente concurrieran los requisitos de la compensación de créditos (legal, convencional o judicial)— manteniéndose evidentemente la declaración de nulidad de la cláusula suelo con efectos *ex tunc*, por aplicación de lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil.

Por ello y en la cuestión que nos ocupa, no podemos compartir los argumentos que se han esgrimido en apoyo a la limitación de la retroactividad *ex tunc* que efectúa el Tribunal Supremo, cuando se ha afirmado por ejemplo por GARCÍA-VILLARUBIA⁵ lo siguiente: «No cita el Tribunal Supremo —pero podría haberlo hecho— sus sentencias núm. 863/2009, de 15 de enero de 2010 y núm. 109/2009, de 26 de febrero que, en aplicación del artículo 1303 del Código Civil para determinar los efectos de la nulidad de contratos de abanderamiento (en los que las acciones ejercitadas no tenían naturaleza colectiva), ya habían dispuesto la necesidad de limitar o modular su eficacia restitutoria. Así, la última de las sentencias citadas afirmó con claridad que «la restitución recíproca de las prestaciones establecida en el artículo 1303 del Código Civil puede tener unos límites racionales similares a los que la jurisprudencia ha reconocido para algunos casos de resolución contractual (p. ej. SSTs 17 de julio de 2007 y 28 de junio de 1977)» (FJ 2.º, apdo. 2)».

De nuevo el error sobre el caso concreto enjuiciado por el Tribunal Supremo vuelve a ponerse de manifiesto. Basta una lectura desapasionada de los diferentes supuestos de hecho, tanto de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012, como de las de 15 de enero de 2010 y 26 de febrero de 2009, para observar que en estos supuestos se limitaba el efecto retroactivo *ex tunc* de la restitución para supuestos, en estos casos, de restitución de prestaciones de diferente género o bien en caso de contratos con prestaciones continuadas⁶.

Quizás la discusión se pudiera plantear a efectos dialécticos en los supuestos de nulidad de contratos con prestaciones de carácter duradero (vgr. préstamo con intereses), aunque nunca basándose en la doctrina de los efectos de resolución de los contratos de prestaciones duraderas donde sí se puede admitir la declaración *ex nunc* restitutoria, debido a que la resolución contractual no es un supuesto de ineficacia al modo de la nulidad contractual^{7, 8, 9}.

Sin embargo, en nuestra opinión, la llamada repristinación de la situación jurídica («*in pristinum restituere*»), o sea, la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad ordenada en nuestro artículo 1303 del Código Civil es tal que no encuentra excepción ni para los casos de imposibilidad de restitución *in natura* ni para los supuestos de contratos con prestaciones de carácter duradero, debido a que no se encuentran los mismos excepcionados en el artículo 1307 del Código Civil, desapareciendo por otro lado cualquier atisbo de utilidad en la prestación del prestatario consistente en el pago de los intereses en el caso de aplicación de la cláusula suelo que pudiera justificar una salvedad a esta regla general.

El Voto Particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, también se pronuncia a favor de la retroactividad *ex tunc* de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, razonando que:

«Esta conclusión, y ello resulta ilustrativo del prematuro contexto metodológico con el que se abordó la cuestión, sin duda por la urgencia y novedad que acompañó su resolución, es seguida, inadvertidamente, por la propia sentencia de 9 de mayo que destaca la necesaria proyección de futuro de la acción de cesación a tenor de la normativa citada (parágrafos 279 y 280) y, no obstante, elabora la fundamentación técnica de la ineficacia derivada en el incorrecto plano de los efectos retroactivos tanto respecto del alcance del concepto de nulidad contractual, como de la propia eficacia de la sentencia dictada. En síntesis, la consecuencia de esta indebida asimilación de los planos señalados, que excede del campo de aplicación, tanto procesal como sustantivo, de la acción de cesación que fue objeto de la sentencia de 9 de mayo, hizo posible que dicha sentencia se pronunciara con un fundamento de retroactividad, respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma y, por tanto, con relación a consumidores que no habían sido parte del proceso (pronunciamiento 10.º del fallo) sin cobertura legal para ello. Cuando lo precedente hubiese sido pronunciarse, respecto a la petición del Ministerio Fiscal, precisándose que el efecto temporal de la sentencia carece de efectos retroactivos, cuestión que no es obstáculo para no estimar el efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas, en los contratos que pudieron resultar afectados por la nulidad declarada de la cláusula suelo, tanto en base a la naturaleza de la acción de cesación ejercitada y con los argumentos que directamente sobre esta cuestión se esgrimieron, como en que no hubo acumulación de acciones individuales o accesorias al respecto.

Sin embargo, las consecuencias de esta indebida asimilación conceptual se han agravado con la presente sentencia, pues al no revisar la fundamentación jurídica de la sentencia de 9 de mayo en esta materia su pronunciamiento, igualmente carente de fundamento normativo de eficacia retroactiva, se ha realizado en atención a acciones individuales de impugnación con la consecuente y lógica pretensión del efecto de devolutivo de las cantidades ya apagadas».

(...) Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter «ex tunc», esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuerto.

Esta conclusión se alcanza por la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de control de la contratación seriada, es decir, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acción ejercitada; todo ello, conforme a la función tuitiva que los preside. (...)

Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter «ex tunc», esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuerto.

En esta misma dirección, se desenvuelve la naturaleza y función de la acción individual de impugnación que se ejercita. En efecto, de acuerdo con el carácter de ineficacia provocada señalado, y fuera del contexto dialéctico acerca de la naturaleza declarativa o constitutiva de la acción de anulación, lo cierto es que el específico tratamiento o concreción de la ineficacia resultante en el fenómeno de las condiciones generales queda informado, en este punto, por la pretensión de impugnación del consumidor adherente dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, por tanto, su nulidad e ineficacia contractual. Desde esta innegable perspectiva deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial. El primero obedece a la propia estructura sistemática de nuestro Código Civil (LEG 1889, 27) , en donde el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula abusiva. Tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática de nuestro Código Civil. El segundo, obedece a la propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución que conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance «ex tunc». Extremo, como fácilmente puede observarse, completamente diferente al fenómeno de la retroactividad normativa y su aplicación judicial. Pues bien, en el presente caso, debe señalarse que nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del meritado efecto restitutorio, que actúa de forma natural como una consecuencia derivada de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. (SSTS de 30 de abril de 2013 [RJ 2013, 8001], núm. 275/2013 y 22 de abril de 2014 [RJ 2014, 3282], núm. 763/2013)».

Es decir, en el Voto Particular efectivamente se razona con acierto que los efectos de la sentencia de 9 de mayo de 2013, carecían de efectos retroactivos, pero que eso es diferente a la conclusión que ha de predicarse de la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, aunque dado el análisis profundo que realiza el Voto Particular sobre la cuestión, sí que hemos echado en falta una atención y crítica al apoyo jurisprudencial que la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 realiza a la llamada «limitación de los efectos retroactivos» de la nulidad, lo que a nuestro juicio resulta incorrecto, es decir, la utilización del recurso a casos anteriormente analizados que no conservan la identidad suficiente como para haber sido considerados como motivación del Fallo de esta sentencia.

III. DEL RECURSO AL ORDEN PÚBLICO

El Voto Particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 también da por zanjado un debate que abrió la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, de una forma incompleta por no decir incorrecta a la hora de abordar el tratamiento de la cuestión o recurso al Orden Público, aunque adelantemos que coincidimos con el Voto Particular en que el Orden Público no justifica en estos casos la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, discrepando sin embargo en cuanto al razonamiento efectuado.

El Voto Particular, se pronuncia sobre la cuestión de la siguiente forma:

«En suma, mal se compadece esta simple transcripción con el reconocimiento de la ausencia de cosa juzgada que compromete, a todas luces, una necesaria fundamentación técnica ajustada a la naturaleza y características del nuevo caso planteado; sobre todo si tiene en cuenta, y esto no ha pasado inadvertido, que los principales argumentos que sustenta la sentencia de 9 de mayo para limitar la llamada retroactividad de la cláusula nula *traen causa*, necesariamente, bien de la naturaleza de la acción colectiva de cesación, que fue objeto de dicha sentencia (parágrafos 283, 279, 280, 281, 298, 299 y 300), o bien, de argumentos extraídos y añadidos de otros supuestos a considerar, caso de la retroactividad normativa STJUE de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93) (parágrafo 286), del artículo 106 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) (parágrafo 287), de las legislaciones de Patentes y de Marcas (parágrafo 288), del principio de seguridad jurídica y retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad (parágrafo 289) o de la ya citada STJUE de 21 marzo 2013, en su vertiente de seguridad jurídica y el riesgo de trastornos económicos graves (orden público económico).

Como puede observarse, ninguno de ellos se plantea con relación a las características y naturaleza del caso aquí planteado; de ahí la denunciada falta de fundamentación técnica al respecto. Todo ello, sin contar que el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras; riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado».

Razón tiene, a nuestro juicio, cuando afirma el Voto Particular que los argumentos de la irretroactividad que esgrime el Tribunal Supremo son inaplicables al caso ya que están destinados principalmente a los efectos de la limitación temporal de la sentencia, aunque el hecho de que afirme que en la actualidad no existan riesgos de trastornos económicos graves (orden público económico) no deje de preocuparnos si efectivamente la apreciación económica hubiera sido otra y pudiera entonces haber justificado la limitación de la retroactividad *ex tunc* de la declaración de nulidad.

La cuestión sin embargo, no ha pasado desapercibida en los autores.

De esta forma, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ¹⁰ claramente afirma con rotundidad en relación con el recurso al orden público económico que efectuó la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que «la verdadera razón de este pronunciamiento, entendemos que no es jurídica, sino económica (...). Cabe plantearse entonces, con qué fundamento el orden público económico puede anteponerse a una consecuencia contractual de orden civil como es la restitución de las prestaciones del artículo 1303 del Código Civil —EDL 1889/1—. El orden público económico no es fuente del derecho, ni criterio de interpretación de las normas jurídicas, por lo que conforme con el artículo 1.6 del Código Civil una decisión del TS fundada en razonamientos económicos, que no es una interpretación jurídica de las normas, no podría sentar jurisprudencia».

