

LA CLÁUSULA, LA LEY Y LA “REGLA NO/NO/NO”*

*Ángel Carrasco Perera***
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 17 de marzo de 2021

1. No moderar, no integrar, no diseccionar

Como es sabido por los interesados en el Derecho europeo de consumo, el TJUE comenzó hace casi diez años (SSTJUE 14 junio 2012 y 30 mayo 2013) a elaborar una regla, que se ha ido puliendo sucesivamente, a la cual podemos denominar la “regla de la no moderación - no integración - no disección”. En virtud de ella, las cláusulas nulas por abusivas/no transparentes no se integrarán ni se moderarán ni se escindirán, sino que se eliminarán sin más, porque, de otra forma, el predisponente no tendría incentivos a eliminar el empleo de cláusulas abusivas, puesto que, en el peor de los casos para él, podría esperar que se aplicara siempre el derecho que hubiera regido en defecto de la cláusula (su *maximin*); y, en el mejor de los casos, que saliera adelante con la cláusula abusiva. En consecuencia, si una atribución patrimonial en favor del predisponente tenía lugar *en virtud de una cláusula*, que era calificada de nula, o *en virtud de parte de una cláusula* (la contrarregla de la *blue pencil rule*) cuya nulidad infectaba toda la cláusula,

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social”, del que soy Investigador Principal con la profesora Encarna Cordero Lobato; a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN29156, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 del que soy Investigador Principal con la profesora Ana Isabel Mendoza Losana.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>



ni se limitaría el alcance de la nulidad dentro de la cláusula, ni se moderaría ésta *hasta el límite de lo justo*, ni se postularía la existencia de una laguna que debiera ser integrada por el Derecho legal supletorio. Y todo ello, *aunque el tenor de la cláusula que la hacía nula no hubiera sido de hecho aplicado nunca por el predisponente*, es decir, aunque la atribución patrimonial desfavorable *no hubiera estado causalmente determinada por la cláusula*. Esta es la *regla no/no/no*.

La regla tuvo un desarrollo desigual en la aplicación nacional española. Actuó sobre todo en dos frentes, a saber, las cláusulas de intereses remuneratorios no transparentes y de intereses moratorios abusivos (=el consumidor no pagaría si quiera por este concepto ni la cantidad a que hubiera sido condenado por aplicación del Derecho dispositivo) y las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios que permitían que el predisponente reclamara el entero cumplimiento por la inobservancia de uno solo de los plazos, cuya nulidad sucumbía al destino fatal de que en tal caso el acreedor se quedaba sin posibilidad de declarar el vencimiento anticipado durante toda la vigencia del préstamo. La evolución ha sido poco congruente y llena de renunciaciones solapadas. Así, en materia de intereses moratorios nulos nos encontramos con una jurisprudencia que al mismo tiempo niega que la laguna causada por la nulidad pueda ser integrada por el art. 1108 CC y, sin embargo, ofrece el remedio paliativo de que persista el devengo al menos del interés remuneratorio (STS 22 abril 2015); lo que no tiene sentido cuando el prestamista hizo vencer o resolvió su título de crédito y hace más insensato el remedio que la enfermedad. En materia de vencimiento anticipado, el TS parece proponer una especie de “integración mediante estiramiento de la retroactividad” en la STS 11 septiembre 2019, con una doctrina que en definitiva no tiene asidero en la jurisprudencia europea y que conculca la DT 1ª de la LCCI. Se trata de huir como sea de la regla no/no/no.

2. Propósito: dos sectores recientes

Con todo, no es de este asunto del que me voy a ocupar aquí. Voy a tratar de exponer cómo en los dos sectores más recientes de la jurisprudencia se ha impuesto una aplicación defectiva tal del principio de no integración/no moderación no/disección, que supone la introducción de una incongruencia sistemática y una erosión calculada de la regla no/no/no. Estos escenarios son el relativo a la *resolución por incumplimiento del contrato de préstamo* y la *restitución derivada de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios*.