Por el contrario, GARCÍA-VILLARUBIA¹¹, opina que: «Conviene destacar, en primer lugar, que el principio de seguridad jurídica se halla plenamente recono-

cido en el artículo 9.3 de la Constitución —EDL 1978/3879— y su valor normativo es indudable en la labor de limitación o modulación del artículo 1303 del Código Civil —EDL 1889/1—. Por otra parte, el concepto de orden público es un elemento central dentro de nuestro sistema normativo, que sirve como criterio perfectamente válido de interpretación de las normas atento al mandato del artículo 3.1 del Código Civil. Así lo ha venido estableciendo en reiteradas ocasiones el Pleno del Tribunal Constitucional, que ya en su sentencia de 5 de diciembre de 1984 (RTC\1984\117) afirmaba que «el «orden público» es un concepto polivalente, jurídicamente indeterminado y flexible, que por su propia naturaleza se acomoda a las más variadas situaciones de la vida pública. En consecuencia, puede hablarse de un orden público económico, social, político, urbanístico, civil, sanitario, internacional, general, local, etc., con apelación en cada caso a los intereses comprendidos en dichas expresiones».

En primer lugar, ha de sentarse que no cabe confundir Orden Público con Orden Público Económico. De nuevo DE CASTRO¹² nos enseñó que existen dos clases de orden públicos, ya que «El orden público jurídico se basa en normas extrapositivas, no expresadas en textos legales y su específica finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne al buen sentido de lo justo o de la moral. De ahí que su eficacia sea negativa, la de declarar nulos ciertos convenios, los que por contrarios al orden público tiene un propósito, objeto o una causa ilícita. El orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o tácita, mediante el arbitrio de sus funcionarios, por reglamentos, órdenes e instrucciones. Se manifiesta con eficacia positiva, imponiendo haceres para establecer la prevista ordenación económica. La que puede tener motivaciones de interés general, pero también clasistas o a favor de ciertos particulares. En ocasiones cabe que origine la nulidad total de los convenios que la contradigan, en otros casos, la nulidad relativa o parcial, o bien su reforma o acomodación; pudiendo dar lugar a sanciones penales y multas administrativas»¹³.

Por lo tanto, resulta completamente inverosímil que se plantee el recurso al Orden Público Económico (trastorno grave o sistémico de las entidades financieras) como un elemento a tener en cuenta en la interpretación de los artículos 1303 y 1307 del Código Civil, para limitar la retroactividad *ex tunc* de la declaración de nulidad de la cláusula suelo¹⁴.

Como apreció DE CASTRO en relación con el Orden Público Económico, al Juez «no le corresponde ser un experto en economía, ni adivinar, ni colaborar con las arcanas o abiertas intenciones de quienes manejan, para bien o para mal, la economía del país; todo ello es extraño al propio contenido judicial. Respecto al llamado orden público económico, el juez habrá de limitarse a cumplir lo mandado expresamente por el legislador o por el funcionario en quien aquel delegue (interpretación estricta)», por tanto ninguna norma jurídica positiva ni ningún criterio interpretativo puede coadyuvar al propósito limitativo que realiza el Tribunal Supremo de los efectos *ex tunc* de la nulidad, ya que el Juez ha de cumplir lo mandado expresamente por el legislador.

El Orden Público Económico ni es Fuente del Derecho ya que ni siquiera tiene el fundamento en los Principios Generales del Derecho, ni está basado en la realidad social por lo que no puede servir como criterio interpretativo de una norma jurídica y su recurso en el caso analizado se nos revela más que nada como un auténtico y desmesurado arbitrio judicial y en cuya decisión no se sigue el sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código Civil).

Además y a mayor abundamiento, en relación con el conocido método interpretativo sociológico, cabe hacer notar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela (sentencias de 31 de marzo de 1978, y 7 de enero y 25 de abril de 1991 [RJ 1991, 3029], entre otras), tanto antes de su regulación expresa en el Código por la modificación legislativa de 31 de mayo de 1974 —sentencias 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970—, como con posterioridad —sentencias de 31 de marzo de 1978 y 28 de enero de 1989 (RCL 1980, 2295)—, que se refieren a su integración por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento histórico. Significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad (Sentencias de 10 de abril de 1995 [RJ 1995, 3245] y 18 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 9101]). Y lo ha aplicado en numerosas ocasiones, entre las que cabe citar, las siguientes 17 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2574) y 6 de junio de 1984 (RJ 1984, 3216) —sobre influencia del criterio objetivo o minorismo del culpabilismo originario en relación con el artículo 902 del Código Civil (LEG 1889, 27)—; 10 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6055) —el progreso técnico concretado en la evolución en la construcción de edificios en sede de medianería—; 13 de julio de 1994 —innecesariedad en determinadas situaciones de la unanimidad *ex* artículo 16 LPH (RCL 1960, 1042)—; 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9102) —realidad social del mundo laboral—; 13 de marzo de 2003 (RJ 2005, 4336) —evitar supuestos de abuso notorio de derecho—.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9102), establece que el elemento sociológico en la interpretación de las normas, realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, no supone la justificación del arbitrio judicial ni una interpretación laxa de las normas y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente al caso concreto. Es, pues, la realidad social un elemento de la interpretación de la Ley que significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad. Como tal elemento de interpretación, no puede tergiversar la Ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria. La sentencia de 3 de julio de 1997 (RJ 1997, 5844), declara que la interpretación de los preceptos, al igual que la de los contratos, es función de la Sala sentenciadora, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación a no ser que pueda ser calificada de ilógica o contraria a la Ley.

El artículo 3.1 del Código Civil (LEG 1889, 27) no es una Ley directamente aplicable al caso del pleito, sino una guía para interpretar las Leyes sustanciales que hayan de aplicarse, por lo que dicha norma solo de manera general es vinculante para el juez, y su violación no permitiría su cita directa a efectos de casación. Por otro lado, al preconizarse en definitiva aplicar un criterio sociológico en la interpretación de las Leyes, exige prudencia.

Es decir y a pesar de que el Orden Público no tiene valor como criterio interpretativo, ni siquiera sociológico, en relación con este último («la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», *ex* artículo 3.1 del Código Civil) no permite al juez inaplicar una norma jurídica, que es en realidad lo que se está haciendo en este supuesto con lo previsto en los artículos 1303 y 1307 del Código Civil, excluyendo los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad.

Así y como hemos recogido en otro lugar, reflexionaba DE DIEGO¹⁵, en relación con las sentencias «*contra legem*» «su admisibilidad o procedencia en

contados, contadísimos casos, no es dudosa. Precisamente la interpretación llamada deformante por los autores y el imperio de la equidad en la resolución de casos que a seguir literalmente a la ley darían en el absurdo, en lo injusto o contrario al derecho natural, dan lugar a ellas, según criterio y opinión de los más sesudos teólogos y juristas.

Por su parte CASTÁN¹⁶, razonaba que muchos tratadistas solo hablan de la *interpretatio abrogans* con relación a aquellos casos de concurrencia de normas legales en los que el intérprete se arroga la facultad de abolir una ley aparentemente vigente, por razón de incompatibilidad con otra (Coviello, *Manuale di Diritto civile italiano* (Parte generale), 2. ed. Milano, 1915, p. 78; Ferrara, *Tratato di diritto civile italiano*, vol. I, parte I, Roma, 1921, p. 222). Otros conceptúan la *interpretatio abrogans* como la que tiene por finalidad el subsanar aquellos errores de orden material o aun intelectual en que puede incurrir la ley cuando emplee expresiones que estén en indudable oposición con lo que constituya la voluntad legislativa (PIOLA-CASELLI, *Interpretazione delle Leggi*, en el *Digesto italiano*, vol. XIII, parte 2, núm. 22, p. 85), o bien ven en ella una clase de interpretación que se encamina a mejorar la expresión legislativa sin cambiarla (WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, edic., italiana con el título de *Diritto delle Pandette*, Torino, 1930, t. I, S 21, p. 67; ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil*, edic. española, t. I, vol. 1.0, S 52, p. 215.). No faltan tampoco quienes dan un alcance mayor a la figura de que se trata, entendiendo que la interpretación abrogante significa que el jurista puede corregir no solo la expresión literal de la ley, sino la ley misma, dejándola de aplicar en aquellos casos en los que se presenta como injusta por no corresponder al sentido lógico que la ley debe tener (THIBAUT, *Theorie der Logischen Auslegung des Romischen Rechts*, 1799, p. 76; *cit.* por Piola, *op. cit.*, p. 85.), conectándose así la *interpretatio abrogans* con el principio *cessante ratione legis cessat lex ipsa*.

No obstante, lo anterior y como también afirmaba CASTÁN (*vid. op. cit.*) en su examen de la cuestión de la función correctora en relación con la justicia de la norma, «De este inventario de opiniones, ciertamente no siempre muy precisas y firmes, podemos sacar las conclusiones siguientes: 1. Hay que partir de una presunción favorable a la justicia de las leyes positivas, reconocida de antiguo por los doctores. Como ha dicho en nuestros días De Diego, mientras no se demuestre lo contrario con pruebas claras y terminantes, las leyes se estiman o presumen justas y conformes al bien público. 2. Si bien, de un lado, es ciertísimo, dentro de la concepción jurídica tradicional entre nosotros, que la ley injusta no es derecho, no es menos cierto, de otro, que en muchos casos deberá ser cumplida como si fuera derecho. Las exigencias de la justicia han de ser ponderadas, a través del más profundo sentido de responsabilidad histórica, con las exigencias de la seguridad. La teoría de la ley injusta no puede convertirse en instrumento de anarquía. Las leyes contrarias al bien común pueden seguir obligando, según reconoce la doctrina tomista y recuerdan ilustres expositores modernos pertenecientes a otros sectores filosóficos, por razón del escándalo o del desorden que el incumplimiento de las mismas pudiera originar. La injusticia de una ley no será un motivo suficiente para desligarse de ella si esto provocase un desorden mayor que el que de por sí supone la injusticia. 3. El ordenamiento positivo español está severamente fundado en el debido acatamiento por el Juez de las normas legislativas. La infracción de este deber por los Tribunales inferiores puede dar lugar al recurso de casación, que impone al Supremo la obligación de anular las sentencias dictadas en oposición a la ley. 4. No obstante, el racional empleo de los medios de interpretación lógica y sistemática, que habrá de

producir el efecto de rechazar cualquier sentido de la ley que resulte opuesto a la justicia (objeto y finalidad de la norma legal), y, en último término, el juego de los principios de restricción y de equidad, que permitirán al juez, cuando la ley estimada injusta no parezca exactamente aplicable al caso litigioso (por ser inadecuada y no prevista por el legislador para él), prescindir de ella y acudir a los principios generales del derecho, habrán de reducir al *mínimum* la posibilidad trágica de que el magistrado se vea irremisiblemente forzado a aplicar, contra su conciencia, una ley que juzgue contraria al derecho natural o a optar por la renuncia de su cargo».