3. Vencimiento anticipado y resolución

Es sabido que hasta que se impone en casación la doctrina de la STS 11 septiembre 2019, los acreedores hipotecarios con cláusulas de vencimiento anticipado nulas se encontraban en el penoso escenario en el que el contrato quedaba sin posibilidad de vencimiento anticipado, porque la abusividad de la subcláusula de “incluso un solo incumplimiento” arrastraba la de toda la cláusula. No se podía pensar en la aplicación simple del Derecho dispositivo, porque el art. 1129 CC realmente no contiene como Derecho de aplicación residual la posibilidad de vencer anticipadamente *por incumplimiento del deudor*, aunque de hecho he comprobado personalmente que es común pensar lo contrario. La reciente STS 39/2021, de 2 febrero, reitera otra previa de 11 julio 2018 y sienta definitivamente la regla de que un contrato de préstamo hipotecario (a pesar de no ser sinalagmático) puede resolverse por el acreedor a causa del incumplimiento sustancial del deudor. ¿Pero no sería esto una forma de integración de la cláusula de vencimiento nula con el Derecho dispositivo del art. 1124 CC? Precisamente esto sostenía la parte deudora en la contienda resuelta por esta sentencia.

Reparemos que la regla de no-disección impide cortar la parte sana de la cláusula y separarla de la parte podrida.

Imaginemos que el art. 1129 CC estuviera concebido en estos términos adicionales: “4º, Cuando el deudor incumpla sustancialmente sus obligaciones periódicas de pago”. El banco que apelara a este precepto, después de haber *apelado y aplicado* la cláusula nula estaría, ciertamente, al menos ahora, recurriendo a una regla *fuera de la cláusula* (y no ya a la parte sana de la cláusula). Es decir, el acreedor *no habría aplicado la cláusula en sus términos*. Pero esto no importaría, pues sabemos que la jurisprudencia comunitaria afirma que la cláusula es nula, y deja de ser fundamento de la ejecución, aunque no se hubiera aplicado de hecho, pues no es la praxis, sino la semántica de la cláusula, lo que decide. Diremos entonces: *nada mejora el banco su condición cuando, en lugar de apelar a una cláusula, apela a una regla de derecho que es contextual a la cláusula*. El virtual art. 1129 4º CC (que no existe, recuerden) sería una regla contextual a la cláusula nula y el acreedor no se podría amparar en ella para proceder de manera alternativa a como procedería con la cláusula.

Pero la sentencia que comentamos sostiene que tal cosa no ocurriría a propósito del art. 1124 CC. En lugar de ampararse en una cláusula convencional o en una regla legal *contextual* de vencimiento anticipado por incumplimiento, el acreedor se ha limitado a *resolver* el contrato en virtud del art. 1124 CC. El acreedor *no ha recurrido a la cláusula*, con o sin integración de la nulidad por abusividad, ni ha recurrido a la regla (supletoria) contextual a la cláusula (nuestro virtual art. 1129 4º CC). El acreedor ha recurrido a una regla (resolución por incumplimiento) no contextual que también le brinda el sistema, una



regla que *no es el derecho supletorio* de la cláusula ni el *derecho imperativo* que debía respetar la cláusula; es decir, que no es derecho *contextual* a la cláusula. Aunque la sentencia no dice exactamente esto -que es parte de mi discurso- podríamos con veracidad atribuirle la idea de que en este caso no ha existido “integración” por medio del Derecho supletorio, porque la regla legal de resolución por incumplimiento no estaba de hecho ni de derecho desplazada por ninguna cláusula, ya que ninguna se refería al extremo de la resolubilidad del contrato de préstamo hipotecario.

Claro está que el resultado es el mismo que se habría producido de haberse admitido un vencimiento anticipado por “incumplimiento sustancial” del deudor. Pero, y éste es el truco divertido, tal cosa no podría hacerse, porque no existe este Derecho supletorio al que se pueda recurrir. Como no existe algo así como el art. 1129 4º CC, el acreedor que *sale al sistema normativo en busca de remedio* tiene la suerte de que encontrará una regla legal que no es contextual a la cláusula prohibida, sino *extravagante* a ella.

Bien, ¡pero de hecho esta regla no contextual dice lo mismo que hubiera dicho una regla legal contextual!

Téngase presente esto. La razón por la que el acreedor *no ha acudido a la cláusula (nula/integrada)* no ha sido, como a veces se ha dicho, porque la doctrina de la no integración quedara desplazada cuando el acreedor hipotecario demandara *ejecución de la deuda* por vía *declarativa* y no por el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Esta restricción no tiene sentido, y la doctrina de la no integración debe aplicarse igual si el tribunal juzga *prima facie* que una cláusula es abusiva en trámite del art. 695 LEC como si lo hace en un proceso declarativo. Siendo ello así, es notorio que el recurso salvador al art. 1124 CC podría producirse también en el procedimiento ejecutivo. Bastaría que el acreedor requiriese al deudor resolviendo extrajudicialmente el contrato por incumplimiento sustancial, liquidara la deuda en este requerimiento y posteriormente interpusiera demanda de ejecución hipotecaria. Bastaría que el título ejecutivo contuviera condena a pagar cantidad líquida; y si fuera preciso – yo creo que no lo es- hubiera bastado con que el acreedor acudiera al procedimiento de liquidación del art. 572 LEC.

En consecuencia, de ser esto cierto, la larga y angustiosa experiencia de las cláusulas de vencimiento nulas no hubiera tenido ningún sentido. Ni tampoco toda la lucha política ni jurídica para llegar al art. 24 LCCI. El acreedor podría provocar siempre la resolución extrajudicial por incumplimiento esencial y liquidar la cuenta por la que se despachara ejecución hipotecaria del art. 681 LEC. Se dirá que ello no es posible, porque el título ejecutivo de deuda no contiene una obligación restitutoria, sino una obligación primaria de abono de la deuda de un préstamo. Mas ello no viene al caso. Tanto en el vencimiento anticipado como en la resolución, el acreedor tiene que realizar una operación que encierra un derecho potestativo cuyo resultado es una cuenta que finalmente no es la



cuenta de deuda del título originario. En ambos casos, el acreedor ha de *manifestar que existen abonos impagados* y ha de ejercitar en consecuencia un derecho potestativo. El juez de la ejecución hipotecaria no ejerce más control sobre el título por el que se despacha ejecución por la deuda totalmente vencida que el que ejercería sobre el título por el que se despacha ejecución de la deuda de restitución por resolución. En el fondo se trata de la misma deuda, a la que se han aplicado los mismos intereses remuneratorios y moratorios, sin que resulte relevancia alguna de que la resolución (distinto que el vencimiento) debería liquidarse en materia de intereses de forma muy distinta a como se liquidan los intereses de una deuda no resuelta. En otras palabras, los intereses “remuneratorios” de la deuda resuelta acaban siendo los intereses remuneratorios de la deuda vencida anticipadamente. En ningún caso dispone el deudor de un medio de oposición de fondo, y tendrá que contentarse con reclamar en declarativo posterior lo que le convenga.

Por tanto, la resolución extrajudicial seguida de la creación de un título público de deuda restitutoria por resolución no conculcaría la exigencia procesal y registral del art. 130 LH.

En consecuencia, el procedimiento de la STS 39/2021 no es otra cosa que una elegante prestidigitación en la manipulación de normas jurídicas, por la que se produce de hecho el mismo resultado, como válido, que estaría prohibida por la regla no/no/no.