El problema conecta, de nuevo y a nuestro juicio, con la conocida Jurisprudencia de intereses. Para un acercamiento a la Jurisprudencia de intereses, resulta de enorme interés el conocimiento de los trabajos de don Jerónimo GONZÁLEZ publicados en esta misma Revista, debido al análisis y crítica que de la misma hizo el ilustre jurista^{17, 18}, como de hecho puso de manifiesto José Luis DE LOS MOZOS, en otro trabajo publicado también en esta Revista¹⁹.

Desechando a la Escuela del Derecho Libre que «libera» al juez de la norma escrita, la jurisprudencia de intereses viene presidida por la ponderación de intereses o la teoría de conflictos.

Expone don Jerónimo GONZÁLEZ²⁰ que para la Jurisprudencia de intereses toda norma jurídica decide un conflicto de intereses, descansa en su actuación recíproca y aparece como un componente de fuerzas. El fin de la Ley apunta hacia el interés vencedor, su contenido pondera las energías de los combatientes y en cuanto a la función judicial, advierte que²¹ «... si el juez se halla obligado a observar la Ley, tiene, como el legislador, intereses que deslindar y conflictos que resolver. La lucha entre las partes los pone de relieve, y, al decidirla, debe aplicar la ponderación fijada por el legislador. Además ha de tenerse en cuenta que nuestras leyes son escasas en comparación con los innumerables problemas de la vida, imperfectas y no exentas de contradicciones. El legislador moderno se hace cargo de todo ello, y no espera del Juez una servil y literal sumisión, sino una obediencia racional que atienda a los intereses en juego; ni solamente la subsunción lógica bajo los mandatos promulgados, sino el complemento de los defectuosos y la rectificación de los equivocados. En resumen: el juez no debe circunscribirse a la aplicación de lo mandado; ha de custodiar los intereses protegidos por la Ley».

En una reflexión final sobre la Jurisprudencia de intereses, don Jerónimo GONZÁLEZ²² no le quita ciertos méritos a la misma aunque al final la viene a calificar de ilusoria más que de realista, al pronunciarse del siguiente modo: «La escuela de Tubinga tiene el indiscutible mérito de centrar los problemas capitales de la jurisprudencia sobre dos quicios de extraordinaria validez: a) el texto legal que los partidarios del derecho libre habían arrojado por la borda en la borrasca que a fines del siglo pasado corría la justicia; b) la doctrina del interés protegible, entendido, no en el sentido del materialismo histórico, sino como energía latente en las aspiraciones humanas, vulgares o nobles, prácticas o románticas. Con ello ha dado el golpe de muerte al logicismo, o mejor, ha reducido la construcción a sus verdaderos límites, ha superado los problemas normativos de los cognitivos y de formulación sistemática y, sobre todo, ha llamado la atención de los juristas hacia los sectores vitales y hacia las funciones de la sociedad. Pero sin listas de intereses, ni jerarquía de valores, ni módulos de reducción, ni reglas para medir las variadas dimensiones de los impulsos, deseos o anhelos humanos y la energía de las corrientes sociales, la ponderación de fuerzas o intereses es una ilusión más que una realidad asequible a corto plazo».

HECK²³ uno de los acuñadores de esta Jurisprudencia de intereses entendía que necesitábamos tener una confianza en el Derecho para poder tener seguridad tanto en la vida diaria como en la de las grandes empresas, por ello quien invierte debe tener seguridad que sus inversiones e intereses se verán protegidos, seguridad que se trasluce en que cada conflicto jurídico será protegido por una norma jurídica bien ponderada.

En nuestra doctrina, DE CASTRO²⁴ hizo una crítica demoledora de la jurisprudencia de intereses al decir que: «La doctrina es, sin embargo, inaceptable. Tiene un vicio de origen insubsanable; parte, como IHERING, de una concepción filosófica positivista, materialista y determinista; se suprime el elemento personal y se desconocen los valores objetivos. Típica de su formación filosófica será la incompreensión asombrada ante el ataque de los representantes de teorías idealistas o realistas, y su ingenua creencia de que el hecho de hablar de intereses morales y religiosos impide el que se le califique de positivista. Su prejuicio positivista es el que le oculta, que el hecho de colocar en igual plano a los intereses morales y religiosos que a los materiales, y, como otros tantos apetitos, es materialismo; que estimar a todas las concepciones religiosas, morales y políticas igualmente válidas, es individualismo y escepticismo... El Derecho y la función de los juristas quedan reducidos a la más mezquina técnica, a la de la máquina registradora de las pesadas de intereses hechas por el legislador; la actividad legislativa queda fuera de su objeto y el juez, en caso de laguna de ley, se abandona a su libre arbitrio».

Por tanto, resulta claramente arbitraria y contraria a Derecho la práctica de una interpretación correctora de tal calibre —inaplicación de los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad— por parte del Juez sin argumentos hermenéuticos al efecto.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. Thomson Reuters, 2010.
- Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que estos entregaron. Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- CASTÁN TOBEÑAS. *La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho*. (Conferencia dada por el Excmo. Sr. D. José CASTÁN TOBEÑAS en el Paraninfo de la Universidad de Murcia el día 29 de mayo de 1046, a virtud de invitación de su Seminario de Derecho Privado).
- CORDERO LOBATO. Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- CORDÓN MORENO. Eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula (suelo) abusiva y sus efectos en el sobreseimiento de un procedimiento de ejecución judicial. Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- DE CASTRO. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. Centro de Estudios Registrales, t. II, 1997.
- DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*. Civitas, 1985.
- DE DIEGO. Derecho judicial. Equívocos y malas inteligencias de que es susceptible. Sus procedimientos en orden al progreso del Derecho positivo. (Discurso

- inaugural del Curso académico, pronunciado el día 11 de febrero de 1942, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación). Madrid, Ediciones, Pegaso.
- DE LOS MOZOS. Jerónimo GONZÁLEZ, divulgador y crítico de la jurisprudencia de intereses. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 619, 1993.
- DELGADO ECHEVARRÍA. *Comentarios al Código Civil*. Tomo XVII, vol 2.º: Artículos 1281-1314 del Código Civil (2.ª ed.), 2005.
- DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*. Introducción. Teoría del Contrato. Sexta edición. Thomson-Civitas, 2007.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*. Las relaciones obligatorias. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2008.
- GARCÍA VILLARRUBIA. La retroacción de efectos derivada de la declaración de nulidad. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 17.
- GONZÁLEZ, Jerónimo. Jurisprudencia de intereses. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 126, 1935.
- La Escuela de Tubinga. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 128, 1935.
- GONZÁLEZ CARRASCO. STS 9 de mayo de 2013: requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de su nulidad. *Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha*.
- GONZÁLEZ CARRASCO y CARRASCO PERERA. ¿Hay que «quitar» las cláusulas suelo de todos los préstamos, de todas las entidades financieras, de cualquier naturaleza, aunque no fueran préstamos ni créditos hipotecarios? *Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha*.
- ORDUÑA MORENO. Control de transparencia y cláusulas suelo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 87/2013.
- PEÑA LÓPEZ. Comentario a la sentencia de 30 de julio de 2009 (RJ 2009, 4580). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83/2010.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ. La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 21 de noviembre de 1934
- STS de 24 de enero de 1970
- STS de 31 de marzo de 1978
- STS de 17 de mayo de 1982
- STS de 6 de junio de 1984
- STS de 28 de enero de 1989
- STS de 25 de abril de 1991
- STS de 20 de abril de 1994
- STS de 10 de abril de 1995
- STS de 3 de julio de 1997
- STS de 18 de diciembre de 1997
- STS de 28 de febrero de 2002
- STS de 13 de marzo de 2003
- STS de 9 de octubre de 2003
- STS de 26 de febrero de 2009
- STS de 30 de julio de 2009
- STS de 15 de enero de 2010

- STS de 13 de marzo de 2012
- STS dictada por el Pleno el 9 de mayo de 2013
- STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 25 marzo de 2013

NOTAS

¹ Así y a título de ejemplo, podemos citar: PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013, en *Diario La Ley* núm. 8154, 23 de septiembre de 2013; ORDUÑA MORENO. Control de transparencia y cláusulas suelo, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 87/2013; GARCÍA VILLARRUBIA. La retroacción de efectos derivada de la declaración de nulidad. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 17; Encarna CORDERO. Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha; González CARRASCO, STS 9 de mayo de 2013: requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de su nulidad. Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha; González CARRASCO y CARRASCO PERERA. ¿Hay que «quitar» las cláusulas suelo de todos los préstamos, de todas las entidades financieras, de cualquier naturaleza, aunque no fueran préstamos ni créditos hipotecarios? Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha; CORDÓN MORENO. Eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula (suelo) abusiva y sus efectos en el sobreseimiento de un procedimiento de ejecución judicial. Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha; CARRASCO PERERA. Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que estos entregaron. Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Asimismo, puede consultarse en los meritados trabajos la abundante jurisprudencia menor existente en favor y en contra del Tribunal Supremo acerca de la cuestión del efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula suelo.

² DELGADO ECHEVARRÍA. *Comentarios al Código Civil*. Tomo XVII, vol 2.º: artículos 1281-1314 del Código Civil (2.ª ed.), 2005.

³ CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. Thomson Reuters, 2010, pp. 710, 711 y 712.

⁴ Díez-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*. Las relaciones obligatorias. Sexta edición. Thomson Civitas, 2008. p. 321: El interés es considerado como un fruto o producto del capital y se engloba dentro de la categoría de los frutos civiles (cfr. arts. 354 y 355).