4. Los gastos hipotecarios

Pasamos a continuación a nuestro segundo escenario, la cláusula de gastos en el préstamo hipotecario. De nuevo aquí se produce una atribución patrimonial en perjuicio del consumidor y se cuestiona si aquel desplazamiento indebido ha ocurrido *en virtud de una cláusula o de parte de una cláusula abusiva* o ha tenido lugar como consecuencia de la aplicación de una regla general del Derecho imperativa o dispositiva. Como es conocido, la controversia sobre esta cláusula ha sido prolija y no uniforme en los tribunales, incluso con bandazos sospechosos en la jurisprudencia respectiva de las Salas de lo civil y de lo contencioso-administrativo del TS. En esta carrera irregular se ha llegado hoy a un punto de estabilidad irreversible (parece). Definitivamente, el consumidor es el deudor de la deuda fiscal del IAJD y es deudor de la mitad de los aranceles notariales (prescindimos aquí de los matices). Todo lo demás corresponde a la entidad financiera. La cláusula de *todos los gastos* es abusiva y, por la aplicación de la regla no/no/no, la nulidad por contravención material de parte de la cláusula se extiende a toda la cláusula. Cabría sospechar entonces que el consumidor tendría derecho a ser restituido en todos los pagos hechos en virtud de la cláusula, aunque hubieran sido pagos no realizados directamente a la entidad y aunque alguno de esos pagos sí hubiera resultado a cargo del consumidor *al margen* de la cláusula. Porque el consumidor no realizó todos ni parte de tales pagos porque le correspondieran, sino porque estaba impuesto por una cláusula.



¿Podría el banco sostener que los pagos “sanos” no se hicieron en virtud de la cláusula “podrida” sino por aplicación directa de la norma que impone al consumidor el pago del IAJD y la mitad del arancel notarial? No podría, parece, porque para ello tendríamos que aplicar una regla de escisión interna de la cláusula. Además, a diferencia de lo que hemos dicho a propósito del art. 1124 en el caso anterior, la eventual regla legal por las que el deudor tiene que hacer estos pagos sería en todo caso una regla *contextual* a la cláusula, que no serviría para eludir los efectos de la nulidad. Porque cuando la ley aplicable es contextual, rige el postulado de que *es la semántica de la cláusula y no su pragmática lo que cuenta*.

Pero la cosa no ha sido así. La razón de esta singularidad se explica por la jurisprudencia del siguiente modo (por todas, SSTS 76 y 78/2021, 15 febrero, con cita de los precedentes propios y del TJUE). Una cosa es la nulidad total de esta cláusula y otra distinta las consecuencias restitutorias, “entre las que no tiene cabida condenar a la entidad financiera a restituir la suma abonada por el demandantes por concretos hechos imponderables con respecto de los cuales sea el único obligado tributario”; o bien “ si [estas disposiciones de Derecho nacional] hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el art. 6.1, ni el art. 7.1 de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo debe soportar”.

¿Por qué tal singularidad? Aunque no se dice con esta claridad, la singularidad *parece fundada* en la consideración de que Hacienda y el Notario tienen un crédito determinado frente al consumidor, y este crédito no puede quedar afectado por que el pago de estos créditos se hubiese hecho en virtud de la una cláusula abusiva. Para Hacienda y para el Notario, la cláusula es *res inter alios* y el pago hecho (o una parte del pago hecho) por el consumidor nunca es indebido. El consumidor no está legitimado para interponer la *condictio indebiti* del art. 1895 CC frente a Hacienda, por ejemplo. Se diría entonces: *banco predisponente, te libras de reembolsar estas cantidades porque este pago no iba dirigido a ti, sino a terceros ajenos a la nulidad*.

Pero esta consideración vuelve a ser una falacia. Ni el Notario ni Hacienda sufrirían merma por el hecho de que el banco tuviera que reembolsar al consumidor *todos* los pagos comprendidos por la cláusula. Reparemos que en el momento en que se resuelve la demanda de nulidad-restitución, *hace ya mucho tiempo* que el Notario y Hacienda han cobrado lo suyo, y este pago no se puede retrotraer, no sólo por la consideración anterior relativa al art. 1895 CC sino porque ni Notario ni Hacienda han sido parte en el pleito de nulidad de la cláusula ni pueden ser destinatarios del deber de restituir. Es decir, la singularidad no se puede fundar en la especiosa argumentación de que de otra manera Hacienda y el Notario quedasen sin cobrar lo que el consumidor les debe.