⁵ *Vid. op. cit.*

⁶ También y en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4580), PEÑA LÓPEZ opina lo siguiente: 3.º. Acerca de la falta de efectos restitutorios de la nulidad total declarada por el Tribunal Supremo.— Pese a que el Tribunal Supremo dice aplicar el artículo 1303 del Código Civil, en esta sentencia, al igual que en la de 26 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 1522) —también en materia de nulidad por infracción del Derecho de la libre competencia—, el Alto Tribunal acoge una tesis en torno a los efectos de la nulidad de pleno derecho, que postula que, cuando se trata de prestaciones continuadas, estos efectos deben producirse solo hacia el futuro, al modo en el que opera la resolución en los contratos de tracto sucesivo. Sin perjuicio de que esta tesis carece de cualquier tipo de apoyo normativo, ya que el artículo 1307 del Código Civil dispone que la restitución de las contraprestaciones debe efectuarse con independencia de que estas sean irrestituibles *in natura* o de que estas sean de tracto sucesivo (*vid.* mi comentario de esta sentencia en CCJC núm. 82), lo cierto es que el TS la aplica con corrección. Únicamente, con los datos de los que dispongo, suscita alguna duda la denegación de la devolución del depósito de dinero constituido por el franquiciado a la fecha de celebración del contrato. Sobre todo si se tiene en cuenta que la devolución de la cantidad depositada se compensa con determinados gastos del franquiciador en publicidad. No debe olvidarse que hacer publicidad de

los centros y servicios que prestan los franquiciados es una de las obligaciones que asume normalmente el franquiciador en el contrato, constituyendo precisamente uno de los atractivos de su oferta de franquicia. Es una obligación contractual que el franquiciador ejecuta, por añadido, en beneficio propio (si la publicidad produce un incremento de la clientela y de las ventas, supondrá igualmente un aumento de los ingresos del franquiciador por cánones periódicos durante la vida del contrato), y, por tanto, me extraña que sea correcta una consideración de la misma como si fuese un beneficio exclusivo para el franquiciado». PEÑA LÓPEZ, Comentario a la sentencia de 30 de julio de 2009 (RJ 2009, 4580). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 83/2010.

⁷ Debe añadirse a ello que la resolución de la relación jurídica no opera necesariamente con efectos retroactivos y que la jurisprudencia así lo admite en el caso de relaciones jurídicas de tracto sucesivo cuando las recíprocas prestaciones de las partes hubieran sido, total o parcialmente, realizadas (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1994 [RJ 1994, 3216], 28 de febrero de 2002 y 9 de octubre de 2003 [RJ 2003, 8232], entre otras).

⁸ DíEZ-PICAZO (*vid. op. cit.* p. 815) explica sobre el fundamento y la naturaleza jurídica de la resolución en las obligaciones sinalagmáticas que: Se ha dicho también que en la base de la situación que da lugar a la resolución, existe una «anomalía sobrevenida de la relación obligatoria, que no tiene necesariamente que enlazarse con la culpabilidad. La responsabilidad, y el consiguiente deber de indemnización de daños y perjuicios, del incumplidor, se producirá si concurren los presupuestos específicos de tal responsabilidad, pero se impone, antes que nada, una determinada protección del contratante que sufre el incumplimiento, que como medida de protección no va necesariamente ligada con la idea de sanción, ni con la idea de culpabilidad.

Por ello, una exacta definición de la figura de la resolución exige considerarla como un medio de protección y de defensa de una de las partes de la relación obligatoria, la que sufre la inexecución del programa de la prestación, que no tiene ya razones de peso para continuar vinculada, para verse forzada a ejecutar su propia prestación, si todavía no lo hubiere hecho, o para no recuperar la atribución patrimonial que hubiese llevado a cabo.

⁹ DíEZ-PICAZO (*vid. op. cit.* pp. 365, 366, 368 y 369) acerca del tiempo en la relación obligatoria expone que: Existe una relación obligatoria instantánea cuando inmediatamente queda extinguida la relación con la realización de la prestación o de las prestaciones previstas en ella. En cambio, son relaciones obligatorias duraderas cuyo desenvolvimiento supone un periodo de tiempo más o menos prolongado y por tanto una pervivencia temporal, toda vez que su continuación implica una conducta duradera o bien la realización de una serie de prestaciones periódicas (arrendamiento, préstamo, depósito, trabajo, sociedad, gestión, suministro, etc. (...)) BECHMANN ha caracterizado la distinción entre los contratos con prestaciones instantáneas y los contratos duraderos con prestaciones continuadas o contratos sucesivos, apuntando que los primeros tienen por efecto la creación de un estado de derecho o de una nueva situación jurídica y los segundos crean un estado o situación de hecho. Mientras que en los casos de resolución o de anulación, en el primer tipo de relaciones, es posible admitir que se produzca la restitución de las cosas con pleno efecto retroactivo respecto de la situación jurídica y de los efectos jurídicos producidos, en los segundos tal retroactividad no parece admisible. Sin embargo, la distinción así trazada dista mucho de ser exacta, pues todos los contratos y todas las relaciones obligatorias constituyen nuevas situaciones jurídicas y, al mismo tiempo, son el fundamento de nuevas situaciones de hecho. Por ello, la no destrucción de los efectos anteriores, en las relaciones duraderas, debe ponerse en conexión más que con el hecho de que exista una situación jurídica, con el hecho de que la continuidad y repetición de las recíprocas prestaciones, desenvueltas a lo largo del tiempo transcurrido, haya sido útil para ambas partes y haya permitido cumplir, aunque sea parcialmente, las finalidades previstas por ellas.

¹⁰ *Vid. op. cit.*

¹¹ *Vid. op. cit.*

¹² *Vid. DE CASTRO. Notas sobre las limitaciones* Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico De Castro*. Centro de Estudios Registrales, t. II, 1997, pp. 1306 y 1307. En consecuencias prácticas sobre los dos conceptos de orden público, DE CASTRO, razona que: ...Las diferencias señaladas se

traducen en la distinta situación en que se halla el juez, respecto de cada orden público. El orden público jurídico otorga al juez un papel de protagonista, el de concretar e interpretar los criterios básicos de la moral, de las buenas costumbres y de lo justo, immanentes o trascendentes, del sistema jurídico en vigor, los que vienen a limitar o moderar la libertad de los contratantes; ello corresponde a su estricto oficio de administrar justicia. En cambio, no le corresponde ser un experto en economía, ni adivinar, ni colaborar con las arcas o abiertas intenciones de quienes manejan, para bien o para mal, la economía del país; todo ello es extraño al propio contenido judicial. Respecto al llamado orden público económico, el juez habrá de limitarse a cumplir lo mandado expresamente por el legislador o por el funcionario en quien aquel delegue (interpretación estricta).

¹³ Más recientemente, se ha afirmado que el orden público económico es el conformado por la «constitución económica». De esta forma, Díez-PICAZO, (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*. Introducción. Teoría del Contrato). Sexta edición. Thomson-Civitas, 2007, p. 54), expone lo siguiente: En otro plano, es indiscutible que existe lo que con aciertos se ha denominado constitución económica de una sociedad, que designa el marco jurídico fundamental de la actividad económica o dicho de otro modo el orden del proceso económico. Entendido de este modo, existe una constitución económica que está contenida dentro de la constitución política. A esta idea responde el artículo 38 de la Constitución y la referencia a la libre empresa en el marco de una economía social de mercado. Sin embargo, existe también una «constitución económica» más profunda, que no se refleja necesariamente en la constitución política, pero que comprende un conjunto de principios y de líneas de inspiración sobre las cuales la actividad económica de la sociedad se desarrolla. Es a este conjunto de principios al que llamamos en sentido estricto orden público económico.

¹⁴ Incluso DE CASTRO razonaba también lo siguiente cuando analizó la naturaleza y las funciones del Orden Público (*Vid.* pp. 1290 y 1293): Dentro ya de las cláusulas generales de las leyes, el orden público ofrece especiales caracteres. No solo por su novedad, sino por su falta de apoyo en la realidad social. Las figuras clásicas de la buena fe, de las buenas costumbres y de la diligencia del buen padre de familia, están referidas al querer y sentir del pueblo, a lo que dicta la conciencia del hombre normal y decente; los Tribunales tienen con ellas una guía suficiente para salvar las dificultades que pueda ofrecer su aplicación en el caso concreto. El orden público, figura creada por los juristas desconectada del lenguaje y el pensar de las gentes, parece que responda a otro aspecto, al de atender al buen orden del sistema jurídico, al del debido ajuste entre las normas positivas y extrapositivas en el ordenamiento jurídico. Lo que podrá verse observando cómo y para qué funciona la cláusula de orden público, en los campos en que ella se aplica; en la esfera de los contratos, en la de la colisión de leyes en el espacio (Derecho Internacional privado) y en el de la colisión de leyes en el tiempo (Derecho intertemporal o transitorio) (...). Por todo ello, parece más prudente y adecuado a la realidad, entender que la referencia a las normas extrapositivas que encarna el orden público, no se refieren a los llamados principios generales del Derecho (art. 1.º 4, del Código Civil) que son verdaderas fuentes independientes del Derecho, sino y especialmente en Derecho interno, a los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, sea para atribuir primacía a una norma respecto de otra, sea de los que inspiran el sentido cambiante de cada institución dentro del movimiento de ideas rectoras del sistema jurídico. Estas ideas (las de lo justo, las de las buenas costumbres), son las que orientan la interpretación de las normas y las que funcionan como de orden público, cuando actúan de modo negativo, rechazando apoyo jurídico a un resultado que repugnaría el buen sentido de lo equitativo y decente.

¹⁵ De Diego. *Derecho judicial. Equívocos y malas inteligencias de que es susceptible. Sus procedimientos en orden al progreso del Derecho positivo*. (Discurso inaugural del Curso académico, pronunciado el día 11 de febrero de 1942, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación). Madrid, Ediciones, Pegaso, p. 14.

¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS. La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho. (Conferencia dada por el Excmo. Sr. D. José CASTÁN TOBEÑAS en el Paraninfo de la Universidad de Murcia el día 29 de mayo de 1946, a virtud de invitación de su Seminario de Derecho Privado).

¹⁷ Don Jerónimo GONZÁLEZ. Jurisprudencia de intereses. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 126, 1935.

¹⁸ Don Jerónimo GONZÁLEZ. La Escuela de Tubinga. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 128, 1935.

¹⁹ DE LOS MOZOS. Jerónimo GONZÁLEZ, divulgador y crítico de la jurisprudencia de intereses. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 619, 1993.

²⁰ La Jurisprudencia de intereses, p. 414.

²¹ La Jurisprudencia de intereses, p. 417.

²² La Escuela de Tubinga, pp. 574 y 575.

²³ HECK. *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912.

²⁴ DE CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*. Civitas, p. 455.