Por tanto, de hecho *no debería existir ninguna singularidad*. Acaso podría también argüirse que, de no ser como reza la doctrina, se daría el caso de que el consumidor se enriquecería sin causa al procurarse por obra del Derecho un ahorro de gastos que debería haber afrontado. Pero tampoco esto justificaría la singularidad. Recordemos que el consumidor también se enriquece si se anula una cláusula de interés moratorio, que arrastra consigo la aplicación integradora del art. 1108 CC, y queda, en consecuencia, y merced a una cláusula abusiva, en mejor condición de la que tendría de no haber existido una cláusula abusiva. Como se enriquecería si la cláusula de interés IRPH fuera abusiva o no transparente, porque en buena lógica el préstamo debería quedar como gratuito, sin intereses de ninguna clase. Se enriquece, sí, pero se enriquece en virtud de una regla de Derecho, la regla no/no/no, y por tanto no se enriquece sin causa.

Llegamos entonces a la conclusión inobjetable de que no existe aquí ninguna singularidad, sino que se ha decidido no aplicar la regla no/no/no, seguramente por pensar ahora (al contrario de lo que se hizo en el pasado) que es un regalo excesivo para el espabilado consumidor.

5. Salvados por una ley contextual: intereses moratorios hipotecarios.

Terminamos con un ejercicio hipotético. Tomamos el art. 25 de la LCCI. “1. En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”. Observemos que la regla que determina el alcance del interés moratorio no es una cláusula, ni una metarregla que determine los límites máximos en que puede pronunciarse una cláusula. Es una regla de Derecho material.

Imaginemos que las partes han convenido una cláusula de intereses moratorios que amplifica el montante de la regla legal. Imaginemos que, inmediatamente antes de la ejecución hipotecaria, el acreedor cae en la cuenta (porque se lo dicen) que su cláusula no es conforme a Derecho y que, en virtud de una extraña regla no/no/no, el acreedor quedará privado del derecho de exigir pago alguno por este concepto. En efecto, en virtud de esta regla, el acreedor no podría “caer con red” sobre el art. 25 LCCI, porque este precepto es una norma contextual a la cláusula prohibida. Y ya sabemos que la ley



contextual no sirve para que el predisponente pueda procurarse un recurso salvador frente al vacío dejado por la nulidad.

Entonces, el avisado acreedor presenta la demanda ejecutiva y reclama intereses en la medida justa del art. 25 LCCI. No ha hecho valer la cláusula, ni la parte “sana” de la cláusula. Pero la demanda no prosperará, porque la norma jurídica aplicable es *contextual* de la cláusula prohibida, y, ya sabemos, *sólo importa la semántica, no la pragmática que se haya hecho de la cláusula*. No miraremos tampoco al acreedor con la buena voluntad con que se podía mirar a Hacienda y al Notario, pues al fin el pago del interés moratorio legal o prohibido va a quedar en las manos de quien dispuso la cláusula nula.

¿Cómo eludiríamos entonces la regla no/no/no? Porque es indudable que creemos y podemos eludirla, ya que el acreedor *nunca quiso jugar al albur de la cláusula nula*, que dejó inactivada antes de ir a juicio. Lo haremos de una forma sencilla. Cuando la regla de derecho, contextual o no a la cláusula, es una norma imperativa de límites, la contrariedad a la norma no constituye supuesto de abusividad de la Directiva 13/93, sino de nulidad por infracción de norma imperativa, art. 6.3 CC. La nulidad no está fundada en la Directiva comunitaria y, en consecuencia, no es correcto activar la regla no/no/no. Procede la aplicación de la norma contravenida.

Y terminamos con el dilema: *¿cómo es posible que apliquemos la regla no/no/no contra el predisponente de cláusulas (solamente) abusivas y que no lo hagamos, ni tengamos recurso para hacerlo, cuando con más injuria se procede a infringir una norma imperativa que tiene como propósito proteger los mismos intereses que, en su defecto, se protegería por el régimen de cláusulas abusivas?*

La regla no/no/no ha de ser abrogada.